

4) Grupo de investigación 4: “Potestades jurisdiccionales de los jueces concursales”**Directora: Dra. Lidia Vaiser (Argentina)****Integraron este grupo de investigación:**

- a. Adriana Bacchi (Uruguay).- “Presentación de la situación de los tribunales de concurso de la República Oriental del Uruguay “
- b. Jean Paul Brousset (Perú).- “El papel del Juez en el Concurso: Una aproximación desde el deecho concursal peruano”
- c. Ariel Dasso (Argentina).- Facultades jurisdiccionales en la declaración de apertura del concurso”.-
- d. Gerardo Carlo Altieri (Puerto Rico).- “Presentación de la situación de los tribunales de quiebra de los EEUU”.-
- e. Jesús Quijano González y Juan Carlos Rodríguez Maseda (España).- “Las potestades jurisdiccionales del juez Concursal: Situación en el derecho español”.-
- f. Lidia Vaiser (Argentina) “Vicisitudes de las facultades jurisdiccionales en la ley y en la doctrina judicial argentina”
- g. Informe Final

LAS POTESTADES JURISDICCIONALES DEL JUEZ CONCURSAL.

Investigación a cargo de un equipo de miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

I) INTEGRANTES: DIRECTORA: Dra. Lida Vaiser (Argentina); Stefania Pacchi (Italia); Gerardo Carlo Altieri (Puerto Rico); Juan Carlos Rodriguez Maseda (España); Jesús Quijano Gonzalez (España); Jean Paul Brousset (Perú); Daniel Fernando Alonso (Argentina); Antonio Silva Oropeza (Méjico); Ariel Gustavo Dasso (Argentina); Adriana Bacchi (Uruguay); Efrain H. Richard (Argentina).

Objeto de la investigación: Cotejar y comentar con sentido crítico los distintos alcances de las facultades del juez concursal o autoridad administrativa a cargo de los procedimientos, en aspectos claves del concurso preventivo y de la quiebra, conforme la legislación de los países a que pertenecen los integrantes del equipo de investigación, o de aquellos a los que además se refieran comparativamente, con el objeto de extraer conclusiones generales, respecto de las cuales no será imperativa la unanimidad, pudiendo verterse opiniones en disidencia. Se analizará en todos los casos la conveniencia de la especialización del juez concursal.

Instancias del proceso en la cuales se propuso analizar las potestades jurisdiccionales objeto de la investigación:

1. En la apertura del proceso, sea voluntario o necesario;
2. En la verificación o admisión de los créditos;
3. En la conformación de las clases o categorías de acreedores;
4. En la propuesta o plan de pago a los acreedores;
5. En la imposición del plan a los acreedores ausentes o disidentes (Cramdown)
6. En la homologación o confirmación del plan;
7. En la continuación de la empresa en estado de quiebra;
8. En la liquidación del activo falimentario.

II) FASES DE LA INVESTIGACION**a) Trabajos iniciales a cargo de cada uno de los miembros:**

Cada uno de los miembros integrantes del equipo de investigación redactó un documento conforme los presupuestos previamente aprobados, sobre todos o algunos de los aspectos indicados en el punto anterior y según la legislación de sus respectivas naciones.

La mayoría de los autores abordaron algunos de los puntos señalados. Los Profesores Carlo Altieri y Bacchi los analizaron en su totalidad conforme la legislación aplicada en sus países, Estados Unidos de América y Uruguay, respectivamente

b) Tareas subsiguientes:

A partir de los contenidos recogidos en los documentos pre señalados se abrió una ronda de intercambio de opiniones entre todos los miembros del equipo.

c) Encuesta:

Seguidamente se elaboró una encuesta de opinión, cuyo resultado quedó plasmado en las respuestas del preopinante Prof. Jesús Quijano y las observaciones recibidas sobre las mismas por los Prof. Alonso y Richard. Tanto la opinión primaria como las observaciones s

d) Redacción final del Informe:

Con el resultado de los antecedentes reseñados hasta aquí, hemos redactado el presente **informe final** que fue sometido a la consideración y análisis de todos los miembros del equipo siendo aprobado por unanimidad.

III) INFORME FINAL:**A.- Introducción**

Resulta destacable para dar inicio a este informe, que el nutrido material que forma parte de la investigación, tiene como objeto del análisis tres fuentes legislativas de marcadas características diferenciadas: la continental europea y la anglo sajona, por una lado, y la que coloca en cabeza del poder administrador el desarrollo de los procesos concursales, reservando solo ciertas cuestiones a la decisión de los jueces, en contraposición a los dos modelos anteriores, de corte netamente judicial.

Por otra parte, se cuentan entre los miembros participantes de la investigación quienes son o han sido magistrados con competencia concursal, como también catedráticos y abogados de ejercicio profesional. De allí deriva la riqueza que aspiramos puedan aportar estos trabajos.

En líneas generales puede decirse que la figura del juez en materia concursal presenta en los contextos legislativos analizados una notable fortaleza, con una amplitud considerable en sus facultades.

La mayoría de los autores han aludido, en algún modo, a la palpable especialización de los jueces de quiebras, aún en el supuesto en que las facultades fueran ejercidas por una autoridad de superintendencia, habiendo destacado el Prof. Brousset del Perú, las condiciones técnicas y profesionales de los integrantes del INDECOPI.

Por otro lado, es clara la contraposición entre el juez del derecho anglo sajón (cuyo rol ha explicitado el Prof. Carlo Altieri) y el del Derecho continental europeo, analizado en los restantes trabajos.

En el desenvolvimiento del primero de los sistemas se advierte la existencia de una mayor libertad de formas y contenidos en la negociación deudor - acreedor, pudiendo concluirse en que el juez americano se encuentra convocado solo para las grandes decisiones del proceso, las que son adoptadas también con una gran amplitud de criterio, fortaleza y marcada ejecutividad.

Mientras que en los restantes regímenes el acento aparece puesto en la minuciosidad del proceso y en un mayor desarrollo teórico en el plexo legal, en consonancia con las características del derecho continental europeo.-

Puede decirse no obstante que en las postrimerías del S XX el derecho iberoamericano fue influenciado en mayor o menor medida por el derecho anglosajón, lo cual incidió inocultablemente sobre la figura del juez. Al propio tiempo se flexibilizaron los procesos con una

mayor incidencia de la autonomía de la voluntad y fueron cobrando mayor relevancia los procesos preventivos y extrajudiciales.¹

Si bien la labor del juez emana obviamente de la legislación positiva, no resulta ajeno a la observación de los autores el desempeño personal de la judicatura en aspectos subjetivos que responden al orden sociológico y político. Desde ese punto de vista puede apreciarse diferentes grados de aceptación. Al mismo tiempo no se ha evadido el análisis de las razones históricas, políticas o institucionales y hasta filosóficas, para evaluar en su conjunto el sistema legal y la judicatura. O el devenir histórico del derecho concursal en cada uno de los países a que pertenecen los miembros del equipo.

Así y por ejemplo resulta interesante resaltar:

- El planteo del Prof. Brousset sobre los orígenes y desempeño del INDECOPI; y sobre las teorías jusnaturalistas y positivistas en la evolución del derecho concursal;
- Las razones económicas que llevaron al dictado del derecho especial mejicano, en los señalamientos del Prof. Silva Oropeza;
- El devenir histórico del Derecho español, según la síntesis del Prof. Quijano
- Los motivos sociológicos-jurídicos de las sucesivas reformas del derecho italiano, conforme lo expresa en su trabajo la Prof. Stefania Pacchi.

B) Algunos aspectos abordados respecto a la función del juez en instancias cruciales de los procesos concursales.

1.- Apertura del proceso concursal:

El trabajo con que nos ilustra la Prof. Adriana Bacchi, del Uruguay, trae a nuestro juicio una cuestión de interés y originalidad. Se trata de la facultad judicial de adoptar medida cautelares antes de la iniciación del proceso, sea este voluntario o necesario.

Las medidas precautorias son generalmente adoptadas en los pedidos de quiebra, o concurso necesario, según otra nomenclatura. Pero el derecho uruguayo tiene un signo distintivo ya que se trata de cautelares adoptadas con carácter previo a un procesos voluntario. Tal como quedara expuesto en el trabajo de la Dra. Bacchi, la medida cautelar puede ser solicitada por cualquier persona que demuestre un interés legítimo, en los prolegómenos de un proceso que no será en el caso derivación de una acción *uti singulis*, sino de carácter colectivo. Y estará enderezada a mantener la integridad del patrimonio del deudor. Estas medidas cesaran de declararse la apertura del concurso (art.18); pero no puede dejar de resaltarse que la misma norma establece la potestad del juez para decretar nuevas medidas en cualquier estado del proceso.

De su lado el trabajo del Prof. Ariel G. Dasso, nos pone frente al interrogante de cuales serian las facultades jurisdiccionales en punto a los requisitos de apertura de un proceso voluntario. Y en especial, respecto de la situación patrimonial del pretense concursado, lo que nos lleva de la mano hacia el presupuesto objetivo de los procesos concursales.

En el derecho argentino la ley establece que dicho presupuesto es el “estado de cesación de pagos”, noción que ha traído debates doctrinarios desde tiempos inmemoriales. Sin embargo el régimen concursal establece excepciones, como y por ejemplo en el concurso del “agrupamiento”,

1 Puede verse al respecto el trabajo del Prof. Juan Carlos Rodriguez Maseda que brinda un panorama de los procesos extrajudiciales en el derecho español, que contiene además nutridos conceptos de interés académico.

donde uno o varios de los integrantes pueden no encontrarse en esa particular situación patrimonial.

En opinión del autor el juzgamiento de los requisitos formales y el requisito sustancial de la cesación de pagos solo puede surgir de la prueba documental aportada por el presentante. En efecto, la petición de concurso voluntario normalmente se ve rodeada de prueba documental, aunque permítasenos apuntar que por mayores que sean los recaudos y las formalidades que la ley impone, la real situación patrimonial del deudor se conocerá bastante después de la apertura del procedimiento, con la insinuación de los acreedores y los informes de los síndicos concursales, sin que pueda descartarse la posibilidad de que cualquier incidencia ulterior arroje nuevos puntos de vista acerca del real cumplimiento del recaudo sustancial de los concursos.

No puede dejar de señalarse que la caracterización del presupuesto objetivo de los concursos constituye un punto de gran trascendencia en la política legislativa, ya que su mayor o menor exigencia marca con claridad la tendencia del legislador hacia regímenes más o menos restrictivos. Y valga también recordar que el presupuesto de la cesación de pagos viene siendo fustigado por quienes puntualizan la necesidad de contar con instrumentos más ágiles para el tratamiento de las dificultades patrimoniales, que no se satisfacen necesariamente con procesos para-judiciales o preventivos y que prescinden de la cesación de pagos (entendida como situación patrimonial generalizada y permanente) para llevarse a cabo.²

Como ilustra la Prof. Pacchi en su ensayo, la reforma de los años 2006/2007 al régimen concursal italiano trajo como novedad la superación de ese presupuestos, orientando la legislación hacia la consideración de *un estado de crisis* que puede comprender una variada gama de supuestos, es decir, contemplar una forma más leve o aún el mero peligro de la insolvencia.³

Sin embargo y en punto a las facultades jurisdiccionales, que es el tema que nos ocupa, la pregunta crucial es aquella que plantee habilitar o no el pedido de mayores requisitos que los legalmente establecidos por parte del tribunal. O si la sola confesión del deudor es suficiente para abrir el proceso. O cual sería la facultad jurisdiccional en caso advertirse con posterioridad a la apertura el incumplimiento de dicho recaudo sustancial.

Resulta evidente que la respuesta habrá de variar según las circunstancias y el régimen legal que aborde dichos interrogantes. Pero permítasenos señalar que en la jurisprudencia argentina existen al menos dos precedentes en los cuales, llegado el momento procesal oportuno, los jueces decidieron no homologar el acuerdo y revocar el auto de apertura del concurso por no verificarse el presupuesto sustancial de la cesación de pagos⁴

Cabe referir a las apreciaciones del Prof. Carlo, cuando deja en evidencia que el derecho americano se encuentra en las antípodas del continental europeo e hispanoamericano en materia de juzgamiento sobre la existencia o inexistencia de requisitos legales para acceder al concurso. Y nada mejor que dejar esclarecidos esos conceptos con las propias palabras del autor:

2 Ver al respecto: "Las potestades jurisdiccionales del juez concursal; la situación en el derecho español" Quijano-Rodríguez Maseda; La fase preconcursal.

3 Pacchi, Stefania: "Il perimetro del controllo giudiziales nel concordato preventivo in Italia"

4 Unión Argentina de Rugby s/Conc.Prev.; Camara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A; 23-8-2007; Publicado en Microjuris Rev. Electrónica MJ-JU-M-53679-AR ; y Galassi 2000 s/Conc.Prev., Juzgado Nac.Civil y Comercial de Bahía Blanca Nro. 5, firme; 14-11-2001 Microjuris Rev. Electrónica MJ-JU-E-6093-AR ; anotado en doctrina ; en MJ-DOC-4800-AR | MJD4800

Los jueces de quiebra no participan ni toman acción alguna para admitir o no un caso de quiebra radicado por un deudor de forma voluntaria bajo la sección 301 del código de quiebra de los EE.UU (“el código”) (US Bankruptcy Code of 1978, 11 USC 101 et seq., “The Code”).

La mera radicación en la corte de quiebra de una petición de quiebra (“petition”) crea la paralización automática bajo la sección 362 del código (“automatic stay”) e inmediatamente la secretaria del tribunal expide la orden de relevo (“order of relief”) a todos los acreedores incluidos en la lista de acreedores radicada por el deudor con la petición y las planillas informativas de activos y pasivos.⁵

2.- Sistema de información concursal

Como derivación del trabajo de los Prof. Quijano-Rodriguez Maseda, se profundizó en la cuestión vinculada a la publicidad en los concursos, dado su carácter relevante. Adicionalmente se contó con un trabajo del Prof. Jesús Quijano, sobre el sistema de información en el concurso en España. Remito a sus palabras para resaltar la relevancia de la cuestión.

“Teniendo en cuenta la pluralidad de intereses afectados por una declaración de concurso, y la necesidad de que tal acto jurídico, por su trascendencia jurídica y patrimonial, resulte difundido de la forma más amplia posible, de manera que pueda llegar a conocimiento de los acreedores del deudor concursado y de otros muchos interesados que puedan resultar afectados, es evidente que deben disponerse instrumentos y medidas de publicidad legal que funcionen con eficacia y aporten seguridad y certeza al desarrollo del procedimiento concursal...”

“A tal efecto, existe una REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL, de carácter oficial y dependiente del Ministerio de Justicia, regulado en el artículo 198 de la Ley y desarrollado por un Real Decreto de 15 de noviembre de 2013. El RPC se organiza en cuatro secciones a fin de ordenar sistemáticamente la información acumulada (resoluciones concursales, resoluciones remitidas a otros registros públicos, acuerdos extrajudiciales y administración concursal). En todo caso, la publicidad tiene carácter informativo (meramente declarativo y no constitutivo para la validez o la eficacia del acto publicado), puede realizarse en extracto y en coordinación con otros Registros públicos (Civil y Mercantil, principalmente) y debe ser accesible de forma gratuita por internet u otro medio equivalente de consulta telemática...” (Se acompaña también la legislación respectiva, contenida en el Real decreto de 2013)

Resulta necesario destacar que la legislación española aborda la publicidad de los concursos a través de la mencionada normativa, más allá de la publicidad edictal que normalmente recogen los regímenes hispanoamericanos

3.- Fuero de atracción:

Las consideraciones sobre el fuero de atracción en los concursos, pasó a nutrir la encuesta de opinión que también acompaña la investigación, (la que se comentará más adelante) partiendo también de los contenidos acercados por el Prof. Quijano, en cuya aportación se lee: *“... La **jurisdicción del juez del concurso** está sin duda potenciada por una intensa “vis atractiva” que, pretendiendo concentrar la mayor parte de las decisiones relacionadas con el procedimiento concursal en el mismo juez, extiende su competencia con notable amplitud...”*

⁵ Carlo Altieri, Gerardo “Presentación de la situación de los tribunales de quiebras de los EEII”

El comentario está direccionado a analizar la normativa vigente en España; pero de todos modos sirve para señalar cuál es la influencia del fuero de atracción, y su mayor o menor amplitud, sobre las potestades jurisdiccionales en general.

4.- Homologación del acuerdo:

En la mayoría de los trabajos efectuados por los miembros del equipo de investigación se abordó el tema de la función jurisdiccional en la homologación del acuerdo.

No parece dudoso que se trata de un tema medular en la concepción del sistema concursal y en la política legislativa tendiente a regularlo.

Sobre el particular puede verse la intervención del Prof. Alonso quien destacó especialmente estos aspectos, señalando que *el Concurso preventivo es un modo colectivo de regular el pasivo, que surge cuando han fracasado, por acción u omisión, las soluciones autónomas*. Y esa pérdida de autosuficiencia en la gestión del patrimonio por parte del concursado, tiene correlativamente un incremento en el involucramiento de terceros. Así surge la intervención del Estado, representado por el juez concursal, cuya labor en la solución preventiva reconoce, como actividad de fundamental importancia, la homologación del acuerdo preventivo, ya que otorga autoridad a la voluntad expresada por los acreedores para exteriorizar su conformidad.⁶

Puede señalarse además, que en la evolución del derecho concursal, la influencia del privatismo contribuyó a morigerar las potestades del juez en estas instancias. Como muestra puede verse el derrotero de la legislación italiana, conforme lo expone la Prof. Pacchi en su trabajo:

“...Il giudice risolve le controversie interne al fallimento, vigila sul rispetto della legalità mentre non valuta, come nel passato, la congruenza e la convenienza del soddisfacimento dei creditori.

“...Nella disciplina del '42 il giudice, già in sede di ammissione (art. 162, co.1) doveva valutare la rispondenza della proposta alle condizioni elencate nell'art. 160, co. 2, il quale indicava in ogni caso un giudizio prognostico sia sulla serietà e sufficienza delle garanzie offerte, sia sul valore dei beni ceduti, rispetto al risultato di pagare almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari. Si trattava di un'incursione valutativa extragiuridica sulla realizzabilità della proposta, in funzione dell'obbiettivo del pagamento di almeno il quaranta per cento. ...”

“...Oggi queste valutazioni sono rimesse al professionista indipendente, “iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b)”, designato dal debitore ed è sull'attestazione resa da tale soggetto che si dipana il tema dell'intensità del controllo del giudice....”

“...Dopo il 2005 abbiamo un giudizio di omologazione dal quale viene espunto il giudizio di convenienza e quello di meritevolezza (che nella vecchia disciplina era anticipato e riassunto nella verifica di certi requisiti di ammissione)....”

Junto con el Prof. Alonso compartimos el análisis sobre la jurisprudencia nacional en la Argentina, para señalar que a partir de la sanción de la ley 24522 se abrió un debate de marcado interés sobre las facultades del juez al momento de la homologación. Y que desde una posición restrictiva, como inicialmente se entendió, se paso - a través de la jurisprudencia y de las sucesivas modificaciones de la ley- a otorgar mayor preponderancia al juez en las potestades relativas a la

⁶ Alonso; Daniel Fernando: El juez y la homologación del acuerdo en el derecho argentino”

homologación del concordato. Citó el Prof. Alonso e fallo recaído en la causa “Unión Argentina de Rugby” que ya fue mencionada aquí, como ejemplo paradigmático del cambio de tendencia y de una mayor injerencia del Estado a través del Juez, en la homologación de los acuerdos.

Como corolario se nos permitirá citar al Prof. Quijano con la opinión vertida en la encuesta realizada, respecto de los caracteres y fundamentos del acto jurisdiccional consistente en la homologación de un acuerdo preventivo:

“...La homologación es una decisión estrictamente judicial, justificada por la conveniencia de extender los efectos del acuerdo alcanzado con la mayoría del pasivo a acreedores no participantes o disidentes. Por esa razón debe seguir siendo una facultad estrictamente judicial, ya que eso es lo que legitima salvar el límite de la relatividad de una relación contractual para extender sus efectos más allá de las partes que celebran el pacto, en forma de acuerdo de refinanciación, de pagos, etc....”

Sobre las facultades jurisdiccionales relativas a la homologación del acuerdo, se pronunciaron también en sus trabajos las Profa. Pacchi; Bacchi y quien suscribe. Asimismo, los Prof. Quijano, Alonso, Carlo Altieri, y Richard (este último en su participación de la encuesta de opinión que forma parte integrante de la investigación) Se analizaron de tal modo las legislaciones de Italia, Uruguay, Argentina y EEUU sobre la materia.-

Existe un aspecto común en la legislación estadounidense y la legislación argentina sobre una cuestión a la cual se le ha concedido la nomenclatura de “*cramdown*”. En el derecho norteamericano, tanto el *nomen juris* como el instituto tienen perfiles propios.

La legislación argentina presenta un instituto emparentado con aquel en el art. 52,2,b de la ley 24522, en cuanto establece que cumplimentados ciertos requisitos, el juez puede imponer el acuerdo a la totalidad de los acreedores, por lo cual serán alcanzados los ausentes y los disidentes, es decir, quienes no aceptaron la propuesta de acuerdo.

En consecuencia los efectos del *cramdown power* en la legislación estadounidense y en la legislación argentina son similares.

Recientemente se ha intentado formar cierta corriente de opinión respecto a que, - como principio jurídico-, el juez debería homologar un acuerdo preventivo cuando la propuesta de pago consistiera en el pago de una suma equivalente al dividendo concursal en la quiebra. Sería tal vez una forma de extrapolar lo que se legisla en materia de imposición del acuerdo a acreedores disidentes, a otra cuestión (la valoración de la propuesta por parte del juez) que no se encuentra vinculada a aquella.

No participamos de ese criterio por varias razones. En primer lugar debe señalarse que la postura mencionada asienta en un contexto hipotético imposible de discernir *a priori*.

Además, no toma en cuenta que el producido de los bienes liquidados en la quiebra no resultan ser el único activo que ingresa a la masa, ya que ésta puede incrementarse a través de las acciones de recomposición patrimonial, emergentes de los desvíos y responsabilidades que todos los sistemas jurídicos contemplan en relación a los actos reprochables; especialmente por la actuación de los administradores o terceros que hubieran afectado, dañado o menoscabado los bienes de la masa.

Asimismo las dos legislaciones cotejadas, la de EEUU y la de Argentina, recogen, en efecto, la posibilidad de imponer la propuesta concordataria o plan a ciertos acreedores disidentes

(cramdown power), lo que constituye una circunstancia excepcional y solo para el caso en que se cumpla con una extendida serie de requisitos. Por lo tanto, el tópico no podría ser de aplicación general como principio interpretativo, sin cumplirse con los esos recaudos, que son rigurosos, en un modo acorde a cualquier normativa de excepción ..

El Prof. Carlo Altieri nos ilustra con su trabajo sobre los aspectos centrales de la legislación de EEUU en cuanto concierne a la imposición del plan a los acreedores ausentes o disidentes y expresa lo siguiente:

“...El tribunal tiene poder para aplicar el “cramdown” de forma de imponer la modificación de las obligaciones a los acreedores disidentes, luego de notificación a todos los acreedores y partes en el caso y de darle la oportunidad a todos de presentar evidencia en una vista en su fondo.

El código de quiebra de los EE.UU requiere trece requisitos para la homologación o confirmación de un plan de reorganización tipo capítulo 11, bajo la sección 1129(a), cuando todas las clases de acreedores votan a favor del plan; de cumplirse todos estos requisitos, puede dar lugar a lo que se conoce como un plan consensual.

De no obtenerse las requeridas dos terceras partes de las cantidades de intereses admitidos en cada clase y el 50% en numero de votantes actuales necesario para confirmar todas las clases bajo la sección 1129 (a), se puede todavía proceder a confirmar el plan bajo un proceso conocido como “cramdown”, cumpliendo estrictamente con lo descrito en la sección 1129 (b).

De esta forma puede homologarse un plan, siempre que el deudor en posesión (DIP) pruebe al tribunal que cumplió con todos los requisitos de la sección 1129 (a), excepto el requisito del voto de todas las clases según aparece en la sub-sección octava de la 1129 (a).

En todo caso, bajo la sección 1129(b) siempre también se requiere que por lo menos una clase impactada vote a favor y el tribunal encuentre que se cumple con lo siguiente:

- 1. El plan cumple con el código en todas sus partes;*
- 2. El proponente cumple con el código;*
- 3. El plan se radico de buena fe y no por motivos contrarios a la ley;*
- 4. Los pagos hechos han sido aprobados por el tribunal;*
- 5. Se han hecho las informaciones necesarias sobre los directores de la corporación;*
- 6. Las autoridades pertinentes han aprobado los aumentos en tarifas, si aplica;*
- 7. Con respecto a las clases “impaired” o impactadas, estas han aceptado el plan o recibirán propiedad en valor no menos de lo que recibiría bajo una liquidación en capítulo 7 (“Best interest test”);*
- 8. La votación de todas las clases a favor - {Este requisito octavo, que requiere el voto de todas las clases bajo la sección 1129 (a), es el único que se exime bajo la 1129 (b)}.*
- 9. Por lo menos una clase impactada (“impaired”) debe aceptar, sin incluir la aceptación de personas internas (“insiders”); y*
- 10. El plan no “discrimina injustamente”, es “justo y equitativo” respecto a todas las clases afectadas: Para efecto del cumplir con el requisito de ser “justo y equitativo” se deben seguir las siguientes reglas: a) para acreedores garantizados - que se retenga el*

gravamen por el acreedor afectado y que este reciba efectivo totalizando por lo menos el valor de su crédito a la fecha de efectividad del plan o su equivalente y; b) para los acreedores no garantizados - deben recibir el equivalente del valor en efectivo de su reclamación autorizada, o cualquier acreedor que sea de menor jerarquía no debe recibir o retener su interés o propiedad.

O sea, se determina en caso de los acreedores no asegurados por el tribunal, si se cumple con el requisito indispensable de “justo y equitativo” usándose el llamado “test of absolute priority”.

El resultado de lo anterior es que los dueños de la empresa no pueden retener sus intereses en la empresa si intentan hacer un “cramdown”, excepto si hacen un pago total de todos los créditos superiores a los suyos. También debe aclararse que puede haber un excepción a esta regla si los dueños han hecho una aportación de capital que la corte determina que constituye suficiente valor nuevo o “new value”; o cuando siendo el deudor una persona natural, se le permite retener su propiedad bajo los parámetros de la sección 1115 del código.

11. El test de viabilidad (“feasibility”). El deudor debe probar que la confirmación del plan no ha de resultar en una liquidación posterior...”⁷

Asimismo y de su lado, la ley argentina establece en el art. 52, que si no se hubieran alcanzado las mayorías para aprobar el acuerdo en todas las categorías el juez puede homologar el acuerdo, siempre que resulten reunidos la totalidad de los siguientes requisitos:

- i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios;
- ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario;
- iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndese como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disidentes puedan elegir — después de la imposición judicial del acuerdo— cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta;
- iv) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes.

Como bien puede apreciarse, las facultades judiciales para imponer el acuerdo, dentro del cumulo de presupuestos indicados, son discrecionales y no obligatorias; y en este aspecto coincide con lo reflejado en la legislación de EEUU.

Además, según la ley argentina debe encontrarse reunidos todos los requisitos que la ley establece para habilitar esa facultad jurisdiccional, que como se expresó no es imperativa para el tribunal.

⁷ Carlo Altieri, Gerardo: “Presentación de la situación de los tribunales de quiebra en los EEUU”

Finalmente, que el pago resultante del acuerdo no sea inferior al dividendo del acreedor en la quiebra, es solo uno de todos esos amplios requisitos, que, insistimos, deben hallarse reunidos en su totalidad, tal como expresa la disposición legal.

En suma: las características propias de las legislaciones que contemplan el instituto denominado *cramdown*, establecen la excepcionalidad del instituyo, dada la pesada carga de recaudos que lo habilita, no es obligatorio para el juez homologar el acuerdo o el plan, aun de reunidos los mismos y de allí resulta la imposibilidad de extrapolar sus postulados a otras situaciones jurídicas.

IV.- ENCUESTA DE OPINIÓN :

Completando la labor de los miembros y en base a los trabajos efectuados, la dirección elaboró una encuesta de opinión, de la cual participaron los Prof. Quijano, (como preopinante) y Alonso y Richard (quien se incorporó al grupo a través de ésta) Pasamos a transcribir su contenidos y resultados:

CUESTIONARIO :

1.- Si los procedimientos concursales deben estar enteramente judicializados o si existen ciertas materias que el juez puede delegar en otros funcionarios:

2.- Si la competencia debe ser o no exclusiva del juez concursal en los llamados pequeños concursos

3.- Cuales deben ser los alcances de la vis atractiva del concurso (fuero de atracción en otros ámbitos)

4. Cuáles deben ser los mecanismos por los cuales el juez del concurso no quede al margen de las acciones tramitadas en otras competencias, por ej. Penal

5.-Como organizar las relaciones entre el juez concursal y las autoridades administrativas de contralor de banca y seguros

6.-Cuales debieran ser las facultades jurisdiccionales en punto a los contratos celebrados por el deudor

7.- Cual puede ser la injerencia del juez concursal en punto a las políticas y relaciones laborales del concursado

8.- Cuales pueden ser las facultades jurisdiccionales en punto al diseño de la propuesta de pago del deudor

9.- Cual debe ser el alcance de las facultades jurisdiccionales en punto a la homologación del acuerdo:

10.- Es conveniente que el juez concursal califique la conducta del deudor o es una materia estrictamente de competencia del juez penal?

Al respecto remitimos a las respuestas y replicas expresadas a los fines del cuestionario, en documento anexo que forma parte de la investigación. Debe destacarse además que el documento respectivo fue sometido a la consideración de todos los participantes, no habiendo recibido comentarios ni objeciones de ninguna índole.

V.- CONCLUSIONES:

Nos permitiremos efectuar algunas consideraciones a modo de conclusión, desprendidas de todos los intercambios de opinión efectuados de un modo u otro, que en suma apuntan al objetivo último de la investigación:

1. Los procedimientos concursales deben estar controlados y supervisados por autoridad judicial, sin perjuicio de que el juez puede delegar en distintos funcionarios o en comisiones arbitrales algunos aspectos o conflictos del proceso, debiendo distinguirse al respecto entre las crisis empresariales y la de los sujetos-persona física, donde se puede recurrir a un trámite simplificado. Además, en el caso de las organizaciones empresariales insolventes debe priorizarse los procedimientos extrajudiciales en el marco del derecho societario, con la finalidad de no alterar los mercados, la lealtad comercial y la libre competencia.
2. El fuero de atracción del concurso debe ser amplio y el juez concursal, además de su especialización, debe tener una competencia extensa, que es lo que justifica la amplitud de la vis atractiva. En consonancia con ello, las excepciones al fuero de atracción deben estar especialmente legisladas y todo lo relativo a la materia debe responder a la protección del "interés del concurso". Con cuya definición se diferencia del interés del concursado y el de los acreedores.
3. La publicidad de los concursos debe responder a instrumentos de comunicación e información eficientes y obligatorios.
4. Sería conveniente que el juez concursal estuviera munido de una capacidad de paralización o veto de decisiones ajenas al concurso; aunque salvaguardando la autonomía de cada competencia.
5. En caso de conflicto debe prevalecer la opinión del juez de la causa por sobre la de las autoridades administrativas.
6. Resulta altamente relevante la información proporcionada por el síndico; y el juez no podría homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley.
7. Debería existir en los procesos concursales un sistema de información regulado y obligatorio.
8. La injerencia del juez en los contratos celebrados por el concursado debe propender a su mantenimiento en tanto y cuanto se respeten los intereses del concurso. Existe un mayor grado de libertad para las decisiones judiciales en materia de concursos liquidativos que en materia de concursos reorganizativos .
9. Cabe mantener la competencia de la autoridad judicial y administrativa laboral y la del sistema social, pero trasladando la ejecución de sus decisiones al juez del concurso.
10. El diseño de la propuesta de pago es una cuestión a debatir y resolver entre las partes, pero al juez le compete el control del contenido del acuerdo y de los requisitos de regularidad del proceso.
11. El juez debe considerar si la concursada ha asegurado un plan de viabilidad económica y en ningún caso podrá homologar un acuerdo abusivo o en fraude a la ley.

12. La homologación del acuerdo es una decisión estrictamente judicial, justificada por la conveniencia de extender los efectos del acuerdo alcanzado con la mayoría del pasivo a acreedores no participantes o disidentes. Resulta muy importante precisar la naturaleza del control judicial al momento de la homologación. Dentro de la amplia gama que existe entre un control formal de legalidad y uno de mérito, el legislador debe brindar pautas claras respecto de cuál es la naturaleza del control judicial esperado.
13. Siempre debería salvaguardarse en la hermenéutica, que la decisión del juez concursal debe armonizarse con el sistema normativo en su conjunto y, por lo tanto, aplicarse los institutos del derecho común –como fraude, abuso del derecho, etc.-, interpretados a la luz de los principios del subsistema concursal.
14. Para un adecuado ejercicio de las facultades jurisdiccionales, resulta indispensable que la ley prevea con claridad el correlativo deber –durante todo el procedimiento- de brindar información económica, financiera y contable respecto del deudor, extendiendo tal deber al propio deudor, a los miembros de sus órganos de administración y fiscalización, y, en su caso, a quien resulte administrador durante el procedimiento.

Resulta preferible que la ley precise el régimen informativo, las oportunidades de presentación de la información, el contenido de tales presentaciones y las consecuencias ante un eventual incumplimiento, error o falsedad.

15. Amerita requerirse que toda información económica y financiera que se presente en el proceso debe explicitar las normas de valuación utilizadas, las que deben considerarse conforme estándares generalmente aceptados.

En lo atinente a la homologación del acuerdo debería requerirse que quien efectúe una propuesta a los acreedores y, oportunamente, quien solicite su homologación, debe suministrar a los mismos y al juez concursal, información específica respecto del impacto del acuerdo propuesto sobre las finanzas y la economía del deudor, con especial énfasis en el flujo de fondos proyectados.

16. En punto a la existencia o inexistencia de una calificación concursal de la conducta del deudor, no han existido coincidencias de opinión, pudiendo establecerse una escala graduada que va desde su decidida conveniencia, a la irrelevancia del asunto. Sin embargo se ha puntualizado que el marco concursal no debe quedar excluido de las reglas de la responsabilidad –civil y penal- por los actos realizados en el período anterior a la insolvencia. Las acciones de responsabilidad suscitadas en este marco deben tramitar ante el juez concursal, con previsión legislativa expresa de sus consecuencias.-

Para finalizar, no puedo dejar de expresar mi agradecimiento por la labor de excelencia desempeñada por todos y cada uno de los integrantes del equipo, el entusiasmo demostrado, la responsabilidad puesta en evidencia en el cumplimiento ajustado a las pautas establecidas y por los resultados obtenidos. No nos queda más que decir: TAREA CUMPLIDA.

Dra- Lidia Vaiser

Buenos Aires, 24 de Julio de 2017

CUESTIONARIO: RESPUESTAS Y DEBATE.**1-Si los procedimientos concursales deben estar enteramente judicializados o si existen ciertas materias que el juez puede delegar en otros funcionarios:**

JQG: Los procedimientos concursales deben estar controlados y supervisados por el juez, pero no es necesario que estén enteramente judicializados; es perfectamente compatible con la supervisión judicial la posibilidad de que la sindicatura, la administración concursal, u otras instancias (notarios, registradores públicos, autoridades administrativas especializadas, incluso comités de acreedores, etc.) dispongan de capacidad de iniciativa y de decisión, sin perjuicio de que las cuestiones litigiosas sean resueltas por el juez. Por supuesto, esto sería válido en el procedimiento concursal propiamente dicho; los procedimientos pre-concursales o para-concursales, que pueden ser de muy distinta naturaleza, deben ser principalmente extrajudiciales.

DFA: Adhiero a lo contestado por JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ. A ello agrego que, en oportunidades específicas, puede resultar conveniente que ciertas resoluciones sean tomadas en el marco de un arbitraje -institucional o no-, pero conservándose la supervisión judicial, aunque acotada, como última instancia.

EHR: Coincido, pero formulo alguna aclaración. Debemos distinguir entre crisis de organizaciones empresariales de las de personas humanas, particularmente empleados y retirados. Todas estas últimas deberían tener un trámite muy sencillo no concursal, casi sin costos para los insolventes y para el Estado, resolviendo la cuestión. Para las organizaciones empresariales, incluso las no societarias, deberían privilegiarse las soluciones extrajudiciales, tornándolas inatacables en cuanto respondan al momento de efectivizarse a planes de negocios que aseguren la viabilidad económica inmediata. Las soluciones concursales o privadas deben organizarse para superar las crisis, particularmente las societarias, económicamente eficientes y viables, para reasignar recursos, y los procedimientos deben ser eficientes, de ser posible privados y asumidos por los propios administradores y socios sin perjudicar a terceros, de bajo coste, a fin de no alterar los mercados, la lealtad comercial y la libre competencia.

2.- Si la competencia debe ser o no exclusiva del juez concursal en los llamados pequeños concursos

JQG: La competencia decisoria estimo que sí debe ser judicial, sea cual sea el tamaño del concurso. Asunto distinto son las atribuciones relacionadas con la negociación del deudor y los acreedores, las propuestas de pago o reestructuración de deuda, etc., donde puede y debe haber una importante intervención de mediadores o instancias equivalentes en estos casos de "concursos menores".

DFA: Adhiero a lo contestado por JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, acotando que estimo conveniente que, aún en supuestos de intervención de mediadores o facilitadores, debe existir la posibilidad de recurrir a la competencia decisoria judicial.

EHR: Coincido con JQG. Con las salvedades formalizadas en la respuesta 1.

3.- Cuales deben ser los alcances de la vis atractiva del concurso (fuero de atracción en otros ámbitos)

JQG: La vis atractiva del concurso debe ser amplia e intensa, sin perjuicio de excepciones: El interés del concurso (del deudor y de los acreedores en su conjunto) en una situación de insolvencia, creo que exige que el juez tenga una competencia extensa, que es lo que justifica la amplitud de la vis atractiva.

DFA: Adhiero a lo contestado por JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ. Agrego asimismo que las excepciones a la vis atractiva concursal deben estar claramente definidas en la ley, y que tal definición legislativa debe inspirarse en la protección del interés del concurso equilibrándolo con la posibilidad de tomar decisiones efectivas y eficientes.

EHR: Coincido con JQG. Se trata de juicios universales. En la República Argentina ha sido debilitada so pretexto de una recarga de trabajo de la Justicia metropolitana. La verificación y admisibilidad de créditos en los juicios concursales representaba una revolución procesal frente a la marca ineficiencia y demoras de los procesos concursales. Esas excepciones facilitan al concursado la presentación de propuestas predatorias y su aprobación por los acreedores que, a la fecha de la votación-aceptación-, no están legitimados para expresar su voluntad.

4. Cuáles deben ser los mecanismos por los cuales el juez del concurso no quede al margen de las acciones tramitadas en otras competencias, por ej. en el fuero Penal

JQG: Los mecanismos, además de la propia vis atractiva, deben consistir en disponer y aplicar instrumentos de comunicación e información obligatoria al juez del concurso por parte de cualquier otra autoridad que pueda adoptar decisiones de cualquier naturaleza con incidencia en el concurso; no descarto tampoco facultades del juez del concurso para emitir informes, recabar actuaciones, ejercer cierta capacidad de paralización o veto de decisiones ajenas, cuando el interés del concurso lo exija. En todo caso, debe entenderse también que la especialidad de la jurisdicción penal a estos efectos puede dar lugar a una regla de autonomía (las decisiones del juez del concurso no vinculan al juez penal), sin perjuicio de admitir algún supuesto de prejudicialidad en virtud de la forma en que esté tipificado el delito de insolvencia punible, o de concurso culpable, en los distintos ordenamientos.

DFA: Adhiero a lo contestado por JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, subrayando que debe procurarse el afianzamiento de los sistemas de comunicación judicial, salvaguardando – ciertamente- la autonomía de cada competencia.

EHR: Conuerdo con JQG. Con la información recabada, y que también debería proporcionar el Síndico, en la República Argentina, el Juez no podrá homologar un acuerdo con abuso de derecho y fraude a la ley. Ese abuso de derecho se entiende en afectación al sistema jurídico y particularmente a los acreedores a los que se le extiende los efectos del acuerdo logrado por mayoría. Como fraude a la ley catalogamos las quitas en concurso de sociedades, atendiendo a que las mismas comportan una transferencia de riqueza de acreedores a la sociedad –y por ende a los socios que son los que deberían (directa o promoviéndola) capitalizar la sociedad-, situación que genera cargas impositivas a la sociedad, aunque diferidas. A su vez deberían vigilar que las quitas y esperas no impliquen una afectación al derecho constitucional de propiedad de los acreedores que no votaron o votaron en contra.

5.- Como organizar las relaciones entre el juez concursal y las autoridades administrativas de contralor de banca y seguros.

JQG: En efecto, por lo dicho en la respuesta anterior, debe existir un sistema de información regulada con carácter obligatorio, y entendiendo que el centro de información relevante es el concursal, donde debe concentrarse la información.

En esos casos, lo más razonable creo que es reconocer a tales instituciones de control y supervisión capacidad legal de designación de administradores concursales, síndicos, etc., recayendo el nombramiento en personal cualificado de su ámbito funcional. Todo ello, sin perjuicio de que la insolvencia de entidades sometidas a supervisión tenga regulación paraconcursal específica, diferenciada del procedimiento concursal ordinario o común.

DFA: Adhiero a lo contestado por JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, agregando asimismo que, en caso de conflicto, deberá prevalecer la prevalencia de la decisión judicial.

EHR: Conuerdo con JQG. Las sociedades con objeto bancario y de seguros están sujetas normalmente a trámites de liquidación especiales, impidiéndoles los procesos concursales rehabilitatorios.

6.- Cuales debieran ser las facultades jurisdiccionales en punto a los contratos celebrados por el deudor

JQG: Deben ser amplias, incluyendo, por este orden, la conservación del contrato en interés del concurso, el impulso del cumplimiento obligatorio cuando proceda, la sanción del incumplimiento malicioso o del empleo de estrategias para dificultar el cumplimiento, también la resolución del contrato cuando sea más conveniente, y la rehabilitación del contrato incumplido, ya antes del concurso o durante el concurso, cuando sea posible. Por supuesto, tratándose de relaciones contractuales, tales facultades deben ejercerse por regla general a solicitud de las partes del contrato (del deudor concursado o de su administración concursal, o del acreedor), pero sin descartar decisiones judiciales de oficio en interés del concurso.

DFA: Entiendo que debe diferenciarse entre procedimientos reorganizativos y liquidativos.

En los primeros, debe existir un mayor grado de libertad en la actuación de quien ejerce la administración del patrimonio del deudor –ya sea el deudor o un tercero-. A tal fin, debe ejercerse la misma atendiendo al principio de conservación de la empresa y a la protección de los intereses de los acreedores; y establecer con claridad un estándar de conducta, un régimen de responsabilidad para el administrador por su actuación y la naturaleza de la supervisión o control por la sindicatura y el juez.

En los segundos, concuerdo con los argumentos vertidos por JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, en la importancia de conceder amplias facultades jurisdiccionales con la extensión por él apuntada.

EHR: Conuerdo con Jesús Quijano.

7.-Cual puede ser la injerencia del juez concursal en punto a las políticas y relaciones laborales del concursado.

JQG: Este es un asunto muy discutido y polémico: cabe atribuir al juez del concurso excepcionalmente la competencia sobre las relaciones laborales colectivas (modificación, suspensión extinción, etc.) en caso de concurso de la empresa, utilizando en todo caso un

procedimiento particular en el que tenga intervención la representación sindical, o convenida para el caso, de los trabajadores; y cabe mantener la competencia de la autoridad administrativa laboral y de la jurisdicción social también en situación concursal, trasladando la ejecución de sus decisiones al juez concursal. Me inclino por la primera opción, que creo es más coherente con la finalidad del concursó.

DFA: Concuero con JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ. Asimismo, estimo merecedor de particular énfasis que el reconocimiento de créditos frente al concurso sea competencia, en última instancia, del juez concursal. Hago también la salvedad que, en los procedimientos preventivos o reorganizativos, el debate respecto del derecho colectivo del trabajo puede continuar directamente en la esfera administrativa laboral, sin intervención del juez concursal.

EHR: Concuero con Jesús Quijano.

8.- Cuales pueden ser las facultades jurisdiccionales en punto al diseño de la propuesta de pago del deudor.

JQG: El diseño de la propuesta de pago es una cuestión a debatir y resolver entre las partes; al juez debe corresponder exclusivamente el control del contenido, la verificación de que se han cumplido los requisitos de regularidad del procedimiento (convocatoria de acreedores, tramitación de propuestas, constitución de asamblea o junta, votación y mayoría, etc.), cuando haya algún tipo de oposición o impugnación, y la supervisión del cumplimiento del plan de pagos establecido. Todo ello en el supuesto de que se hubiera alcanzado un convenio entre el deudor y sus acreedores; de no ser así, el pago a los acreedores en fase de liquidación concursal es una operación estrictamente judicial, sin perjuicio de la colaboración del órgano concursal de sindicatura, administración, representación de los acreedores, etc.

DFA: Adhiero a lo contestado por JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, que estimo presenta una muy ajustada síntesis de las circunstancias.

EHR: Remito a mi contestación en la pregunta 4. El Juez debe, en la República Argentina y a mi entender en cualquier sistema como principio lógico, receptar si la concursada ha asegurado un plan de viabilidad económica –que luego puedo suponer responsabilidad si era inviable- (art. 100 Ley General de Sociedades) y en ningún caso puede homologar acuerdos que constituyan abuso de derecho o fraude a la ley –art. 52 ap. 4 Ley de Concursos y Quiebras-, que debe valorarse frente a las normas constitucionales, y en caso de sociedades frente a normas imperativas de la ley específica –art. 150 Código Civil y Comercial, arts. 94.5, 96 y 99 Ley General de Sociedades-.

9.- Cual debe ser el alcance de las facultades jurisdiccionales en punto a la homologación del acuerdo:

JQG: La homologación es una decisión estrictamente judicial, justificada por la conveniencia de extender los efectos del acuerdo alcanzado con la mayoría del pasivo a acreedores no participantes o disidentes. Por esa razón debe seguir siendo una facultad estrictamente judicial, ya que eso es lo que legitima salvar el límite de la relatividad de una relación contractual para extender sus efectos más allá de las partes que celebran el pacto, en forma de acuerdo de refinanciación, de pagos, etc.

DFA: Adhiero a lo contestado por JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, aunque entiendo que resulta muy importante precisar la naturaleza del control judicial a la hora de homologar. Dentro de la amplia

gama que existe entre un control formal de legalidad y uno de mérito, estimo que el legislador debe brindar pautas claras respecto de cuál es la naturaleza del control judicial esperado.

Sin perjuicio de ello, entiendo que siempre debería salvaguardarse que en la hermenéutica la decisión del juez concursal debe tender a la armonización del sistema normativo en su conjunto y, por lo tanto, aplicar los institutos de derecho común –como fraude, abuso del derecho, etc.–, interpretados a la luz de los principios del subsistema concursal.

Estimo también que para un adecuado ejercicio de las facultades jurisdiccionales, resulta indispensable que la ley prevea con claridad el correlativo deber –durante todo el procedimiento– de brindar información económica, financiera y contable respecto del deudor, extendiendo tal deber al propio deudor, a los miembros de sus órganos de administración y fiscalización, y, en su caso, a quien resulte administrador durante el procedimiento. Resulta preferible que la ley precise el régimen informativo, las oportunidades de presentación de información, el contenido de tales presentaciones y las consecuencias ante un eventual incumplimiento, error o falsedad.

Amerita requerirse que toda información debería presentarse explicitando las normas de valuación utilizadas, las que deben considerarse conforme estándares generalmente aceptados. Finalmente, y en lo atinente a la homologación del acuerdo debería requerirse que quien efectúe una propuesta a los acreedores y, oportunamente, quien solicite su homologación, deba suministrar a los mismos y al juez concursal, información específica respecto del impacto del acuerdo propuesto sobre las finanzas y economía del deudor, con especial énfasis en el flujo de fondos proyectado.

EHR: Conuerdo, con las aclaraciones formalizadas en respuestas 4 y 8.

10.- es conveniente que el juez concursal califique la conducta del deudor o es una materia estrictamente de competencia del juez penal.

JQG: Es conveniente que haya una calificación concursal, diferenciada e independiente de la calificación penal, sin prejudicialidad necesaria ni vinculación de pronunciamientos. Se trata de dos perspectivas distintas, con requisitos y efectos distintos. No todo concurso culpable a efectos mercantiles o civiles, debe tener carácter de delito penal, ni viceversa. Otra cosa es que en muchos casos las bases fácticas de la calificación coincidan y un mismo supuesto revista caracteres de delito y simultáneamente constituya un concurso culpable, acumulándose sanciones penales y jurídico-económicas, sin que ello afecte al principio non bis in ídem.

DFA: Entiendo esencial que el marco concursal no debe quedar excluido de las reglas de la responsabilidad –civil y penal– por los actos realizados en el período anterior a la insolvencia. El modo para la determinación de tal período, en cada caso concreto, debería encontrarse claramente determinado. Creo conveniente que las acciones de responsabilidad suscitadas en este marco tramiten ante el juez concursal, con previsión legislativa expresa de consecuencias y, en su caso, sanciones que, incluso, puedan determinar distintas duraciones para los períodos de incautación de bienes y ámbitos temporales para que opere la extinción de deudas alcanzadas por la quiebra. Sin embargo, más allá de lo antedicho y de la estrecha colaboración que debiera existir entre el juez penal y el concursal, entiendo inconveniente que el juez concursal proceda a una calificación de conducta, puesto que tal calificación –aunque fuese sólo una calificación “concursal”–, puede reforzar el carácter estigmatizante de la quiebra cuando el foco debería estar ubicado en la detección, investigación y, si acaso, castigo penal, de los eventuales delitos

EHR: No me preocupa la existencia o inexistencia de una calificación, particularmente frente a la homologación del acuerdo. Creo fundamental señalar que los efectos novatorios de la homologación de un acuerdo no excluyen las acciones de responsabilidad extraconcursoales que terceros, acreedores o no, puedan promover contra administradores y socios basados en los principios de la teoría general de la responsabilidad: haber sufrido daño, que el imputado haya realizado una acción u omisión que constituya una antijuridicidad y que tenga un vínculo causal con el daño generado.

**VICISITUDES DE LAS FACULTADES JURISDICCIONALES EN LA LEY Y EN LA DOCTRINA JUDICIAL
ARGENTINA****Lidia VAISER**

I. La ley concursal argentina se sancionó en 1995; y si bien ha sufrido algunas modificaciones, ha sido la doctrina judicial la definitiva modeladora del régimen, a través – precisamente- de una gran preponderancia de las potestades jurisdiccionales, las que claramente habían entrado en pugna en el texto oportunamente aprobado en el Congreso Nacional.

Inicialmente, y ya desde el proyecto legislativo que fuera su génesis, se señaló el cambio de orientación de la legislación concursal, que se presentaba con marcado acento *iusprivatista*. Como resulta ser la lógica consecuencia de esa corriente, la nueva ley puso el acento en el recorte de las facultades de los jueces.

Señaló Maffia, con su filosa e irónica pluma, que el juez concursal se había convertido en un mero “*cuentaporotos*”, aludiendo principalmente a que en el nuevo régimen legal, alcanzadas las mayorías de ley el juez del concurso **debía** homologar el acuerdo. Esa redacción de la nueva norma (art. 52 LCQ) puso en duda si las facultades jurisdiccionales, al decisivo momento de aprobar la propuesta concordataria, se limitaban a un simple control de *legalidad formal*; o si por el contrario el juez conservaba la función de resolver según la observancia o la inobservancia de la *legalidad sustancial* del acuerdo.

Ese “**debe homologar**”, en palabras del texto normativo, se convirtió en la piedra de toque apta para juzgar la orientación de la ley, y abrió un debate muy ardoroso en la doctrina interna, que puede repasarse en “El juez frente a la homologación del acuerdo: Ni apocalípticos ni integrados”⁸ donde se señalaba:

“Uno de los puntos más controvertidos de la última reforma concursal fue, sin duda, el recorte de las potestades atribuidas al juez a la hora de homologar la propuesta de acuerdo votada favorablemente por los acreedores.” “La dramática amputación normativa del poder-deber de valorar el mérito del arreglo convenido, fue calurosamente defendida y no menos calurosamente criticada.”

Pero la ulterior interpretación de la ley por parte de la jurisprudencia, llevó las cosas a un justo punto, reivindicando la figura del juez y sus indiscutibles facultades para juzgar la legalidad del acuerdo desde un punto de vista sustancial.

En el recordado caso “Covello, Francisca”⁹ muy tempranamente y apenas sancionado el texto legal de 1995, se rescataron esas potestades, cuando la propuesta de acuerdo pudiera considerarse lesiva del orden público (noción de cierta amplitud, - como se concederá -, lo que amplía por tanto los alcances de la competencia judicial).

Pero tal vez el inicio de la corriente jurisprudencial que luego se impuso, dado su mayor impacto, puede encontrarse en el fallo recaído en la causa “Línea Vanguard” con la decisión que juzgó ilícita y contraria a la moral y las buenas costumbres una propuesta de concordato a

8 En: La Ley 1997-E-243; por Ribichini; Guillermo Emilio

9 CNCom. Sala B; 3.9.1996

veinticuatro años, con cinco de gracia y sin intereses ¹⁰

II. Aún con anterioridad a la sanción de la ley 25589, (modificatoria de la ley 24522), que trajo de la mano la facultad del juez de imponer el acuerdo a acreedores disidentes y la reinstauración explícita del control sustancial de la propuesta concordataria, el rol del magistrado concursal fue recuperando paulatinamente su perfil. Me animo a decir, **por encima de las atribuciones** que tuviera durante la vigencia de su predecesora, la ley 19551.- y más allá del controvertido control del concordato.

Es así que en una larga lista de fallos novedosos, comenzó a avizorarse un avance sistemático de la figura del juez en la dilucidación de diversas cuestiones de relevancia dentro del marco del proceso concursal.

Sin ánimo de realizar un catálogo exhaustivo, podemos encontrar esos rasgos en los siguientes ejemplos:

1) En la adopción de una variada gama de medidas cautelares, genéricas y en muchos casos autosatisfactivas. ¹¹

2) En la fijación “definitiva” (en la propia nomenclatura legal) de las clases y subclases de acreedores. Recordemos que la ley 24522 introdujo la novedosa posibilidad de que deudor separe en clases a los acreedores concurrentes y les ofrezca propuestas diferenciadas, circunstancia que marcó como pocas las diferencias con el régimen precedente.

En esa línea pueden encontrarse los pronunciamientos recaídos en las causas Florio ICSA s/Conc.Prev” ¹²; “Schoeller Cabelma s/Conc.Prev”, ¹³; “Salinas Abelardo s/Conc.Prev.17.11.95; ¹⁴ y “Listas Argentinas SA s/Conc.Prev” ¹⁵

Y más recientemente en la causa “Forman Fieguina SA s/Concurso preventivo” ¹⁶

Cabe recordar que en el aludido caso “Schoeller Cabelma”, en ejercicio de la facultad para fijar definitivamente las clases de acreedores, el juez estableció la creación de una categoría no prevista por el concursado, para alojar en ella a las sociedades controladas por éste, las cuales no están excluidas de votar el acuerdo según el texto legal (art. 45 LCQ) . Lo que revela una doble injerencia judicial: para fijar las clases o categorías de acreedores ampliando las previstas por el deudor; y para discriminar a ciertos acreedores que si bien no se encuentran impedidos de votar, pueden licuar con su participación a otros acreedores comunes.

3) En la exigencia de que el deudor adapte la propuesta concordataria a las pautas legales vigentes ¹⁷.

10 CNCom.Sala C; 4.9.2001; Errepar Doctrina Societaria y Concursal, Diciembre de 2001, con nuestra nota “La propuesta de acuerdo preventivo y su debida observancia del orden jurídico. Facultades de los jueces.”

11 Por todos v. Kemelmajer de Carlucci; “Cuestiones de competencia en las medidas urgentes en el concurso”; Revista de Derecho Privado y Comunitario; Concursos; 2002 Nro.3; Ed.Rubinzal Culzoni).

12 22.8.96 .JNCom Nro.11.

13 30.10.96 originario del mismo Juzgado.

14 Juzg.Proc.Conc. Nro. 3 de Mendoza”.

15 en DSyC Errepar; Nro.155, Octubre 2000, junto con nuestra nota “La categorización de acreedores en el concurso preventivo: el abrazo del oso”.

16 CNCom Sala D; 18-2-2016 MJ-JU-M-97378-AR.

17 “Massey Ferguson SA s/Conc.Prev.” 4.6.96 JCiv y Com Nro.13 de Rosario; cit. Nuestro trabajo “La propuesta de acuerdo preventivo y su debida observancia del orden jurídico. Facultades de los jueces” en Errepar Doctrina Societaria y Concursal, Diciembre de 2001.

4) En la sincronización de los plazos procesales durante el trámite del “cramdown”, y demás decisiones tendientes a subsanar las falencias imputables a la ley¹⁸

5) En la morigeración de intereses excesivos, especialmente los aplicados por el fisco nacional¹⁹

Merece destacarse que en un fallo reciente se estableció que si bien la facultad de los organismos fiscales de imponer intereses punitivos, (además de los moratorios), deriva de la necesidad de atender los gastos del Estado y obedece a razones de orden público, las pautas establecidas por la normativa fiscal para regir esos cálculos no cercenan la facultad genérica de morigeración que tiene el órgano judicial²⁰

6) En el establecimiento de una categoría o clase especial dentro del universo de los acreedores, para instalar a los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales²¹. Ello así, en razón de que la normativa propia de esos entes establece de modo imperativo las condiciones en las cuales se admite, desde el punto de vista administrativo, prestar conformidad con un acuerdo concordatario. Por ende, establecer una clase especial para dichos organismos, permite al concursado ofrecer una propuesta a medida de esos planes de pago, a fin de garantizar la aprobación del convenio.

7) En la intrincada trama del concurso “en caso de agrupamiento”²²

8) En la desestimación de la llamada “propuesta residual”²³ referida a la que normalmente con menor beneficio, trataba de imponerse a los acreedores que no participaban del proceso. Dicho de otro modo, aquellos que si bien legítimos no se presentan en termino oportuno a validar sus créditos y por ende quedan fuera del marco de la votación.

9) En el método de integración de las mayorías necesarias para llevar adelante las acciones de recomposición patrimonial en la quiebra, donde una nueva corriente jurisprudencial se sobrepuso a la fría letra de la ley, con un casi seguro aniquilamiento de las vías integrativas del patrimonio cesante; ello así, morigerando los recaudos impuestos a los acreedores para formar mayorías y como forma de equilibrar los escollos legales para llevar adelante las acciones de ley²⁴

18 “Pedro y José Martín S.A., Juzg.Proc.Conc.Nro.3 Mendoza; en LL 25/03/97.

19 “Pedro Worms Y Cia. SRL s/Conc.Prev. s/Inc. De Revisión por DGI” – CNCom.Sala E – 29/09/00; “Zapata Jorge Julio s/Conco Prev. S/Inc.Rev” SCJ MENDOZA – 11/04/03; “Frigorífico Minguillon SA s/Quiebra s/inc. de revision por Fisco Nacional DGI”, CNCom, Sala C, 15/09/93.; mas recientemente “ Preantonio Gerardo Héctor s/ concurso preventivo s/incidente de revisión de crédito de AFIP - DGI y otro” ; CNCom Sala B; 3-11-2016; en Microjuris; MJ-JU-M-102183-AR 20 Quattro Latina SA s/quiebra; CNCom sala D; 29-12-2016.

21 “El Rápido Argentino Compañía de Microómnibus S.A. s/concurso preventivo” Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 21 – Secretaría N° 41, febrero 19-2003; “Yampolsky, Natalio Alfredo s/concurso preventivo”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 18 – Secretaría N° 35, abril 8-2003. Willmor S.A. s/ concurso preventivo; CNCom, Sala A; 21-4-2014.

22 Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de Mendoza, autos “Quiroga, Oscar Horacio y otros s/ Concurso Preventivo Agrupado”;22 SCJ de Medoza, julio 7-997, “Salinas Pardo, Jorge y otra en: Motores y Materiales Eléctricos S.A. s/ inc. Cas.”, RDPyC, 18-442, Digesto Práctico La Ley, pág. 840; 22 CNCom., Sala C, julio 15-997, “Homero Fonda y Cía. S.A.I.C. s/ Conc. prev.”, RDPyC, 1997-853, Digesto Práctico La Ley, pág. 840). Librandi Karina Andrea s/ concurso preventivo; CNCom, Sala B; 23-12-2008; en Microjuris, MJ-JU-M-42497-AR.

23 “La Franco Andina” citado más arriba; “Argenfruit SA en Pedro Lopez e Hijos s/Conc.Prev.” CSJ Mendoza, 24.6.03; en Errepar, Doctrina Societaria y Concursal; Nro.189, Agosto 2003).

24 “Banco Extrader S.A. s/quiebra s/incidente de responsabilidad”; conf. Sala D, 3/7/1997, –del dictamen del señor fiscal de cámara- CNCom, Sala E, 7/3/2001, “Cardoso Mariano s/quiebra c/Artes Gráficas Modernas S.A. s/revocatoria concursal (ordinario); CNCom, Sala D, 3/7/97, “Eledar S.A. s/quiebra s/inc. de responsabilidad”, ED 20/11/98; C.Civ. y

10) En la interpretación de las normas que excluyen del computo de las mayorías a acreedores que resultan ser parientes, socios o controlantes del deudor, ampliando sensiblemente el escueto elenco que establece la ley (art. 45 LCQ) bien sea a otros sujetos vinculados especialmente al deudor por razones que pudieran suponer una complacencia fraudulenta. O aún, a los *acreedores disidentes* sospechados de llevar adelante acciones encuadradas en la competencia desleal u otras formas de abuso del derecho, integrando de este modo la normativa concursal con todo el sistema jurídico.²⁵

Ha sido esta última temática la que despertó sin duda las mayores atenciones de la doctrina y reconoce un vasto universo de fallos judiciales y notas autorales en una materia que, como se apreciará, representa la instancia más álgida del proceso concursal; la que marca el equilibrio entre la propuesta concordataria y la mayor o menor cantidad de acreedores o créditos concurrentes cuya conformidad el deudor necesita recabar. Personalmente le he dedicado al tema numerosos trabajos monográficos y una obra publicada en 2015, que puede consultarse para mayor ampliación de estas notas.²⁶

III. Como corolario de las apreciaciones hasta aquí vertidas y en punto a las facultades del juez concursal en la legislación nacional, puede apreciarse que aquello que se inició con un recorte remarcable de las potestades inherentes a la judicatura fue rápidamente subsanado.

Si bien la ley 25589, modificatoria de la LCQ 25422 fue la que restituyó en la letra de la norma, (aunque de un modo elíptico) el control de legalidad sustancial del acuerdo, caben dos apreciaciones: en primer lugar que aún en la primigenia redacción de la norma, no era factible suponer el cercenamiento de la potestad jurisdiccional inherente a juzgar la legitimidad intrínseca del acuerdo, ya que el acto de homologar (el acuerdo concordatario o cualquier otra relación jurídica, mirado desde la óptica del Derecho procesal) presupone siempre la existencia de ese control exhaustivo de legalidad que corresponde formular al tribunal²⁷

Al mismo tiempo, es dable advertir que en la evolución de la jurisprudencia se produjo un verdadero rediseño de numerosos aspectos normados en la ley, en su gran mayoría signados por un avance de la figura del juez.

Lo que permite concluir en que en el derecho interno, el juez del concurso se encuentra revestido de una gran fortaleza para establecer en el amplio ámbito de sus facultades un concordato satisfactorio, ceñido estrictamente a la ley, y que respete el necesario equilibrio de todos los intereses en juego.

Com., Rosario, sala III, 2000/09/15 – Dutto, Florentino, LL Litoral, 2001-1114). Tomás Francinelli y Cía. S.A. s/ quiebra, Incidente de Ineficacia de acto. Art. 119 LCQ.; CNCOM, Sala A; 30-12-2010.

25 Juan C Guzman y Cía. S/Conc.Prev; CNCom, Sala 27-12-2002; En LL 2003-C-721; Productos Maimumbí; CNCom SalaA; 10-8-04; en Microjuris MJ/REP/M108587/AR; Inversora Eléctrica de Bs.As. SA s/Concurso; CNCom, Sala B; 13-3-06; en Microjuris MJ/JU/M/8495 AR; Grinberg de Aizemberg Jezabel Adriana s/ quiebra; CNCom; Sala E; 10-10-2012, Microjuris MJ-JU-M-76512-AR.

26 “La exclusión de acreedores en el proceso concursal” Ed. Astrea; Bs.As. 2015.

27 Así lo sostuve en “Homologación del acuerdo preventivo: iusprivatismo o iuspublicismo” Ponencia a las VII Jornadas de Rioplatenses de Derecho Comercial; Punta del Este, Octubre 28 y 29; 1994.

EL JUEZ Y LA HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO EN EL DERECHO ARGENTINO**Daniel Fernando ALONSO**

Sumario: I. La homologación del acuerdo preventivo: aproximación. II. El juez, sus facultades y la homologación a la luz de la evolución. III. Las facultades jurisdiccionales entendidas desde la jurisprudencia. IV. El debate y su síntesis. V. A modo de conclusión.

I.-La homologación del acuerdo preventivo: aproximación

El concurso preventivo es un “modo colectivo de regular el pasivo”²⁸, que surge cuando han fracasado, por acción u omisión, las soluciones autónomas, es decir, cuando el concursado no ha logrado resolver autónomamente su estado y recurre, en consecuencia, a una solución que, al menos en parte, es heterónoma: la solución mediante terceros. Esa pérdida de la autosuficiencia en la gestión de su patrimonio tiene correlativamente el incremento del involucramiento de los terceros. Dentro de los múltiples matices del mismo, surge la intervención del Estado y, por él, del juez concursal, cuya labor en la solución preventiva reconoce, como oportunidad de singular importancia, a la homologación del acuerdo preventivo.

A fin de enmarcar la discusión cabe primeramente decir que, en derecho argentino, la homologación judicial del acuerdo preventivo otorga autoridad a la voluntad manifestada por los acreedores legitimados para dar su conformidad. Así, la homologación se yergue como requisito esencial para la aplicación del acuerdo pre-aprobado, puesto que hasta tanto ella se dé, aunque el acuerdo cuente con todos los requisitos legales e incluso con unanimidad de los legitimados a dar conformidades, el mismo carece de eficacia²⁹.

En ese marco, se ha sostenido que la homologación tiene una función declarativa de la validez del acuerdo previamente aceptado³⁰.

Visto ello, puede decirse que la actividad jurisdiccional tiende a tutelar los derechos de aquellos acreedores ausentes y disidentes, puesto que el acuerdo homologado tendrá efecto vinculante para ellos, y no sólo para quienes lo han consentido³¹.

Por ello, sin desconocer el interesantísimo debate respecto de la naturaleza jurídica del acuerdo y sin ignorar que el mismo conlleva importantes consecuencias prácticas, puede analizarse la función del juez concursal, a la hora de la homologación, concentrándose en sus potestades jurisdiccionales homologatorias y denegatorias. Para acometer tal objetivo, iniciaremos por un sucinto análisis del derrotero legislativo, acompañado con la referencia – necesariamente breve- a algunos de los numerosos fallos relevantes; finalmente, trataremos de sistematizar el debate, en los términos más recientes, los que, si bien llevan una década y media, no dejan de presentar matices de interés.

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

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

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

31 CÁMARA, op. cit., 1091.

II.- El juez, sus facultades y la homologación a la luz de la evolución legislativa

Código de Comercio. Imbuido de una orientación tendiente a la punición de la conducta del deudor y la satisfacción de los acreedores, el Código de Comercio Argentino, cuya normativa rigió las quiebras desde 1862 a 1902, previó el “concordato” como forma de conclusión de la quiebra. En el concordato, el rol del juez era uno de control de legalidad y no de conveniencia.

Ley 4.156. El régimen del Código de Comercio fue reemplazado por el de la Ley nro. 4.156³², cuyos 170 artículos, rigieron las quiebras desde 1902 a 1933. Concebida la cuestión de la insolvencia como un *quid* de interés privado, esta ley –pionera para su tiempo- incorporó, como procedimiento alternativo a la quiebra, la “Convocación de acreedores” (art. 6 y siguientes), pero conservando el juez un rol de control de legalidad y no de conveniencia.³³

Ley 11719. La antes aludida orientación en política legislativa comenzó a variar –y si se quiere fluctuar- cuando mediante la Ley nro. 11.719³⁴, se derogara el anterior régimen y se lo reemplazara por el que se aplicó desde

1933 a 1972. Frecuentemente denominada “Ley Castillo”, a raíz de su inspirador Ramón Castillo,³⁵ este ordenamiento implicó avanzar hacia la agregación de un interés general o intereses *supra* individuales al interés individual o privado de los acreedores. La “convocatoria” adquirió entonces cierto beneficio y cierta impronta de “salvaguardar el interés general”, siendo el rol del juez el de “director del proceso” –en expresión que se conserva aún en el régimen vigente- e incorporando, en lo que podría denominarse “facultad denegatoria”, al control de legalidad un control de mérito.

Durante la vigencia de la ley 11.719, se dictó el fallo “Compañía Swift de La Plata S.A.F., conv” por la sala C de la Cámara Nacional de Comercio –en adelante CNCom.- de fecha 06 de junio de 1972.³⁶ En este precedente, el juez de primera instancia denegó la homologación, pese a la obtención de mayorías, en fallo que fue confirmado por la alzada sosteniendo que la facultad denegatoria está inspirada por el interés general, que la finalidad legal es beneficiar al comerciante desventurado y salvaguardar el interés general y evitar el proceder contrario al propósito y espíritu de ley.

Ley 19.551. Días antes del fallo expuesto en el párrafo precedente, se aprobó la ley 19.551,³⁷ la que imbuida del principio de conservación de la empresa marcara un hito respecto de la primacía de los intereses *supra* individuales sobre los individuales. Este ordenamiento, vigente desde 1972

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

33 Al respecto, ver en particular los arts. 23 a 25, los que limitaban, más que la legislación presente, la legitimación y las causales de impugnación, establecían un abreviado trámite para las mismas y el marco para la resolución judicial.

34 Publicación: Boletín Oficial 30/09/1933 - ADLA 1920 - 1940, 325. Antecedentes parlamentarios: D. ses. Sen., 1933, t. I, p. 836 - D. ses. Dip., 1933, t. V, p. 38.

35 Ramón Castillo, catamarqueño, tuvo una dilatada carrera pública, política y académica, que incluyó, como hitos, el formar parte de la Cámara Nacional de Comercio, ser profesor titular y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ser senador nacional, Ministro del Interior, luego vicepresidente del Dr. Ortiz (1938-2942) y finalmente Presidente de la Nación (1942-1943). Sobre el tema, ver: Fernando SABSAY (1999). «Presidente Ramón Castillo». Presidencias y Presidentes constitucionales argentinos. Buenos Aires: Biblioteca Nacional, por un resumen ver: <http://web.archive.org/web/20130715062556/http://www.paisglobal.com.ar/html/argentina/presidencias/presi22.htm> (última consulta: 24/02/2017).

36 Publicado en: ED, t. 43, 129/143

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

a 1995, reguló el concurso preventivo (arts. 5 a 83), y en lo relativo a la homologación (arts. 61 a 63) se percibía el intento de salvaguarda del interés general diferenciado del interés –particular– de los acreedores. Conserva aquí el juez la facultad denegatoria y se establecen criterios de valoración (art. 61),³⁸ resultando importante destacar que establecía que el juez “se debe pronunciar sobre la homologación...”, estableciendo entre los criterios el merecimiento de la solución preventiva (inc. 5 art. 61).

Durante la vigencia de este régimen, tramitó el conocido caso “Sasetru”.³⁹ En este caso, habiendo la resolución de primera instancia denegado la homologación, pese a contar con las mayorías, la sala D de la CNCom confirma el fallo argumentando que el acuerdo empeoraba la perspectiva de cobro e implicaba una conducta contraria al crédito; sin embargo, en disidencia se sostuvo que el parámetro es la conservación de la empresa y el “interés general” no es el interés general de los acreedores. Posteriormente, el recurso extraordinario es admitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación –en adelante, SCJN–, tribunal que señala que el fallo de la CNCom “discurre con plausible inquietud ética” pero “se despreocupa... de la suerte que han de correr las plantas industriales y el valioso capital humano y económico que emplea un conjunto empresario”⁴⁰ y que la arbitrariedad radica en no acatar el principio rector.^{41,42}

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

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

39 CNCom., sala D, 21/12/1982, “Sasetru S.A., quiebra”. LL, 1983-B, 658/677 – CSJN, 11/10/1984. SASETRU S.A.C.I.F.I.A.I.E. s/ RECURSO EXTRAORDINARIO. SAJ: FA84000525 - JA, 1984-IV, p. 56.

40 El considerando 12 dice: “Que el fallo discurre con plausible inquietud ética acerca “del espontáneo rigor moral del concordato” y el “crédito moral para con el deudor” que implica su homologación. Se despreocupa, empero, de la suerte que han de correr las plantas industriales y el valioso capital humano y económico que emplea un conjunto empresario al que sitúa “entre los más importantes del país”, y no se hace cargo de los resultados que pueden derivarse de su extinción, en virtud de la diferencia más que sensible que registran los valores de explotación y los que eventualmente pueden obtenerse con la venta judicial. “La escueta y aislada referencia sin mayor apoyo de fs. 572 no exime a los magistrados de considerar uno de los elementos de la misma norma que aplican, justamente aquel que por estar vinculado al interés general la doctrina pensó que ‘tiene que ser celosamente escudriñado por el juez, como ya lo había resuelto la jurisprudencia fundada en el art. 40, de la ley 11.719’ (Héctor Cámara, ‘El concurso preventivo y la quiebra Comentario de la ley 19.551’, vol. II, p. 1121)”. Considerando 12, transcripto íntegramente.

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

42 También en el fallo de la SCJN medió la disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, quien sostuvo: “15. Que esta Corte no se desentiende de la tendencia actual de la legislación y la doctrina orientada a conservar aquellas empresas que por el capital invertido, mano de obra ocupada, los bienes que producen, lo que consumen y el efecto multiplicador que tienen sobre la actividad industrial o comercial gravitan positivamente sobre la economía en general. Y valora en su justo límite la disociación entre empresa y empresario como forma de preservar ese tipo de empresa. Pero considera que el principio de la preservación de la empresa tiene sentido cuando ésta se encuentra en marcha y no cuando no lo está. Ello es así, porque dentro del marco del Estado contemporáneo, la separación empresa empresario apareció como un

Ley 24.522. El régimen de la ley 19.551 fue sustituido por el establecido mediante la ley nro. 24.522,⁴³ con cuya versión originaria se regresa a la prevalencia del interés de los acreedores y se consagra expresamente la separación empresa y deudor, pudiendo sintéticamente decirse que el concurso preventivo se encontraba inspirado en la protección de la actividad empresarial, del interés de los acreedores y la salvaguarda del interés general. La adopción de este régimen disparó en lo que nos ocupa, una pregunta ineludible: ¿había aquí un retroceso general de las facultades del juez?, tributaria del debate respecto de la interpretación de la frase “el juez dictará resolución homologatoria” (art. 52), que contrasta, en su tenor literal, con el de su predecesor art. 61, ley 19.551, que decía: “el juez se debe pronunciar sobre la homologación del acuerdo”.⁴⁴ A lo que se agrega un segundo debate, ¿lo que se persigue es la legalidad formal o la legalidad sustancial?

Durante la vigencia de esta redacción originaria (1995-2002), se dictaron algunos fallos relevantes en la materia, dentro de los cuales hemos seleccionado dos: los casos “Covello” y “Línea Vanguard”.

En “Covello”, la sala B de la CNCom, siguiendo el dictamen del Fiscal de Cámara, sostuvo que el art. 52 proporcionaba una directiva al juez para la homologación del acuerdo, pero tal directiva “no impide la facultad jurisdiccional de realizar un control excedente de la mera legalidad formal, en los casos en los que el acuerdo podría afectar el interés público, teniendo en cuenta el universo jurídico en su integridad, como menciona el Fiscal de Cámara con sustento en los arts. 953 y 1071 del Cód. Civil”.⁴⁵

requisito del sistema en correspondencia de los objetivos de crecimiento del consumo y el bienestar social, el pleno empleo, la aplicación constante de la tecnología al proceso productivo, y la economía de mercado con las limitaciones necesarias para suprimir sus consecuencias disfuncionales y por tanto, la lucha contra los monopolios y la defensa de la mediana y pequeña empresa.

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

“Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada...” (considerandos 15 y 16 del voto en disidencia del Dr. Fayt). 16 Sanción: 20/07/1995 – Promulgación parcial: 7/08/1995 – ADLA, LV-D, 4381.

43 Sanción: 20/07/1995 – Promulgación parcial: 7/08/1995 – ADLA, LV-D, 4381.

44 De allí que surgiera la expresión “cuenta porotos”, ver: Lidia Vaiser, “El Juez del concurso: de cuenta porotos a protagonista”.

45 Considerando 4, en CNCom, sala B, 03/09/1996. Covello, Francisca M. s/ quiebra. LL 1997-E, 244 – LLO: AR/JUR/2289/1996. En el mismo sentido, punto 4 del Dictamen del Fiscal de Cámara, Raúl A. Calle Guevara.

45 CNCom., sala C, 4/09/2001, “Línea Vanguard SA s/ concurso preventivo”, LL 2002-A, 394.

En “Línea Vanguard”,⁴⁶ el juez de primera instancia había rechazado la impugnación del acuerdo preventivo efectuada por un acreedor quien argumentaba que la misma afectaba el orden público y el interés general.⁴⁷ Apelado el fallo por el acreedor impugnante y previa solicitud de confirmación del fallo por la sindicatura, el Fiscal de Cámara, ejerciendo su facultad requirente, postuló que se revoque la sentencia y se rechace la homologación del acuerdo. Al fallar, la sala C de la CNCom⁴⁸ resolvió revocar la decisión apelada, haciendo lugar a la impugnación y, en definitiva, denegando la homologación, con fundamento en que una propuesta de estas características podría importar un “verdadero ejercicio abusivo de los derechos por parte del deudor, y sobre todo de los acreedores que integran la mayoría”, “que virtualmente desnaturalizaría el instituto del concurso preventivo (art. 1071, Cód. Civil)” y como acto jurídico resultaría “encuadrable en la noción de ‘objeto ilícito’, violatorio de la regla moral ínsita en el art. 953 del mismo Código”.⁴⁹ De este fallo, no puede sino destacarse que enfáticamente se pronuncia por el rechazo de la hermenéutica del control de la legalidad formal –entendida como que los acreedores serían los únicos en situación de decidir y los jueces se encontrarían constreñidos al mero análisis formal de la propuesta- y la adhesión a la conservación de la potestad jurisdiccional de efectuar un control que trascienda la mera legalidad formal.⁵⁰

Ley 25.589. Durante el año 2002, el régimen de la ley 24.522 recibió dos modificaciones: la primera por ley 25.563⁵¹ y la segunda mediante la ley 25.589.⁵² Concentrándonos en esta segunda modificación, puede decirse que la misma se inclinó hacia un resurgimiento de los intereses *supra* acreedores, con una tendencia hacia lo publicístico, y con el concurso preventivo atento a la protección de la actividad empresarial, del interés de los acreedores y de la salvaguarda del interés general. Luce aquí la nueva redacción dada al art. 52, en donde surge la consagración explícita de las facultades jurisdiccionales denegatorias de la homologación del acuerdo, a través de la imposibilidad de homologar “propuestas abusivas” o en “fraude a la ley”. A la par, se incrementan las facultades homologatorias a través de la incorporación del denominado “cramdown power”, por el cual el juez puede homologar e imponer –con el cumplimiento de determinados requisitos- un acuerdo que no alcanzó las mayorías legales para que se dicte la resolución de existencia del acuerdo (art. 49).

46 CNCom., sala C, 4/09/2001, “Línea Vanguard SA s/ concurso preventivo”, LL 2002-A, 394.

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

48 El fallo de la sala cuenta con dos votos. El voto mayoritario es suscripto por los Dres. Héctor M. Di Tella y Bindo B. Caviglione Fraga. El Dr. José L. Monti vota por sus fundamentos, explicitando compartir íntegramente “lo expresado en lo principal de la resolución, adicionando que, habida cuenta del rechazo y que el mismo se basa en circunstancias que podrían revertirse, expresa factible instar a la instancia de grado para que, mediante un nuevo período e exclusividad, acuerde a la concursada una nueva posibilidad de proponer una “reformulación a fin de hacer compatible la propuesta con los principios enunciados precedentemente”.

49 Considerando 5, primer párrafo. Ver, asimismo, considerando IV del Dictamen del Sr. Fiscal de Cámara.

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

51 B.O. 15/2/2002.

52 B.O. 16/5/2002.

En este marco, merece resaltarse que, muy cercano a la reforma reseñada, se dictó la sentencia de primera instancia en el caso “Havanna”,⁵³ en la que el juez concursal tenía para su escrutinio un acuerdo preventivo consistente en el pago del “100% del monto de los créditos quirografarios y/o declarados admisibles, sin intereses y con un único pago a los 3 días de la homologación”.⁵⁴ Lo interesante aquí no es propiamente la decisión homologatoria, sino la esforzada actividad jurisdiccional, previa a resolver y pese a haberse logrado las conformidades suficientes para el acuerdo antes del vencimiento del plazo y no mediar impugnaciones,⁵⁵ de dejar sentado que el régimen vigente confirma las facultades judiciales de analizar la propuesta “bajo el prisma que proporcionan los principios generales del derecho, el orden público, la moral y las buenas costumbres”, siguiendo con un minucioso análisis respecto del concreto alcance de las potestades judiciales contraponiendo la eliminación del “control de mérito” al deber jurisdiccional de hacer “valoraciones de distinta índole, entre las que no es dable considerar excluidas a las de naturaleza económica”.⁵⁶

Régimen vigente. Cabe decir que desde entonces, existieron otras modificaciones –además de la ley 25.563 y 25.589- al régimen de la ley 24.522,⁵⁷ sin perjuicio de lo cual, en lo que a nuestro tema refiere, el instituto de la homologación no ha sufrido cambios que ameriten, a nuestro juicio, su especial tratamiento en esta instancia.

III.- Las facultades jurisdiccionales entendidas desde la jurisprudencia.

Calificado como ecléctico o acusado de hibridez, el régimen de concursos y quiebra por la ley 24.522, con sus reformas –en especial la mediante ley 25.589- parece procurar una armonización del interés de los acreedores con aquellos otros intereses que exceden a los intereses de los acreedores, intentando establecer un equilibrio entre un enfoque de la insolvencia como fenómeno de repercusión privada y otro con tendencia a lo publicístico. Es tal intento de armonización y equilibrio, el que, aún mirado con disfavor, ha servido de campo fértil para un productivo intercambio doctrinario e importantes antecedentes jurisprudenciales que, en alguna u otra medida, van delineando una hermenéutica alejada de la inercia interpretativa y comprometida con un análisis más profundo de las facultades jurisprudenciales a la hora de la homologación.

Concentrándonos en los antecedentes jurisprudenciales y siendo que el número es importante, sólo reseñaremos, y muy brevemente, unas pocas a las que consideramos, a nuestro criterio, entre las más relevantes y sin desconocer las notables omisiones que, *brevitatis causae*, dejaremos de lado en la oportunidad. Veamos.

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

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

55 Cfr., considerandos 3 y 4, respectivamente.

56 Considerando 5, cuya muy recomendable lectura, acompañada por abundantes citas jurisprudenciales y doctrinarias, refleja claramente y funda la postura reseñada en el texto transcribo.

57 Así, cabe reconocer especialmente a la Ley 26.08631 CNCom, sala A, 30/04/2004. Arcángel Maggio. LL 2004-D, 882 – LLO: AR/JUR/732/2004.

*Caso "Arcángel Maggio".*⁵⁸ Ante la homologación por el juez *a quo* de un acuerdo previa desestimación de las impugnaciones, la sala A -por mayoría- de la CNCom dispuso la revocación del fallo apelado, haciendo lugar a las impugnaciones formuladas.⁵⁹ En el caso, la mayoría consideró abusiva la propuesta de un 40% en veinte cuotas anuales, sin intereses, con la primera pagadera a los sesenta meses de la homologación.⁶⁰ Para así resolver expresó: que la espera sin intereses funge como una quita, que cuando la espera resulta tan significativa debe darse prevalencia a las facultades -denegatorias- previstas en el inc. 4 del art. 52, que las cláusulas de la propuesta permiten considerarla "abusiva e irrazonable" y que importan la "desnaturalización del derecho de los acreedores", que "la obtención de las mayorías legales, es condición necesaria, pero no suficiente para merecer la homologación judicial", que en las circunstancias del caso "es menester realizar con carácter previo a la homologación el análisis técnico-financiero de las propuestas", que en la misma se encontraban "actos de liberalidad que resultan inverosímiles", y que "la buena fe del deudor constituye un requisito esencial a los fines de la homologación". Por otro lado, resulta muy interesante contraponer lo anterior con el también meduloso voto del Dr. Peirano, en minoría, quien concluye que no parece abusiva la propuesta "máxime en los tiempos que corren", basándose en el análisis del concepto de abuso y de la validez -o fraude- de las cesiones de créditos acaecidas en autos.⁶¹

Caso "Nef S.R.L.". Aún cuando éste es un caso de nulidad del procedimiento de salvataje -declarado por la jueza de primera instancia quien decretó la quiebra de la concursada, y apelada la misma, la sala B de la CNCom confirmó el fallo-⁶² resulta interesante lo postulado en su dictamen por la Fiscal General, Dra. Gils Carbó, quien estimó que en el caso "se habría producido una suerte de vaciamiento de la empresa deudora" del que "no sería ajeno quien es el interesado en la adquisición de las participaciones de los socios...", lo que tornaba imposible "convalidar jurisdiccionalmente una conducta que contraviene la regla del art. 953 del Cód. Civil".⁶³ La sala, al rechazar la apelación, reafirmó que el juez tiene la facultad de realizar un control excedente de la mera legalidad formal, teniendo en cuenta la integralidad del universo jurídico, puesto que de otro modo estaría incumpliendo con los deberes propios de la función jurisdiccional.⁶⁴

Caso "UAR". En el caso de la Unión Argentina de Rugby - UAR-, el juez concursal, en oportunidad de decidir a efectos de dictar la resolución de existencia de acuerdo (art. 49), rechazó el pedido y revocó el auto de apertura del concurso basado en que con posterioridad a la apertura

58 CNCom, sala A, 30/04/2004. Arcángel Maggio. LL 2004-D, 882 - LLO: AR/JUR/732/2004.

59 El fallo fue luego confirmado por la SCJN en fecha 15/03/2007, donde sostuvo que la conformidad de los acreedores es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, dado que el juez concursal puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo incluso denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley (art. 52 inc. 4º de la ley 24.522) -lo que estimó había ocurrido en autos.

60 Anotó este considerando que el valor actual de la propuesta homologada era del 12,39% y no de 27,62% como había computado el juez a quo, por lo que consideró la misma contraria a la buena fe y a las buenas costumbres.

61 Cfr. considerando 10 del voto del Dr. Peirano, en minoría.

62 CNCom, sala B, 13/04/2005. LL 2005-E, 744 - LLO AR/JUR/2274/2005.

63 Cfr., considerando 8.b).

64 Si bien es un supuesto de acuerdo preventivo extrajudicial homologado en primera instancia en que el acreedor impugnante apeló la resolución que desestimó su oposición, resulta también interesante tanto el Dictamen de la Fiscal General de Cámara -que solicitó violatoria de los derechos de propiedad, defensa en juicio y debido proceso al art. 76 de la ley concursal que impone la sujeción al acuerdo de los acreedores que no lo han aceptado- como la decisión de la sala B de la CNCom rechazando la apelación: CNCom, sala B, 31/10/2005. Romi S.R.L., LL 2006-B, 617 - IMP 2006-I, 271 - LLO: AR/JUR/5094/2005.

del concurso había cesado el estado de impotencia patrimonial del concursado.⁶⁵ El juez rechaza el carácter de “acreedor hostil” del acreedor que no había otorgado la conformidad, al entender que la finalidad de la norma del art. 45 es encauzar el ejercicio del derecho a dar la conformidad “en un marco de regularidad evitando abusos y distorsiones” y que en tal contexto “es deber del juez concursal velar por el cumplimiento de esa finalidad evitando que se incurra en abusos en el ejercicio de los derechos respectivos, tanto por la concursada como por los respectivos acreedores”.⁶⁶ Luego, resuelve que, pese a la ausencia de las mayorías legales, “ello no torna razonablemente posible decretar una quiebra” cuando existe la propuesta de pago como la de autos,⁶⁷ y procede a declarar la ausencia, a la luz de la realidad económica integral del patrimonio del deudor, de un requisito indispensable -el presupuesto subjetivo concursal-, sosteniendo que “mientras que la apertura del concurso preventivo se realiza sin otro examen que el formal se contrarresta con el examen de fondo que pesa sobre el juez al homologar”.⁶⁸

Caso “Editorial Perfil”. Pese a la impugnación por algunos acreedores de la propuesta de acuerdo por considerarla abusiva, el juez concursal la homologó, en homologación que fue confirmada por la sala D de la CNCom.⁶⁹ En el caso, la sala interpretó que, el texto legal tras la reforma según ley 25.589, ha otorgado al juez la posibilidad de estimar si la propuesta es abusiva, que al respecto, no existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad, pero que “abusivo” es tal acto contrario a los fines que tuvo en mira la ley para reconocer el derecho o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.⁷⁰ También resalta que existe el parámetro de que la propuesta no puede depender de la voluntad del deudor (art. 43), y que desde la eliminación del piso de la quita -40%- la razonabilidad de la propuesta y el carácter restrictivo constituyen los dos principios interpretativos cardinales⁷¹. Sobre tal base, el tribunal interpreta que no se da un supuesto de abuso del derecho.

Caso “Talleres Reunidos Italo Argentino”. Apelada la decisión del *a quo* de rechazo a la homologación y designación de coadministración para preservar el patrimonio hasta que quede firme la decisión, la sala F de la CNCom confirmó el decisorio.⁷² Igual que en fallos anteriores, la mayoría de la sala sostuvo, con numerosa cita de doctrina y jurisprudencia, que el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria,⁷³ por lo que resultaba improcedente la homologación, a pesar de contar con las mayorías legalmente exigidas, cuando la propuesta ofrecida vulneraba el orden público económico, por dañar la protección del crédito, puesto que debe “siempre prevalecer el interés

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

66 Cfr., considerando iv).

67 Considerando v. La propuesta de autos consistía en el pago del 100% del monto verificado, más intereses devengados desde la fecha de presentación en concurso preventivo, calculados a la tasa LIBOR trimestral, dentro de los cinco días de que quedara firme la homologación (cfr., considerando 1.c.).

68 Considerando vi.c).

69 CNCom, sala D, 19/09/2007. Editorial Perfil S.A. s/ conc. prev. IMP 2007-21, 2007 – LL 2007-F, 338 – LLO: AR/JUR/5688/2007.

70 Cfr. considerando VI.a).

71 Cfr. considerando VI.c).

72 CNC, sala F, 24/04/2012. Talleres Reunidos Italo Argentino S. A. s/ concurso preventivo. LL 2012-C, 499 – LLO: AR/JUR/12689/2012.

73 Cfr., considerando 3.a).

general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del propio deudor”.

IV.- El debate y su síntesis.

Los escasos precedentes citados reflejan cierta variedad de criterios pero algunas cuestiones en común.

La primera de ella es que la modificación del art. 52 por la ley 25.589 ha venido a informar el debate respecto de la interpretación a darle a la sustitución del texto originario -“No deducidas las impugnaciones en término, o rechazadas las interpuestas, el juez dictará resolución homologatoria del acuerdo”-, por “el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo”. En efecto, a una exégesis si se quiere aislada de la referida expresión, se le opone la evidencia de que el legislador otorgó facultades judiciales expresas tanto para homologar sin conformidades suficientes (art. 52.2)⁷⁴ como para denegar la homologación pese a registrarse las mayorías de conformidades requeridas por ley (art. 52.4).⁷⁵

La segunda cuestión es la relativa al límite para el ejercicio de tales facultades. En esto, se encuentra la tensión entre la autonomía de la voluntad de los acreedores y los intereses privatísticos, por un lado, y la protección del interés general, en sus diversos perfiles –protección del crédito, orden económico, protección de la empresa, protección del empleo, hasta la moral y las buenas costumbres-, por el otro. Tal tensión debe armonizarse, lo que conlleva debatir el perfil del juez al considerar la homologación. ¿Se trata de un juez “cuenta porotos” o de un juez “empresario? O ¿se trata de un juez, que no puede desdeñar sus funciones jurisdiccionales aplicando las premisas generales de todo el ordenamiento jurídico –y no sólo el concursal- al caso concreto? Arribamos así a una tercera cuestión cual es la relativa a las potestades jurisdiccionales al momento de homologar el acuerdo y, concretamente, si el análisis previo implica un control del mérito o conveniencia, un control de legalidad formal o un control de legalidad sustancial que exceda la legalidad formal.

Finalmente, en el marco de la adhesión al deber de control de la legalidad sustancial, surge primero el debate de los parámetros para efectuar tal control, y luego el de los nuevos perfiles de tal control, lo que conlleva a debates relacionados al tema como: cuándo una propuesta debe ser considerada abusiva, si procede y cómo procede la denominada “tercera vía” y cuál es la interpretación a darle al instituto de la exclusión de voto (atento lo regulado en el art. 43).

74 La homologación sin las conformidades suficientes presupone la existencia de categorización y pluralidad de propuestas, y la no obtención de las mayorías necesarias en todas las categorías. En estos casos, el juez “puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, siempre que resulte reunida la totalidad de los siguientes requisitos:...” aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios, conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario, no discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes y que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes.

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

IV.- A modo de conclusión.

“Concordancia con la finalidades de la ley”, “quitas exorbitantes”, “valor actual de la propuesta”, “capacidad de pago”, “discriminación de acreedores” resultan algunas, entre varias, pautas de delimitación del accionar judicial.

Son eso, “pautas”, que, propuestas por la doctrina, cuando son tomadas por la jurisprudencia, permiten resolver el caso concreto. ¿Pueden ellas expandirse para convertirse en reglas o premisas generales? He aquí otro debate de sumo interés que dejamos aquí planteado.

Iniciamos diciendo que el concurso preventivo es un “modo colectivo de regular el pasivo”, y es un modo “colectivo” no plural,⁷⁶ que tras el fracaso de las soluciones puramente privadas, requiere de la participación del Estado, a través del juez concursal, para la resolución del conflicto de ese “colectivo” que son los acreedores alcanzados por el acuerdo. La intervención de estos es necesaria, pero sólo la homologación judicial otorga eficacia a la misma. El alcance de la actividad jurisdiccional en oportunidad de analizar la pertinencia de la homologación luce como el quicio de encuentro de los intereses involucrados; he aquí la importancia de la reflexión respecto de la misma.

76 Esto lo distingue del avenimiento en el que no se requiere simultaneidad ni identidad de propuesta. Cfr., por todos: Adolfo A. N. ROUILLON. Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522. 16ta. ed. Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 345.

FACULTADES JURISDICCIONALES EN LA DECLARACION DE APERTURA DEL CONCURSO**Ariel G. DASSO**

Sumario: 1) Fines del sistema concursal. 2) Características del sistema concursal argentino. 3) Los Requisitos. 4) Facultades del juez en cuanto a la apreciación del cumplimiento. 5) Selección de jurisprudencia.

1) Fines del sistema concursal

El sistema concursal atiende (o debe atender) al tratamiento de la insolvencia como dato objetivo de la vida empresaria, que la pone en peligro.

La razón principal de la existencia de este sistema excepcional, es la voluntad del estado de proteger el crédito y la empresa, y su subsistencia como única manera de recomponer el crédito que la insolvencia hace peligrar.

De manera que la primera idea que debe dar base a este trabajo es que, en materia comercial, las obligaciones se pagan a su vencimiento. Y en caso de incumplimiento el sistema jurídico otorga una acción al cumplidor que puede recurrir al Estado, en su función jurisdiccional para ejecutar esa acción en caso de que el deudor no se avenga a cumplir la suya. Ese es, entonces el régimen general. El juez interviene en la vida privada de los comerciantes, para recomponer el equilibrio prestacional que el incumplimiento ha alterado. La obligación, el contrato, es un asunto privado, entre comerciantes, con las únicas salvedades que el derecho del consumo ha incorporado. Sólo la perseverancia en el incumplimiento permite, a quien ha cumplido, recurrir al poder público para recomponer la situación, y, en su caso, obtenerlo, o, el resarcimiento (indemnización que comprende el valor de la prestación más el daño causado por el incumplimiento, restableciendo la situación al momento inmediato anterior al incumplimiento.)

Este es, entonces, el régimen general.

El sistema concursal es concebido como consecuencia de la constatación que cuando la ecuación económica de la empresa no le permite pagar las obligaciones corrientes con los resultados propios del giro, las ejecuciones de las obligaciones cuyo incumplimiento se generaliza como consecuencia de esa impotencia patrimonial, repercuten de tal manera en los activos de la empresa que los mismos resultan, a menudo, insuficientes, en el régimen general, para atender a todos los acreedores. En este caso, sólo cobrará el acreedor más avisado, el mejor asesorado, el que mejor preparado está para lidiar con el incumplimiento, dejando a los demás con un quebranto que tendrán que asumir como una pérdida total.

La consecuencia natural de este estado, será la quiebra del deudor, que como procedimiento de ejecución colectiva pretende, mediante la realización de los bienes del quebrado, devolver a los acreedores, a prorrata de sus acreencias, parte de lo adeudado. Este sistema se revela como totalmente insatisfactorio, produciendo un impacto generalizado en las cuentas de los propios acreedores que, al verse privados de la recuperación de sus créditos, o a una recomposición ínfima de los mismos, ven como a su vez, esta merma impacta en su propia ecuación económica, pudiendo llevarlos a ellos mismos a dificultades importantes o a la misma insolvencia. Si a esto se le agrega la pérdida del activo productivo que es la empresa que desaparece, más las fuentes de trabajo, el resultado, para la comunidad social en su conjunto, es muy indeseable.

Por eso, el sistema concursal, en todas sus variantes, y no es distinto en la Argentina, al menos en su diseño legal, es un sistema que procura darle al deudor insolvente una segunda oportunidad para recomponer esa ecuación económica y permitirle reinsertarse en el mercado y en la actividad para, con el giro ordinario de sus negocios, poder pagar a sus acreedores a través de un acuerdo que se lo permita. Es decir, salir de la quiebra financiera a través de un proceso jurisdiccional concertado con los acreedores.

Como tal, entonces, este sistema será una excepción a la regla general, y le permitirá al deudor que acceda al sistema, preservar sus activos y su patrimonio de la agresión de sus acreedores que se verán forzados a una espera, durante la cual no podrán ejecutar sus créditos, y, en una situación de paridad de derechos, darán al deudor la oportunidad de ofrecer una propuesta de pago. Asimismo, y por tratarse de un régimen excepcional, el patrimonio del deudor estará sometido a una serie de salvaguardas, para evitar que éste lo dilapide o despilfarre, y protegido de toda ejecución mientras dure el proceso.

De manera que estamos ante un sistema excepcional, con reglas propias. No debe ser de otra manera, ya que la realidad nos ha demostrado que, el deudor, en el mercado “abierto”, es decir, jugando con las reglas comunes, no es capaz de sostener la ecuación económica según la cual sus ingresos superen sus egresos. Por ello la suspensión del curso de los intereses y la prohibición de nuevas acciones de contenido patrimonial, poniendo a todos los acreedores en paridad de negociación frente al deudor insolvente.

Y la primera intervención estatal, será, según los sistemas que cada nación haya elegido, la determinación de las vías de acceso a la protección de esos activos, ya por vía jurisdiccional o por vía administrativa..

Nos centraremos en el sistema argentino, a los efectos de este breve trabajo, que sólo pretende ser la puerta de entrada a un debate mucho más amplio.

2) Características del sistema concursal argentino

De todos los sistemas posibles de administración de una crisis de insolvencia, la Argentina ha adoptado lo que en las palabras de Joaquín Bisbal Méndez sería un Método jurisdiccional “de mercado corregido”⁷⁷. Esto es, la administración del proceso concursal y su sede está en manos del poder judicial y la decisión de convenir y aprobar la propuesta de pago está diferida a un proceso de negociación y acuerdo con los acreedores verificados en el proceso concursal, aunque los jueces pueden intervenir en la conformación de la propuesta y las categorías de acreedores, en su caso.

El sistema argentino regula el acceso al sistema excepcional a través de sus arts. 1 a 11, en los cuales determina los presupuestos subjetivos y objetivos para ingresar el mismo.

Este articulado determina ciertas condiciones cuyo cumplimiento está derivado al deudor, pero cuyo control depende del juez.

Sin embargo, el sistema legal es bien preciso acerca de los requisitos exigidos, y cumplidos los mismos, el juez debe decretar la apertura del concurso (art. 11 LCQ).

77 BISBAL MENDEZ, Joaquín, “La Empresa en Crisis y el Derecho de Quiebras”. Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1986.

3) Los Requisitos

Estas condiciones pueden clasificarse en:

A. Presupuesto objetivo: LA INSOLVENCIA.

El deudor deberá acreditar que se encuentra incurso en el presupuesto objetivo que condiciona el ingreso al régimen excepcional: la cesación de pagos, con las únicas excepciones previstas en los art. 66 y 69 LCQ, que regulan la posibilidad de concurso por agrupamiento y el Acuerdo Preventivo Extrajudicial.

Por más que mucho se ha discutido acerca de la posibilidad de flexibilizar este presupuesto para acceder a la jurisdicción concursal, la jurisprudencia argentina no se ha demostrado demasiado receptiva en este sentido. La discusión académica internacional acerca del fracaso de los sistemas concursales, mucho ha hecho hincapié en que el presupuesto objetivo de la insolvencia es demasiado profundo o se produce en un estadio demasiado avanzado que impide al deudor salir de la situación de crisis a pesar de transcurrir todo el trámite. Eso ha producido innumerables trabajos tendientes a demostrar que un adelantamiento del momento de acceso a la jurisdicción o una flexibilización del presupuesto objetivo facilitarían la solución concursal, (como las señales que demuestren la crisis, o las situaciones de dificultades financieras de carácter general), solo han trascendido en los ámbitos académicos y apenas ha sido introducido en los casos antes referidos de los art. 66 y 69 LCQ.

Pero la realidad es que frente al caso de concurso preventivo, los jueces aún hoy exigen el cumplimiento del presupuesto objetivo.

Lo que ha ido variando con el tiempo, es la intensidad del control en cuanto a la acreditación del estado de insolvencia. De una primera instancia claramente permisiva, facilitadora en extremos del acceso a la jurisdicción, a partir de la nueva ley en el año 1995, en el cual la mera confesión del estado de insolvencia parecía ser suficiente, ha habido casos en los cuales los jueces han sido más intensos en el control, sobre todo a partir del caso UAR, y las teorías que permearon las opiniones jurisdiccionales relacionadas con el "abuso del proceso concursal".

De todos modos, la prueba del estado de insolvencia se refleja en la presentación de un estado de activo y pasivo que demuestra la insuficiencia de caja, que en el momento preciso de la presentación, le impide al deudor concursal hacer frente a sus obligaciones corrientes con los recursos propios del giro.

Más allá de esta mayor o menor intensidad en el control de la existencia del estado objetivo de la insolvencia, lo que no se ha visto es que los jueces sobrepasen, por ahora los límites impuestos por la ley en este sentido, evitando apartarse del texto legal y permitiendo la apertura cuando el dato de la insolvencia no se ha dado, pero sí se constatan dificultades insalvables o una insolvencia inminente o un sobreendeudamiento irremontable.

B.- Presupuesto subjetivo: El deudor debe por un lado ser un sujeto concursable. Este es un dato de la realidad, que deberá acreditar ante la jurisdicción, presentando la documentación que así lo acredite.

Ser persona física, natural o humana, como hoy se la define en el código civil y comercial, con su DNI.

O ser persona jurídica, con la presentación de los estatutos pertinentes y sus modificaciones.

O un patrimonio sucesorio en condiciones de indivisión forzosa, con la documentación sucesoria correspondiente.

La demostración de esta condición será siempre documental, la cual será evaluada por el juzgador, en cuanto a su legalidad y completividad. Sin embargo no advertimos en este tema que haya margen para una intervención discrecional, que condicione que ciertos deudores puedan o no concursarse. No hay condiciones de cumplimiento de buena conducta, certificados de salubridad comercial, o ninguna condición que pueda derivarse de las condiciones particulares del deudor, sea éste persona física o jurídica que cumpla con la presentación de los documentos exigidos.

C.- Los requisitos formales: Por otro lado, el deudor debe cumplir con requisitos formales, contenidos en la ley, que en el listado del art. 11 LCQ impone al deudor acompañar su pedido con una serie de documentos que le permitirán al juez conocer la condición actual de la empresa, sus activos y pasivos, las razones que la llevaron a la insolvencia, sus estatutos, sus principios de gobierno sus autoridades, su historia económica reciente, el estado actual de sus negocios, entre otras cosas.

El listado parece ser exhaustivo y además taxativo. Decimos esto porque el texto legal no tiene ninguna frase o salida como la que podría indicar una mayor flexibilidad al juez a la hora de pedir otros requisitos. El texto es cerrado. Nunca dice...” y cualquier otra documentación o medida previa que el juez pudiera creer necesaria para abrir el concurso”.

Y esto tiene una razón de ser. El concurso es un derecho del deudor (no una obligación, al menos en nuestro sistema), que está incurso en insolvencia. No es un privilegio. Ni tampoco es algo que dependa de su conducta previa, comercial o fiscal o sus condiciones físicas, o jurídicas, políticas o religiosas. El juez concursal, bajo la ley argentina tiene vedado hacer un juicio de mérito, oportunidad o conveniencia al momento de decidir la apertura del concurso. Tiene que determinar si los requisitos legales, objetivos y subjetivos, han sido suficientemente cumplidos, y verificado esto, debe abrir el concurso. Aquí sí el texto legal es mandatorio, e incluso prescribe todo lo que debe decidir.

Como puede leerse del articulado, los requisitos que demanda cumplir el art. 11 desde lo formal, tiene que ver, fundamentalmente con la provisión de información suficiente al expedientes y por ende a los acreedores, juzgado y síndico acerca de las condiciones jurídicas, financieras y patrimoniales de la empresa.

Son en todos los casos, requisitos formales que se derivan de la información que normalmente se halla a disposición de los administradores de la empresa, sólo que ordenada de acuerdo a ciertas reglas.

No es difícil cumplirlas y cualquier empresa medianamente ordenada consigue producirlas en un período más o menos breve, salvo situaciones excepcionales, como puede ser algún estado de fuerza mayor, como inundación o incendio, o la toma de la empresa por parte de los empleados.

En alguna otra época, el texto legal anterior, requería además el cumplimiento previo de ciertas cargas fiscales, o mas bien previsionales, como el famoso inc 8 del art. 11 del la ley 19551, cuyo incumplimiento impedía la apertura.

Esto implicaba que para acceder al concursamiento, la empresa debía estar al día con los pagos de sus obligaciones previsionales. Una mera constatación fáctica demostraba que ninguna empresa insolvente del país estaba en condiciones de hacer frente a los pagos previsionales, y que, en realidad, por lo general, son estas obligaciones las que primero se dejan de cumplir. De manera que persistir en la exigencia del cumplimiento del requisito, hacia que ninguna empresa

podiera concursarse y de esa manera no solo no se aseguraba el pago de ese impuesto o contribución, sino que se sellaba el destino de la empresa, condenándola a la quiebra. Por ello se recurría primero subterfugios, como acreditar haber pagado el último período exigible cuando se debían todos los anteriores. Finalmente, el requisito fue eliminado, luego de que la jurisprudencia de ese momento, en la vigencia de la ley anterior, había determinado que ese requisito no era exigible.

La ley 24522 lo eliminó por completo.

Requisitos formales:

Veamos cuáles son los requisitos formales contenidos en el art. 11.-

a.- Justificación de personería. La acreditación de la existencia de la persona física o jurídica se hace con la presentación de su documentación personal y sus inscripciones fiscales si se trata de una persona humana o la de su contrato constitutivo o Estatuto y sus modificaciones inscriptas.

b.- Explicación de cómo se llega al estado de cesación de pagos, de los hechos que la manifiestan y la época en que se produce. En el relato de esos hechos, el deudor confiesa el estado de cesación de pagos, al tiempo que refiere cual es el hecho revelador del mismo o los hechos si son varios, dándose una fecha de inicio. Es en este punto donde los jueces han ejercido recientemente una mayor despliegue discrecional, al requerir a veces mayores explicaciones de cómo se llega al estado o al desestimar la presentación por entender que las explicaciones no resultan suficientes, o que el estado no se encuentra debidamente acreditado. Parece un exceso decidir por sobre el deudor si el mismo está o no en condiciones de cumplir con sus obligaciones corrientes en tiempo y forma y dicho sea de paso, la consecuencia de este andar discrecional se da de bruce con la idea de facilitar el acceso del insolvente al proceso o de incluso adelantar la presentación del presupuesto objetivo, pero esto es lo que ha sucedido en algunos casos recientes.

c.- Presentación de los últimos tres balances

d.- Presentación de un estado detallado y valorado de activos y pasivos a la fecha de presentación con indicación precisa de ubicación de los bienes y gravámenes que pesen sobre ellos.

e.- Nómina de acreedores, con indicación de monto de sus créditos, fecha de vencimiento, causa, privilegios, y garantías otorgadas o codeudores ofrecidos.

f.- Legajos individuales de los acreedores, en los que deben constar todos sus datos, y la documentación respaldatoria de los créditos. Esta documentación y la anterior debe estar certificada por Contador Público Nacional, salvo el caso de los pequeños concursos, de escaso monto de pasivo o pocos acreedores

g.- Nómina de juicios y procesos en trámite de toda índole, con indicación de monto de reclamo, radicación y estado.

h.- Recientemente se ha añadido, en el marco de la reciente reforma con una marcada impronta de índole laboralista, la nómina de empleados, con indicación de fecha de ingreso, último salario y tareas desempeñadas.

i.- Acreditar la inexistencia de concurso anterior

Se trata, en definitiva, de un corpus documental. De índole más bien contable, cuyo cumplimiento, en definitiva, recae en el deudor y su organización administrativa y, en la medida, que se presente en forma completa y ordenada, debería conducir, sin más, a la apertura.

4) Facultades del juez en cuanto a la apreciación de cumplimiento

Pareciera que, cumplidos los requisitos formales, y acreditada la existencia del presupuesto objetivo, el juez, tratándose de un sujeto concursable y siendo competente según el domicilio del deudor, no debería más que ordenar la apertura del concurso.

No hay margen en la ley argentina, a nuestro modo de ver, para la discrecionalidad en esta materia, más allá del criterio más o menos estricto en la apreciación de los cumplimientos formales.

Se ha abierto sin embargo en los últimos tiempos una brecha, que parece no tener andamio legal, pero que responde a una tendencia más intervencionista de los jueces, de requerir mayores precisiones o ampliar el alcance y extensión de los requisitos legales a la hora de ordenar la apertura, como ampliar el grado de información, elevar el grado de apertura de los estados contables más allá de lo usual y/o requerir la acreditación de que se trata de una empresa con actividad actual.

En el caso de la ley argentina no se requiere que la empresa tenga actividad al momento de presentarse en concurso, ya que la amplitud de las posibilidades en cuanto a planes para ofrecer a los acreedores, son infinitas e incluyen el cambio de objeto, la asociación con acreedores o terceros, e incluso el pago con entrega de bienes.

Sin embargo hay abierto hoy en día un debate incluso entre juzgados y salas de la cámara en torno a si procede la apertura del concurso preventivo en el caso de empresas sin actividad al momento de concursarse. Un caso emblemático ha sido el del Correo Argentino y actualmente el del Jardín Zoológico de Buenos Aires.

Aquí el tema entra en un cono de sombras, ya que, a la vez, la ley le permite al juez tomar medidas cautelares en protección del patrimonio del concursado, y se trata de una medida habitual que los deudores solicitan es la protección de activos intangibles como contratos en curso de ejecución, permisos y concesiones otorgados por el estado nacional provincial o municipal o licitaciones ganadas. Este es el caso, por ejemplo de rutas aéreas, prestaciones de servicios públicos, transporte público u otros similares.

En este caso se advierte una fuerte disparidad de criterios y el ejercicio de un amplio margen de discrecionalidad que genera, a la hora de proponer una solución concursal para este tipo de empresas, un mar de dudas.

5) Selección de jurisprudencia

Agregamos a título ilustrativo una selección de Jurisprudencia nacional, para ilustrar un poco el sentido que los tribunales han dado a las facultades jurisdiccionales a la hora de decidir la apertura del concurso y el cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales, agrupadas por temas.

a.- La integración de los requisitos de la petición del concurso preventivo en la ley 24522, se deben interpretar favorablemente, examinando si son suficientes para conformar el estado real del pasivo y del activo.

La disconformidad puesta de resalto por el juzgador en orden a la fecha fijada como comienzo de cesación de pagos denunciada, no puede fundar un rechazo, cuando el único fundamento del mismo consiste en el incumplimiento por parte del solicitante de un beneficio concordatorio de los requisitos legales (art. 13 L.C. Q), no correspondiendo por tanto tales disquisiciones a este estadio procesal, las que son propias de la tarea investigativa del funcionario sindical quién deberá pronunciarse fundadamente al respecto, en oportunidad de emitir su informe general. (Voto de la Dra. Chiapero de Bas, por sus fundamentos).

La subsanación de las exigencias contenidas en los inc. 3 y 5 del art. 11, Ley 24522 en la Alzada por parte del interesado en oportunidad de expresar agravios, lo hace merecedor de la solución concordataria habida cuenta que permitir la integración de los requisitos exigidos por la ley en esta oportunidad es la posición que mejor consulta los intereses comprometidos en la solicitud de apertura de un proceso universal. Adoptar una postura contraria importaría un exceso de rigorismo y ritualismo que no condice con la naturaleza de la petición formulada. (Voto de la Dra. Chiapero de Bas, por sus fundamentos). N.R.: Fuente de información:

<http://www.justiciacordoba.gov.ar> Sumarios oficiales del Poder Judicial de la Provincia de

Córdoba CÁMARA 2DA. C. Y C. COMPLETO

AUTO NÚMERO: 337 DEL 26/8/99

b.- Cumplimiento UEMPLIMIENTO de los requisitos EN LA ALZADA

Cabe la complementación de los requisitos del artículo 11 de la ley 24522 en la Alzada, en momento de recurrir la denegatoria de la apertura del concurso preventivo, en la medida que no se advierta un intento del recurrente de llenar la mayor parte de los requisitos o una parte sustancial de ellos fuera de las oportunidades procesales correspondientes, sino de subsanar algunas exigencias legales que resultaran cumplimentadas definitivamente en la etapa inicial. En estas circunstancias, su ponderación deviene razonable no obstante la extemporaneidad de su presentación. La índole de la cuestión debatida vinculada con la procedencia del concurso preventivo requerido, cuyo eventual rechazo deriva en la inhibición de una nueva presentación en los mismos términos, por el plazo y condiciones del art. 31 in fine de la ley, requiere desechar soluciones rigoristas, máxime teniendo en cuenta la colectividad de intereses que se entrelazan cuando de abrir o no un concurso se trata, que exceden a los del propio deudor extendiéndose a los de la masa de sus acreedores.

Juez: CABANAS (SD)

Caratula: Metalúrgica H. RR S.R.L. s/ Concurso Preventivo

Mag. Votantes: Cabanas-Mares-Occhiuzzi

c.- Criterio amplio

La ley de concursos y quiebras 25522 establece puntualmente cuáles han de ser los requisitos que debe abastecer quien pretende su concursamiento (art. 11) así como las causales de su rechazo (art. 13). Que por más amplio que pueda ser el criterio de apreciación por parte del juez sobre el cumplimiento de los requisitos formales de presentación en concurso preventivo y el correlativo ejercicio de la facultad judicial de la concesión del llamado "plazo de gracia o completamiento" que prevé el artículo 11 in fine, no puede, apriorísticamente, obviarse toda consideración al respecto ya que si la presentación abastece los recaudos legales, no corresponde denegar la apertura del juicio universal, sin perjuicio de las facultades con las que cuenta el juzgador al momento de decidir la homologación de la solución preventiva (art. 52 ap. 4 LCQ). Si en la especie, ni una sola consideración se ha hecho respecto al cumplimiento por parte de la apelante de los requisitos legales que condicionan la apertura del concurso que se solicita, limitándose la sentenciante de grado a fundar la desestimatoria por considerar, dogmáticamente, que sólo se buscó la suspensión de la denunciada ejecución individual, soslayando todo análisis objetivo de aquellas exigencias, de por sí severas, que la ley impone al insolvente que quiere lograr su concursamiento, cabe revocar la resolución que denegó el pedido de apertura del concurso preventivo, debiendo en la instancia de origen resolverse la suerte del a pretensión actora con ajuste al criterio que se deja expuesto (arts. 11, 13, 52, 68, 213 LCQ).

REFERENCIA NORMATIVA: LEY 25522 Art. 11 ; LEY 25522 Art. 13 ; LEY 25522 Art. 52 ; LEY 25522 Art. 68 ; LEY 25522 Art. 213

Fecha: 12/12/2006

Caratula: Danilovich, Fernando y otros s/ Concurso preventivo (pequeño)

Mag. Votantes: Marroco-Bissio

El recurrente de opondre a la resolución del Tribunal a quo que rechaza el pedido de formación del concurso preventivo a la firma compareciente. Atribuye a la inferior haberse excedido en exigencias, no previsto por la Ley y por consiguiente, mal aplicada la disposición concursal. Objetó a la iudex, la apreciación que efectúa en el sentido de que es posible establecer un equilibrio en el corto plazo, que la llevó a afirmar respecto a la imposibilidad de satisfacer regularmente las obligaciones contraídas es sólo temporal, por lo que no se verifica en el caso el necesario presupuesto requerido para la **apertura** del concurso preventivo, esto es el estado de cesación de pagos al encontrarse ausente una de sus notas características: la permanencia (remite a lo dispuesto en el art. 1º, L.C.Q.). Llevada la causa al Superior, se expidió en los siguientes términos: Advierte en primer lugar que de los distintos acreedores denunciados como integrantes del pasivo, los que refieren a los dos principales acreedores muestran una sorprendente orfandad de documentación respaldatoria. Se presentan para meritar mails que dan cuenta de cheques rescatados o consultas informáticas de movimientos bancarios que por sí mismos no se explican demasiado. Obra también una carilla con detalles de movimientos sobre préstamos, notas de débito, permittas de valores, pagos a cuenta, etc. Sostiene que si para explicar la crisis financiera que se denuncia y se reconoce, ésta fuera la base de sustentación, poco habría para llevar adelante el procedimiento preventivo al que se

aspira. En lo atinente al requisito de "permanencia" esgrimido en el fundamento del fallo, el recurrente no rebate argumentalmente aquellas consideraciones de la sentenciante. No obstante, considera que, su impugnación fundada en la extralimitación de las atribuciones que competen a la Sra. **Juez** y en el marco de régimen concursal actualmente vigente, se ha configurado el exceso denunciado al desestimarse in limine la peticionada **apertura** del concurso preventivo. La a quo ha realizado, un estudio de particular naturaleza técnica, cuando aún no ha sido siquiera designado el profesional en ciencias económicas, auxiliar del juzgador a cuyo cargo estará la sindicatura, análisis que en sustancia se refiere a la situación patrimonial de la recurrente, pronunciándose por la suficiencia de la empresa para superar la crisis que atraviesa sin necesidad de recurrir al remedio concursal. Por otro lado, destaca el opinante, que los créditos denunciados parecieran evidenciar movimientos bancarios, financieros, comerciales o de servicios, que lucen verosímiles y desatendidos por la deudora. Agrega también la carencia de garantías por lo cual, avizora que si el remedio preventivo no se pone en funcionamiento, muy probablemente éstos no demorarán en aparecer con las más gravosas implicancias que ello supone. Entiende que la confesión o reconocimiento judicial del estado de cesación de pagos que la petición de concurso supone estimar suficiente presunción del mentado desequilibrio como elemento objetivo. En definitiva, de la documentación agregada, hechos relatados y circunstancias reconocidas por el peticionante, puede inferirse que la situación patrimonial de la empresa si bien quizás no sea extrema ni insalvable, sí muestra visos que hacen que ese reconocimiento no resulte vacío de contenido, encontrándose explicitado el cuadro de situación, que permite tener por comprobado el estado de cesación de pagos que se denuncia y que es presupuesto ineludible. El Tribunal resuelve: hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y ordenar la revocación de la resolución recurrida. En su lugar establece que la inferior dicte pronunciamiento disponiendo la **apertura** del Concurso Preventivo.

Id. del fallo: 98164120 - Fecha: 03/07/2009 - Tribunal: C.DE APEL.CIV.COM. CONT. FLIA. 2ºN. - RIO IV - Fuero: **CONCURSOS Y SOCIEDADES** - Tipo de proceso: Auto Interlocutorio - Carátula: GUICAR S.A. S/CONCURSO PREVENTIVO - Firmantes: ORDOÑEZ - MOLA - TADDEI - Referencias normativas: LEY N 25.589 O L.C.Q.

Apeló la concursada la resolución de fs. 257/259 que rechazó su solicitud de formación de concurso, por incumplir diversos recaudos de admisibilidad exigidos por la LCyQ. Su memoria obra a fs. 370/382.

Las constancias documentales anejadas por la apelante con su recurso (fs. 263/369), que dan cuenta del cumplimiento de los requisitos que el juez a quo señaló como incumplidos, resultan suficientes para acceder a lo peticionado por la quejosa. Ello, en tanto aparecería como una solución de excesivo rigor y contraria al espíritu de la normativa concursal la resolución apelada, cuando los requisitos reputados como desatendidos fueron cumplimentados al tiempo de acompañar la memoria (CNCom., esta Sala, in re, "Abanova Salud S.R.L. s/ concurso preventivo", 10-4-12; y sus citas). Lo anterior procura evitar una solución excesivamente exigente que sólo agravaría - sin fundamento suficiente- las exigencias de la ley concursal e importaría desvirtuar la tésis del instituto del concurso preventivo, con posible perjuicio para los propios acreedores de la deudora.

PRODUCCIONES G.M.A. S/ concurso preventivo. CNCom Sala B del 26 de octubre de 2016.

d.- Caso de los no comerciantes

La exigencia que el inciso 3 del art. 11 de la ley 24522 establece como presupuesto sustancial para la apertura del concurso preventivo -esto es, la presentación de un estado valorado del activo y pasivo, actualizado a la fecha de la presentación, con indicación precisa de su composición, las normas seguidas para su valuación, la ubicación, estado y gravámenes de los bienes y demás datos necesarios para conocer debidamente el patrimonio-, no debe requerirse estrictamente cuando se trata de un pequeño concurso que involucra deudores no comerciantes. Es que el cabal conocimiento de la verdadera situación patrimonial del deudor quedará reflejado en el dictamen del síndico, verdadera auditoría en que consiste el informe general.

Juez: PERALTA REYES (SD)

Caratula: Alvarez de Vide, Marta Raquel y otros s/ Concurso Preventivo

Mag. Votantes: Peralta Reyes-De Benedictis-Galdós

Cuando se trata de personas que no se encuentran compelidas legalmente a llevar libros de comercio rubricados o a confeccionar balances de ejercicio, no es menester cumplir las exigencias de los incisos 4 y 6 del art. 11 de la LCQ. Mas aún cuando -como en el caso- se trata de una pequeña explotación agropecuaria familiar en la que los integrantes se han manejado sin rigor contable, circunstancia que debe ser ponderada por el juez de modo tal que no resulte afectado el sentido del concursamiento.

Fecha: 26/08/2008

Juez: PERALTA REYES (SD)

Caratula: Alvarez de Vide, Marta Raquel y otros s/ Concurso Preventivo

Mag. Votantes: Peralta Reyes-De Benedictis-Galdós

e.- La interpretación de los requisitos formales no debe tornarse de tal modo exigente que llegue a conspirar contra la apertura del concurso como medio de resolución de la crisis.

Es menester reflexionar acerca de las objeciones formuladas por el Aquo, a fin de denegar la **apertura** con fundamento en el incumplimiento de los recaudos del art. 11, LCQ, desde que se encuentra vedado a los jueces exigir aquello que no fue ordenado por el legislador como requisito de acceso a la solución preventiva, máxime considerando que, en el caso, se trata de una petición formulada por un pequeño deudor. "La interpretación de los requisitos formales no debe tornarse de tal modo exigente que llegue a conspirar contra el sentido del concursamiento como solución a una crisis extrema y de premiosa respuesta (art. 11 de la LC)", CCCom. De Quilmas, sala I, 8-5-2008, "Bautista, Héctor Hugo s/concurso preventivo, JUBA, citado por Vítolo Daniel Roque, en "La ley de **concursos** y quiebras y su interpretación en la jurisprudencia", T. I, pág. 67, Rubinzal-Culzoni editores). En tal sentido, con relación al inc. 1 del art. 11, LCQ, se indica que el peticionante no adjuntó copia de su DNI y/o CI y/o pasaporte, que permita su correcta individualización. Sin embargo, la agregación de tal identificación no es exigida por el mentado inciso para las personas

físicas, aún cuando sea deseable y hasta evidente, la conveniencia de contar con dicha documentación, a fin de que no exista duda al respecto acerca de su identidad. Sirve, asimismo, para definir la competencia del **Juez** interviniente, desde que contiene mención al domicilio del sujeto, a los fines del art. 3, LCQ y en tanto el examen de dicho extremo puede ser efectuado de oficio por el magistrado, librando los oficios que estime pertinentes (registro público de comercio, civil, juzgado electoral, etc.). “La primera exigencia contemplada por el art. 11, LCQ, sirve para: a) determinar la competencia del tribunal, la cual debe ser examinada por él de oficio; b) asimismo, se vincula con la correcta individualización del accionante, como es propio en toda demanda judicial...”, (Heredia Pablo D., “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, T. I, pág. 368, Ed. Abaco). En tanto dichas probanzas no se encuentran efectuadas –ni por el peticionante ni por el Aquo en uso de sus **facultades** oficiosas-, cabe considerar que, surge del poder general para juicios que el escribano interviniente tuvo a la vista el DNI, a lo cual se agrega que las certificaciones contables contienen mención de su domicilio en el centro judicial Capital, lo que permite considerarlo identificado. Nótese, asimismo, que el inciso 1 en análisis ninguna referencia hace sobre los deudores que sean personas físicas, sino que se circunscribe a los que se encuentre matriculados quienes, en tal caso, deben “...acreditar la inscripción en los registros respectivos” (art. 11, inc. 1, LCQ). Nada dice la ley concursal en relación a la prueba que deben rendir, en el punto, los peticionantes que sean personas físicas, por lo cual no cabe imponerles pretorianamente una carga que no surge de la ley.

DRES.: IBAÑEZ - MOLINA. AMARELO JORGE ENRIQUE s/ CONCURSO PREVENTIVO, Fecha: 17/06/2013, Sentencia N°: 232, Cámara Civil y Comercial Común - Sala 3.

FACULTADES DEL JUEZ EN CONCURSO DE SOCIEDADES Y LA SENTENCIA DEL ART. 52.4 LCQ**Efraín Hugo RICHARD**

Síntesis: El análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la imposición al juez que en ningún caso homologue un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley, previsto en el art. 52.4 LCQ, se limita -en caso de quitas y esperas- a sus aspectos cuantitativos que pueden configurar un abuso de derecho, omitiendo cualquier consideración en torno al fraude a la ley.

Esta corriente que es muy correcta en el concurso de personas humanas, a nuestro entender no encuentra sustento en el concurso de sociedades, en tal caso, pues se omite la consideración sobre normas imperativas de la ley específica.

Este razonamiento implica una misión casi imposible⁷⁸, pues se ha entronizado profesional y judicialmente la licitud de quitas y esperas desmesuradas en los concursos preventivos de sociedades.

La doctrina debe colaborar en la difícil tarea de la magistratura para encontrar el equilibrio de las sociedades en el sistema jurídico, desde su nacimiento como personas jurídicas, hasta sus crisis previstas en las normas del CCC y en la específica Ley General de Sociedades –LGS-, inclusive con reflejos en la legislación concursal⁷⁹.

I – CRITERIO ACTUAL DE PROPUESTAS DE QUITA Y ESPERA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES.

Recientes fallos tienden a ratificar la apreciación meramente cuantitativa de los supuestos abusos, con una inclinación a aprobarlas apenas se introduce alguna mejora por la sociedad concursada.

Así la Sala D de la CNCom, en fallo de Diciembre 27 de 2016, en la causa "Amancay SAICAFI sobre concurso preventivo" señaló: "...Es claro, entonces, que la cuestión de que se trata, esto es, la "abusividad" de la propuesta, es un aspecto muy conflictivo del actual derecho concursal argentino, que ha colocado a jueces y litigantes en el trance de dar concreción, en cada caso, a un concepto jurídicamente indeterminado como es el del abuso del derecho, con el grave riesgo del relativismo que todo juicio de esa índole lleva en su seno, al punto de ser dificultosa -sino imposible- la construcción de una jurisprudencia que defina cuándo es y cuándo no es abusiva una propuesta. Es que, como lo observa la doctrina especializada, en materia de descalificación de una propuesta de acuerdo, la palabra "abusiva" es un término omniabarcativo: todo cabe en él (conf. Maffía, O., La homologación en la ley 24.522 modificada por la ley 25.589, JA 2002-IV, p. 1292, espec. p. 1302), habiendo señalado otro autor, con igual sentido crítico, que la referencia al abuso del derecho constituye "...una pauta cuya vaguedad produce vértigo..." (ver Ribichini, G., El nuevo

78 Nto. "FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta?" en La Ley 15 de abril de 2009 y "LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA", en Zeus Córdoba, nº 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, t.15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 agosto 2009, año XXXVI, Revista nº 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

79 Nto. "LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PATRIMONIO: CONEXIÓN DEL SISTEMA SOCIETARIO CON EL CONCURSAL. CRISIS Y TERMINOLOGÍA" en El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado. Tomo III, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Ed. Advocatus, Córdoba agosto 2016, pág. 2017; y "EL EQUILIBRIO DE LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS PARA EVITAR SU CRISIS Y DAÑAR. INTERPRETACIÓN CONGRUENTE CON LA LEY CONCURSAL" en la misma publicación y tomo pág. 2025.

artículo 52 de la ley de concursos y quiebras, LL 2003-A, p. 1084). ...". Suscriben este fallo los Dres. Pablo D. Heredia, Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto; Julio Federico Passarón Secretario de Cámara, homologando el acuerdo.

A su vez sostuvo la Sala F de la misma Cámara que la homologación, es "juzgar la presencia o ausencia de ... todos los elementos que hacen a la corrección procedimental y la concreción de los valores superiores del ordenamiento jurídico.... Como reza el art. 52 inc. 4 de la ley 24.522, en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley";...y el hecho de que la ley concursal no es un compartimento estanco separado del resto del ordenamiento jurídico.... Si a la fecha del presente decisorio la deudora ha presentado una mejora sustancial de sus anteriores propuestas" resolviéndolo el 29.12.2016, en el caso "Resingel SA sobre quiebra".

Apuntamos de los mismos las referencias a valores, al sistema jurídico extraño a la ley concursal, a que se trata en todos los casos de apreciaciones sobre la abusividad y no sobre el fraude a la ley, a esfuerzos, etc., y contradictoriamente entre quitas y esperas –estas últimas en realidad suman quitas aunque no están gravadas con el impuesto a las ganancias- ciertas apreciaciones de los fallos: "la "abusividad" de la propuesta, es un aspecto muy conflictivo del actual derecho concursal argentino, "no existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad de una propuesta concursal", traduzca alguna ventaja o beneficio a favor de los acreedores; también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de puestos de trabajo, esto es, si el deudor es o no dador de empleo,...valores superiores del ordenamiento jurídico", "y el hecho de que la ley concursal no es un compartimento estanco separado del resto del ordenamiento jurídico". Pero no se analiza el sistema jurídico integral.

1. La doctrina más reciente continua con la tendencia evaluativa de la propuesta de quita y espera como legítima formalmente, pero vinculada a su análisis cuantitativo: Romina CELANO "Las propuestas abusivas en el concurso preventivo. Herramientas de análisis e incidencia de la inflación"⁸⁰. Repasa la obligación del juez impuesta en el año 2002 por la ley 25589 que en ningún caso debía homologarse una propuesta abusiva o en fraude a la ley. Después del análisis en que parte que no existen límites en cuanto al tiempo y porcentaje de espera, no distinguiendo entre concurso de personas humanas y jurídicas –como nosotros lo hacemos constantemente- se refiere a los diversos elementos a tener en cuenta para determinar esa abusividad, siempre desde el punto de vista cuantitativo, refiriendo a la mejora de la propuesta o tercera vía como remedio, con despliegue de citas".

En el mismo sentido Daniel Roque VITOLLO⁸¹ limitado al análisis cuantitativo para determinar la abusividad de la propuesta, citando a todos los autores que habrían escrito sobre la abusividad de las propuestas, sin mencionarnos ni a los que hoy hablan del esfuerzo compartido. A su vez analiza la abusividad en forma similar en concursos de personas humanas como de sociedades.

Claro que el tema cuantitativo es importante, pero el enfoque también debería ser legal –no formal sino sustancialmente-, cuando no constitucional que es el aspecto mayor de lo legal.

2. Se advertirá que el análisis cuantitativo no está vinculado a un problema constitucional de confiscatoriedad, o sea atentando contra el derecho de propiedad, como hemos sostenido con

80 En Doctrina Societaria y Concursal n° 347, octubre 2016 pág. 1037.

81 "EL CASO DEL CORREO ARGENTINO ¿PUZZLE O UN COMPLEJO MODELO PARA ARMAR EN VARIOS AÑOS?", publicado en Revista Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires, Marzo 2017.

Palazzo⁸².

II – EL SISTEMA JURÍDICO.

Uno de los fallos señala acertadamente “la ley concursal no es un compartimento estanco separado del resto del ordenamiento jurídico”.

El tema se centra en la integración y prelación de normas en torno a las personas jurídicas y específicamente de la sociedad sujeto de derecho, conforme determinación del art. 150 CCC dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código...”.

O sea que para las sociedades la ley especial es la Ley General de Sociedades –LGS-, “o en su defecto” –de sus normas- por las normas imperativas del CCC. Las normas se clasifican en imperativas y supletorias, siendo indispensable reconocerlas para interpretar y aplicarlas. Una norma es imperativa cuando no es posible substraerse a lo que obliga o prohíbe, es supletoria cuando lo dispuesto por la norma se aplica a falta de previsión del contrato o estatuto, o sea cuando puede ser cambiada o modificada según esa voluntad de las personas intervinientes en el negocio jurídico en cuestión. Así son imperativas para sus destinatarios las que se les imponen a quienes están en una situación jurídica determinada sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. Son imperativas también las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. La ley imperativa se impone a la voluntad de las partes. Se cumple aunque las partes en común acuerdo quisieran que no fuera así. La norma imperativa generalmente impone obligaciones o establece prohibiciones. La norma supletoria, en cambio, brinda la posibilidad de que las partes fijen los efectos o consecuencias, o las obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen al respecto la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no han expresado su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca. El conjunto de leyes integra un sistema jurídico conforme el art. 2 CCC.⁸³

Son imperativas las disposiciones del art. 96 LGS.

1. La causal de disolución de pérdida del capital social es en realidad la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios. Generándose a su vez obligaciones a administradores y socios en protección a terceros.

Cuando la crisis afecta el equilibrio patrimonial de la sociedad, o sea cuando el patrimonio neto de la misma pasa a ser negativo, la LGS impone conductas a administradores y socios.

82 PALAZZO, José Luis y nosotros “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, T. I pág. 715.

83 Nto. “INTEGRACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en Revista de las sociedades y Concursos, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires.

El art. 99 LGS fija criterios con “la declaración de haberse comprobado” la causal. Pero ¿cuando se “declara” la existencia de la causal de disolución de desbalance patrimonial que contablemente se determina como pérdida total del capital social?

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios, para adoptar alguna de las previsiones imperativas del art. 96 LGS. Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento desaparece todo problema aunque hubiere alguna demora, pues ningún daño se generó manteniéndose la garantía de los acreedores⁸⁴.

Por tanto: ¿quién debe darle solución? Sin duda los socios con la opción prevista en el art. 96 LGS, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores “capitalizando el pasivo” (arts. 96 y 197 LGS), también previsto en el art. 43 2° párrafo LCQ “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”.

Pero siempre son los socios los que deben atender a la solución, no transfiriéndoles el problema a los acreedores con quitas. La quita concursal es un fraude a la ley societaria en los términos del art. 12 CCC, pues se soslaya la norma imperativa del art. 96 LGS, lo que impediría al juez homologar el acuerdo en los términos del art. 52.4 LCQ.

2. La quita figura en el listado del art. 43 LCQ, no en forma imperativa sino postestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, así como varias posteriores son exclusivamente potestativas para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial –evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo– son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

La empresa viable debe ser conservada como generadora de riqueza y puestos de trabajo. La sociedad es el vehículo jurídico de la actividad empresaria. Esta previsión normativa es aplicable a todos los supuestos, previstos específicamente o se trate de causales a las que la ley no les otorga tratamiento, incluso a las particulares previstas en los estatutos sociales, si los socios acreditan el cumplimiento de los extremos legales para continuar con la actividad de la empresa.

III - LAS QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO DE DERECHO Y EL FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA.

Las quitas implican un menoscabo al patrimonio de los acreedores que significa un enriquecimiento del patrimonio de la sociedad concursada, pues su pasivo se reduce. Generando una ganancia de este patrimonio esta gravado por el impuesto correspondiente, o sea que implica un costo para la concursada, aunque ese pago se difiera.

84 Nto. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente –corrección que aceptamos-. Posteriormente lo hicimos en “La causal disolutoria de pérdida del capital social”, en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (dsce) tomo/boletín XXVIII, mayo año 2016.

Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida.

La capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el Código en análisis.⁸⁵

La conclusión lógica es simple: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LGS). De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios⁸⁶, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

¿Esto no es impeditivo de la homologación de una propuesta en concurso de sociedad a tenor del art. 52 ap. 4 LCQ? Recuérdese: impone al juez no homologar en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley.

No tenemos duda que un juez deberá afrontar esta lógica integración con la LGS en concurso de sociedades y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una sociedad. Lo que podría ser aceptable en el concurso de una persona humana –salvo confiscatoriedad- difícilmente pueda catalogarse como que es un fraude a normas imperativas de la ley societaria.

Ante ciertos criterios que reducen la juricidad de las quitas al valor recibido por debajo de lo que correspondería en liquidación (“*the best interest of creditors*”) apuntamos que ello es lógico en el caso de personas humanas, pero descartable para personas jurídicas, especialmente societarias, por la función de garantía del capital social que hemos analizado.

Parte de la doctrina clásica ha intentado morigerar nuestra interpretación interactiva de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”. Juristas especializados en concursos, como Truffat⁸⁷, Botteri⁸⁸ y Carlino⁸⁹, a aceptar que para la quita no configure una ilegalidad debe existir “esfuerzo compartido”, o sea quitas equivalentes a los aportes de los socios. De todas formas esto significa un enriquecimiento ilegal de los socios, con una carga impositiva

85 Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss..correspondiente al tomo La Ley 2013-B.

86 Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

87 TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –preisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

88 BOTTERI, José David “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el nuevo Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones Nro. 278, (Mayo/Junio de 2016).

89 CARLINO, Bernardo “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 LGS)”, en CRISIS Y DERECHO IV Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Córdoba, septiembre 2015, Ed. Fespresa, tomo III El sistema concursal, pág. 48.

para la sociedad –Impuesto a las Ganancias- que desaparecería si el porcentaje de quita ingresa como capitalización a la sociedad. Se acepta que “el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

La solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, de acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que han vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”*.

No se trata de responsabilizar a nadie, ni administradores ni socios, que para ello tiene que haber daño, tratamos de alertar para que no se genere daño, o se acote ante un evento impensable, conforme las previsiones imperativas de la ley de sociedades en torno a la función de garantía del capital social como forma de tutelar su patrimonio y a los terceros que contratan en la misma, y no se sorprenda a la judicatura por medio de abusos en procesos concursales de sociedades.

Recuérdese que la Corte en el caso Comercial del Plata inició la atención sobre el régimen societario para anticiparse a la crisis y actuar como medios preconcursales⁹⁰, incluso la solución final ante idas y vueltas fue la capitalización de pasivo.

La entrega a la par de obligaciones negociables convertibles puede ser una solución compatible.

IV – EN RESUMEN

Advertimos un interés cada vez mayor en el análisis sistémico, en animarse a zonas extrañas frente a las crisis concursales de sociedades. Llevaría a un equilibrio de derechos, a mejorar costos y asegurar la eficiencia, pero creemos difícil que ciertos cenáculos acepten un cambio de su visión originalista encerrada en las soluciones concursales, en apoyar a la concursada a cualquier efecto, tratando de evitar la quiebra, aún ante la inviabilidad económica que desencadenará nuevas crisis, eventualmente no concursales sino sociales.

Lo que no tenemos duda es que el juez concursal debe asumir con criterio sustancialista el análisis de la legalidad de las quitas en los procesos concursales de sociedades. Aunque sea para rechazar nuestra posición y señalar la legalidad de la propuesta de quita y espera por una sociedad, incluso inviable, y el consiguiente acuerdo.

Es fundamental, al decir de Cámara, la tutela o conservación de la empresa, no necesariamente la posición de control de los socios que contravinieron las disposiciones imperativas de la ley societaria.

90 Nto. “¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)”, en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

LAS POTESTADES JURISDICCIONALES DEL JUEZ CONCURSAL. INVESTIGACION A CARGO DE UN EQUIPO DE MIEMBROS DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL.

Presentación de la situación de los tribunales de quiebra de los EEUU

Gerardo CARLO ALTIERI (Puerto Rico)

PROYECTO PARA LLEVAR A CABO LA INVESTIGACION:

Objeto de la investigación: Cotejar y comentar con sentido crítico los distintos alcances de las facultades del juez concursal o autoridad administrativa a cargo, en aspectos claves de los procesos preventivos y en la quiebra, conforme la legislación de los países a que pertenecen los integrantes del equipo de investigación, o de aquellos a los que además se refieran comparativamente, con el objeto de extraer conclusiones generales, respecto de las cuales no será imperativa la unanimidad, pudiendo verterse las opiniones en disidencia. Se analizará en todos los casos la conveniencia de la especialización del juez concursal.

Instancias del proceso en la cuales se analizarán las potestades jurisdiccionales objeto de la investigación:

- En la apertura del proceso, sea voluntario o necesario.

Contestación:

El sistema de resolución de insolvencias estadounidense nace bajo la sombra de la Constitución federal, al disponerse en la sección 8 del artículo I, que el Congreso deberá establecer una legislación uniforme para toda la nación que tenga que ver con el asunto de las quiebras.

Los tribunales de quiebra de los EE.UU. ("U.S. Bankruptcy Courts") son instituciones judiciales establecidas por el Congreso para llevar a cabo tal disposición de uniformidad constitucional bajo el Título 28 del Código de los EE.UU. (Title 28, United States Code -Judiciary and Judicial Procedures) específicamente en la sección de dicho título que trata sobre los poderes judiciales (Part I, Organization of Courts - 28 USC 151-159).

Este tribunal se constituye, como una entidad anexa o unidad de los tribunales de distrito federales establecidos en cada circuito judicial, con poderes expresamente delegados para administrar e intervenir judicialmente y exclusivamente en todo caso de insolvencia a nivel federal.

Los tribunales de quiebra en EE.UU. son cortes especializadas con jurisdicción sobre la materia delegada de forma exclusiva y con poder para decidir asuntos y casos concursales de todo tipo presentados bajo los títulos 7, 11, 12, 13 o 15 del código de quiebra federal. Los jueces del tribunal (U.S. Bankruptcy Judges) reciben nombramientos de 14 años bajo la sección 28 USC 152, contrario a los de distrito y circuito federales que son nombrados bajo el artículo 3 de la Constitución por vida. Los cincuenta Estados de la nación están impedidos de legislar en este campo, quedando el campo ocupado ("federal preemption") por el U.S. Bankruptcy Code de 1978, según enmendado, bajo la legislación de quiebra federal.

La jurisdicción del tribunal ha sido limitada en varias ocasiones debido al requisito de que algunos asuntos federales que no permiten la decisión sea expedida por un juez de quiebra, sino

que requieren la participación exclusiva de un juez nombrado bajo el artículo 3 de la constitución (ver: *Northern Pipeline, Constr. Co. v. Marathon Pipeline, Co.*, 458 U.S. 50 (1982)).

Aunque en teoría, la Constitución requiere uniformidad en el campo de la quiebra, la realidad es que debido a los muchos conflictos de interpretación que surgen entre los distintos circuitos tal uniformidad no se consigue. Además, en muchas ocasiones los jueces de las cortes de quiebra tienen que interpretar las provisiones del código de quiebra que resulten ambiguas con mucha libertad.

El código de quiebra es uno de carácter mayormente procesal, debiendo los jueces de quiebra utilizar el derecho positivo de los cincuenta Estados para controversias que envuelvan derecho civil y de familia, sucesiones, propiedad, daños y perjuicios, derecho real, hipotecas y gravámenes y ejecución; a menos que exista un interés federal que requiera la aplicación de una ley federal y un resultado contrario.

Además el tribunal de quiebra opera dentro del sistema de "common law" que permite que se utilicen las decisiones anteriores como precedentes, dando más libertad a los jueces de quiebra para crear jurisprudencia a base de la línea de precedentes judiciales anteriormente establecidos, sino legislar judicialmente.

Los jueces de quiebra no participan ni toman acción alguna para admitir o no un caso de quiebra radicado por un deudor de forma voluntaria bajo la sección 301 del código de quiebra de los EE.UU ("el código") (US Bankruptcy Code of 1978, 11 USC 101 et seq., "The Code").

La mera radicación en la corte de quiebra de una petición de quiebra ("petition") crea la paralización automática bajo la sección 362 del código ("automatic stay") e inmediatamente la secretaria del tribunal expide la orden de relevo ("order of relief") a todos los acreedores incluidos en la lista de acreedores radcada por el deudor con la petición y las planillas informativas de activos y pasivos.

En los casos involuntarios o necesarios radicados bajo la sección 303 del código, permitidos solo para bajo capítulo 7 (liquidación) o capítulo 11 (reorganización), se requiere que la petición sea radcada por tres acreedores (cuando la corporación tiene 12 o mas acreedores) o por solo un acreedor, si se tiene menos de doce acreedores.

En estos casos involuntarios o necesarios, aunque la paralización automática comienza a regir igualmente desde el primer momento de la presentación de la petición involuntaria, el juez tiene que ordenar una vista y pasar juicio sobre la admisibilidad del caso bajo el capítulo que aplique a la situación de insolvencia según la opción escogida (reorganización o liquidación) por el abogado del deudor.

En estos concursos, el juez tiene que dar oportunidad de una vista judicial y determinar si se cumplen los requisitos de la sección 303 (numero mínimo de acreedores peticionarios que el código requiere; si las deudas son finales, firmes, no contingentes; que no sean tales deudas objeto de una disputa bona-fide y; que se cumpla con la cantidad de deuda mandatorio).

En estos casos, puede también el juez ordenar el nombramiento de un síndico interino y puede también ordenar que se preste una fianza monetaria para responder por posibles daños al deudor y a los demás acreedores.

Sino hay alguna objeción a la petición radcada a tiempo, el juez podrá ordenar que se admita el caso y que se ordene la orden de relevo ("Order of Relief") que constituye la aprobación judicial

para que el concurso (y la paralización automática que concede la sección 362) pueda proseguir ante el tribunal de quiebra.

Además, el Código de Quiebra de los EEUU, excepto en casos limitados de individuos naturales y por ser una obligación contractual entre un deudor y acreedor, no establece procesos especiales o alternos extrajudiciales y fuera del régimen judicial, para resolver asuntos de insolvencia empresarial. La estructura del código con muy pocas excepciones es una mayormente de tipo judicial.

Podría decirse que la única excepción se encuentra en el *Chapter 11* donde solamente se reconoce indirectamente el régimen pre-concursal del *Pre Packaged bankruptcy*. Pero el concepto del caso pre-acordado extrajudicialmente y el *Pre-pack*, igual que los acuerdos para ventas pre-acordadas se usan muy efectivamente, aunque siempre requieren la radicación de un caso (bajo *Chapters 7* (liquidación), *11* o *13* (reorganización del deudor) y la aprobación y homologación de tal acuerdo por los tribunales de quiebra.

Los préstamos o *DIP loans* también están en muchos casos relacionados con las ventas del negocio o de sus activos de forma pre acordada; y también se encuentran los acuerdos privados extrajudiciales llevados a cabo entre acreedor individual y deudor pre-petición y con carácter de reorganización del capital o del negocio.

- En la verificación o admisión de los créditos.

Contestación:

En un capítulo 7 de liquidación el acreedor debe radicar una reclamación formal si quiere participar en cualquier distribución de dividendos futura. En un capítulo 11 el acreedor tiene que radicar una reclamación si se ha informado la deuda como una contingente, disputada o no liquida.

Normalmente los acreedores son enumerados y sus créditos descritos en detalle en los estados de información (“Schedules”) radicados con la petición por el deudor al presentarse el caso y, de no surgir una objeción de alguna parte con interés dentro de un periodo de tiempo razonable, los mismos se convierten y se reputan como créditos validos y admitidos y solamente las deudas admitas se pagan bajo la sección 726 del Código.

Luego, los acreedores, si no están de acuerdo con la cantidad de la deuda informada o con la prelación o validez de la garantía informada por el deudor, pueden presentar su propio formulario de reclamación (“Proof of Claim”) dentro de un periodo especificado por el tribunal.

De haber objeción por un acreedor a la reclamación informada por el deudor en su planilla informativa inicial, el tribunal decide esta controversia luego de una vista judicial en su fondo donde tendrán oportunidad de ser oídos por lo menos el deudor, el acreedor objetante y cualquier otra parte con interés. Tales vistas judiciales incluyen el derecho a ser notificado, a ser oído y la oportunidad de presentación de evidencia y argumentos a favor y en contra de la admisión del crédito. El tribunal tiene discreción para decidir sobre la validez y extensión del crédito y de sus garantías, según la ley aplicable de cada Estado de la nación.

Si el deudor entiende que la reclamación del acreedor no es correcta, debe objetar a la misma radicando una moción de objeción a la reclamación, que constituye un asunto contencioso dentro del caso de quiebra.

De no radicarse una objeción a tiempo la reclamación se entiende admitida bajo la sección 502 del código.

El tribunal puede también re-caracterizar una deuda como equidad y convertir la deuda en capital social (“subordinación equitativa”), sin necesidad de encontrar conducta fraudulenta, bajo sus poderes en equidad según la sección 105 del código, especialmente cuando se trata de persona internas (“insiders”) a la sociedad y cuando hay falta de capitalización social.

La sección 105 provee poderes judiciales extraordinarios para los jueces de quiebra, y dice que un juez de quiebra federal tiene poder para emitir cualquier orden proceso o sentencia que sea necesaria o apropiada para llevar a cabo todas las provisiones bajo el código de quiebra. A la vez, estos poderes tan amplios en equidad que bajo la sección 105 posee un Bankruptcy Judge han sido limitados por los tribunales apelativos y el propio Tribunal Supremo de los EEUU quienes han determinado, que de existir un remedio en el derecho positivo, el juez de quiebra no debe apartarse de la letra clara del código ni ejercer sus poderes en equidad bajo la sección 105 (*US v. Energy Resources Co. Inc.*, 190 C.B. 263; 495 U.S. 545, (1990)).

- En la conformación de las clases o categorías de acreedores.

Contestación:

El abogado del deudor se encarga de hacer la clasificación de acreedores inicialmente según bases de razonabilidad de los créditos (no discriminar entre acreedores en clases iguales o superiores en prelación), a la vez; separando los acreedores asegurados o garantizados de los acreedores no garantizados o comunes y estableciendo las prioridades de administración, gubernamentales y laborales.

Tal clasificación se hace inicialmente en los estados que acompañan la petición, donde se describen los activos y pasivos, y también más tarde en el estado informativo (“Disclosure Statement” o “DS”) y luego en el “Plan de Reorganización” que se propone a todos los acreedores y se radica para su aprobación ante el tribunal de quiebra.

Cualquier acreedor de toda clase pueden radicar una moción de objeción a la clasificación de su crédito hecha por el deudor por ser irrazonable y discriminatoria y puede objetar al DS y al Plan, y desde entonces, el asunto se torna en una materia o litigio contencioso que se resuelve por el tribunal luego de conceder la oportunidad de una vista en su fondo.

- En la propuesta del plan de pago de los acreedores.

Contestación:

El plan de pago se describe y presenta por el deudor en el DS y Plan y lo aprueba el tribunal luego de dos vistas separadas; la primera para aprobar el DS y otra para la homologación final del Plan de reorganización que rige el caso de concurso tipo reorganizativo.

- En la imposición del plan a los acreedores ausentes o disidentes (Cramdown).

Contestación:

El tribunal tiene poder para aplicar el “cramdown” de forma de imponer la modificación de las obligaciones a los acreedores disidentes, luego de notificación a todos los acreedores y partes en el caso y de darle la oportunidad a todos de presentar evidencia en una vista en su fondo.

El código de quiebra de los EE.UU requiere trece requisitos para la homologación o confirmación de un plan de reorganización tipo capítulo 11, bajo la sección 1129(a), cuando todas las clases de acreedores votan a favor del plan; de cumplirse todos estos requisitos, puede dar lugar a lo que se conoce como un plan consensual.

De no obtenerse las requeridas dos terceras partes de las cantidades de intereses admitidos en cada clase y el 50% en número de votantes actuales necesario para confirmar todas las clases bajo la sección 1129 (a), se puede todavía proceder a confirmar el plan bajo un proceso conocido como "cramdown", cumpliendo estrictamente con lo descrito en la sección 1129 (b).

De esta forma puede homologarse un plan, siempre que el deudor en posesión (DIP) pruebe al tribunal que cumplió con todos los requisitos de la sección 1129 (a), excepto el requisito del voto de todas las clases según aparece en la sub-sección octava de la 1129 (a).

En todo caso, bajo la sección 1129(b) siempre también se requiere que por lo menos una clase impactada vote a favor y el tribunal encuentre que se cumple con lo siguiente:

1. El plan cumple con el código en todas sus partes;
2. El proponente cumple con el código;
3. El plan se radica de buena fe y no por motivos contrarios a la ley;
4. Los pagos hechos han sido aprobados por el tribunal;
5. Se han hecho las informaciones necesarias sobre los directores de la corporación;
6. Las autoridades pertinentes han aprobado los aumentos en tarifas, si aplica;
7. Con respecto a las clases "impaired" o impactadas, estas han aceptado el plan o recibirán propiedad en valor no menos de lo que recibiría bajo una liquidación en capítulo 7 ("Best interest test");
8. La votación de todas las clases a favor - {Este requisito octavo, que requiere el voto de todas las clases bajo la sección 1129 (a), es el único que se exime bajo la 1129 (b)}.
9. Por lo menos una clase impactada ("impaired") debe aceptar, sin incluir la aceptación de personas internas ("insiders"); y
10. El plan no "discrimina injustamente", es "justo y equitativo" respecto a todas las clases afectadas: Para efecto del cumplir con el requisito de ser "justo y equitativo" se deben seguir las siguientes reglas: a) para acreedores garantizados - que se retenga el gravamen por el acreedor afectado y que este reciba efectivo totalizando por lo menos el valor de su crédito a la fecha de efectividad del plan o su equivalente y; b) para los acreedores no garantizados - deben recibir el equivalente del valor en efectivo de su reclamación autorizada, o cualquier acreedor que sea de menor jerarquía no debe recibir o retener su interés o propiedad.

O sea, se determina en caso de los acreedores no asegurados por el tribunal, si se cumple con el requisito indispensable de "justo y equitativo" usándose el llamado "test of absolute priority".

El resultado de lo anterior es que los dueños de la empresa no pueden retener sus intereses en la empresa si intentan hacer un "cramdown", excepto si hacen un pago total de todos los créditos superiores a los suyos. También debe aclararse que puede haber un

excepción a esta regla si los dueños han hecho una aportación de capital que la corte determina que constituye suficiente valor nuevo o “new value”; o cuando siendo el deudor una persona natural, se le permite retener su propiedad bajo los parámetros de la sección 1115 del código.

11. El test de viabilidad (“feasibility”). El deudor debe probar que la confirmación del plan no ha de resultar en una liquidación posterior.

- En la homologación o confirmación del plan.

Contestación:

El tribunal preside la vista de homologación o confirmación del plan y determina si se han cumplido todos los requisitos del código para confirmar u homologar un plan de reorganización, incluso los requisitos de las secciones 1129 (a) y (b) según anteriormente explicados. Además debe determinar y fundamentar su orden de homologación “Order of Confirmation” en los todos los factores anteriormente explicados (“Best interest”, justo y equitativo, viabilidad y prioridad absoluta).

- En la continuación de la empresa en estado de quiebra.

Contestación:

El tribunal supervisa, con la ayuda de la oficina regional del US Trustee, el caso de quiebra en todas sus etapas bajo cualquiera de los capítulos de reorganización o liquidación. La determinación sobre mantener el caso de capítulo 11 de reorganización (de individuo natural u persona jurídica) o convertir el caso a una liquidación o desestimación del mismo, la hace el tribunal en cualquier momento del proceso concursal.

Si él tribunal encuentra causa para convertir un caso de reorganización para uno de liquidación bajo el capítulo 7, se nombra un síndico que se encarga de inventario, administración interina, venta de activos y distribución de los dividendos resultantes, si alguno. El tribunal también siempre tiene la opción de desestimar el caso en vez de convertir el mismo, y su decisión sobre esto se basa en un análisis de lo que resulte en el mejor interés de los acreedores y del caudal.

De homologarse el plan de reorganización, la orden del juez rige las obligaciones de todas las partes y modifica cualquier acuerdo o contrato anterior entre partes y todos los accionistas, no importa si aprobaron o no el plan, están obligados por el mismo. En un capítulo 11 el plan actúa como un descargo.

- En la liquidación del activo falimentario.

Contestación:

El proceso de liquidación se encuentra solo en el capítulo 7 del código, aunque muchos concurso de tipo re organizativos envuelven ventas de activos sustanciales del caudal dentro de un capítulo mixto 11 / 7 que por tal razón podría considerarse de tipo híbrido. En el capítulo 7 es el síndico bajo la sección 704 del código, quien se encarga de los procesos de venta y liquidación. El tribunal normalmente no interviene directamente en las labores de venta y distribución del caudal, al menos que el síndico requiera su participación y ayuda en la formalización de las subastas y en las acciones de preferencia o recobro de activos al caudal, las cuales envuelven asuntos que normalmente requieren una vista y determinación judicial.

LAS POTESTADES JURISDICCIONALES DEL JUEZ CONCURSAL. INVESTIGACIÓN A CARGO DE UN EQUIPO DE MIEMBROS DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL

Adriana BACCHI

Presentación de la situación de los tribunales de concurso de la REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Objeto de la investigación: El mismo consiste en cotejar y comentar con sentido crítico los distintos alcances de las facultades del juez concursal o autoridad administrativa a cargo, en aspectos claves de los procesos preventivos y en la quiebra, conforme la legislación de los países a que pertenecen los integrantes del equipo de investigación, o de aquellos a los que además se refieran comparativamente, con el objeto de extraer conclusiones generales, respecto de las cuales no será imperativa la unanimidad, pudiendo verterse las opiniones en disidencia. Se analizará en todos los casos la conveniencia de la especialización del juez concursal.

En el caso de la legislación uruguaya, existen dos regímenes concursales diversos. Uno de ellos rige para el deudor concursado persona física que no realiza actividad empresarial y es el previsto por el Código General del Proceso. En cambio, si quien concursa es una persona jurídica civil o comercial o una persona física que realice actividad empresarial, el concurso está regulado por la Ley 18.387 de Declaración de Concurso y Reorganización Empresarial (en adelante Ley uruguaya de Concursos, LUC). Esta investigación se limita a las potestades de los jueces que entienden en el procedimiento previsto en la LUC. Ello por cuanto es ésta la legislación más reciente, que ha incorporado soluciones novedosas y cuya aplicación plantea cuestiones de mayor interés. La normativa del C.G.P., que se aplica a consumidores, funcionarios públicos, empleados privados, y en general personas físicas no comprendidas en la LUC (criterio residual) es imprecisa e incompleta, presentando serios problemas de interpretación. La eficiencia, agilidad, flexibilidad y especialización que requiere el tratamiento de las situaciones concursales no es en absoluto contemplada. Tampoco los principios que orientan el abordaje del sobreendeudamiento del consumidor han sido los inspiradores de esta normativa, que, muy por el contrario, debe calificarse de obsoleta en muchos de sus aspectos, al punto que la doctrina – en forma casi unánime - reclama su modificación a la brevedad posible⁹¹.

Las diversas instancias del proceso concursal regulado por la LUC en las cuales se analizarán las potestades jurisdiccionales objeto de la investigación son las siguientes:

I-EN LA APERTURA DEL PROCESO, SEA VOLUNTARIO O NECESARIO.

Contestación:

Legislación vigente: Ley 18.387 de Declaración de Concurso y Reorganización Empresarial (en adelante Ley uruguaya de Concursos, LUC)

I-A. Medidas cautelares previas.

91 Bacchi Argibay, Adriana, “Una mirada concursalista a la “ejecución colectiva” del CGP (ley 19.090) en Estudios de Derecho Concursal uruguayo” Libro II, Montevideo, UM, 202015, p. 269-294.

Comenzaremos por aludir a la facultad que se confiere al Juez para que, antes de la declaración judicial de concurso (sea éste necesario o voluntario), en cualquier estado de los procedimientos, a pedido y bajo la responsabilidad del solicitante, decreta medidas cautelares, tendientes a proteger la integridad del patrimonio del deudor. Estas medidas podrán consistir en el embargo preventivo de los bienes y derechos del deudor, en la intervención de sus negocios o en alguna otra adecuada a los fines perseguidos, y quedarán sin efecto una vez declarado el concurso o desestimada la solicitud (Art. 18 LUC).

Ingresando a la apertura del concurso, debemos consignar que la LUC prevé dos clases de concurso (Art. 11): *“El concurso será voluntario cuando sea solicitado por el propio deudor, a condición de que no exista una solicitud de concurso previa, promovida por alguno de los restantes legitimados legalmente. El concurso será necesario en los restantes casos”*.

Por consiguiente, distinguiremos una y otra clase de concurso en todas aquellas fases del procedimiento en las que las facultades del Juez varían precisamente en función del tipo de concurso. Una de esas etapas es la de promoción del proceso y apertura del concurso.

I-B. Concurso voluntario.

El deudor que promueve la declaración de concurso⁹² debe presentar una demanda que reúna todos los requisitos que impone la ley procesal respecto a la demanda (Código General del Proceso) y agregar los recaudos que exige el Art. 7 LUC.

Bajo el título “trámite posterior a la solicitud” el Art. 15 LUC dispone que *“ Si el concurso es solicitado por el deudor, directamente o a través de sus representantes, el Juez se expedirá, sin más trámite, dentro de los dos días de presentada la solicitud”*.

Este breve plazo responde a uno de los pilares de la reforma concursal del año 2008. En efecto, la LUC vigente es el resultado de un proceso de reforma de la legislación concursal que se asentó sobre ciertos “pilares” que inspiraron y orientaron las soluciones incorporadas, gestando un régimen concursal muy distinto al que existía hasta su sanción. Uno de esos pilares fue precisamente “LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS”, pues la experiencia adquirida bajo el régimen anterior había dejado en evidencia que los procesos se prolongaban demasiado y que tenían estructuras complejas que dificultaban la adopción de decisiones oportunas y eficientes para encauzar la crisis y minimizar la pérdida de valor que siempre conllevan estas situaciones.

Obviamente, para que el Juez pueda pronunciarse (y además en un breve lapso) es menester examinar la solicitud del deudor y todos los recaudos que aquél debe acompañar a la misma. En esta oportunidad, otro de los pilares inspiradores de la reforma - el de “FORTALECIMIENTO DE LA JUDICATURA Y ESPECIALIZACIÓN” - ha conducido a incorporar cargos auxiliares del Juez que cumplen funciones que son sumamente útiles y adecuados en este primer contacto con la

⁹² El deudor está obligado a solicitar el concurso dentro de los 30 días siguientes a que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Si el deudor es persona jurídica, la obligación recae sobre cada uno de los administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno (art. 10 LUC). Si no cumple con esta obligación genera una presunción relativa de culpabilidad para la calificación del concurso (art. 194 LUC). Este régimen severo sumado al incentivo de que la solicitud por el propio deudor permite calificar al concurso como voluntario, evitando ser desplazado por un síndico, constituye auténticos estímulos para la presentación temporánea que, obviamente, favorece directamente a los acreedores.

situación del deudor. Se trata de los Secretarios Contadores, cargo especializado creado por el Art. 258 LUC para los dos Juzgados de Concursos (Primer y Segundo Turno) con sede en la Capital del país, Montevideo.

Presentada la demanda con los recaudos exigidos por el art. 7 LUC, se conforma el expediente respectivo y el mismo pasa a estudio de los referidos Secretarios Contadores. En el interior del país, como no existen estos cargos, el expediente pasa a estudio de la Oficina Actuarial del Juzgado.

La Exposición de Motivos que acompañó al Proyecto de Ley que se convirtió en LUC señaló, respecto a este punto, que reviste especial relevancia para el objeto de esta investigación que *“La complejidad de la temática y los cambios sustantivos que introduce el Proyecto de Ley, requieren trabajar en el fortalecimiento de los órganos de aplicación. Un paso en esa línea fue la creación de los juzgados concursales especializados ocurrida en 2001.*

El Proyecto prevé concentrar en Montevideo los concursos de mayor importancia, en los juzgados concursales. Si bien no es factible la creación de juzgados especializados departamentales, se requiere una especialización en la aplicación de la normativa por la necesaria especificidad de la temática. Por lo tanto, los juzgados de Montevideo son la instancia clave para transitar los procedimientos de mayor complejidad, tanto en su procedimiento como en su eventual solución.

Asimismo, se prevé la creación de dos secretarios contadores que trabajarán directamente con el Juez en cada juzgado. La temática requiere que los jueces cuenten con asesoramiento rápido y eficaz en la revisión de la información de las empresas y respecto de la actuación de los deudores. En ese sentido, contar con un asesor en la propia sede implica un paso importante para agilizar, facilitar y controlar el procedimiento y la información”.-

Resulta con claridad el propósito del legislador: ante la evidencia de la complejidad que presenta la situación concursal de una empresa, y, por consiguiente, de todos los documentos que reflejan la situación económica del deudor, las causas que lo llevaron al estado de insolvencia, su historia jurídica y económica, la suficiencia o insuficiencia del activo para hacer frente al pasivo, etc., la respuesta legislativa fue crear dos cargos de “Secretario Contador” que tengan por función asesorar en forma ágil y eficiente al magistrado. En efecto, estos Secretarios Contadores, son los encargados de revisar toda la información que presenta el deudor mediante los diferentes recaudos exigidos por el art. 7 LUC, y expedirse acerca de si la misma cumple con las exigencias de la norma, en el plano formal y sustancial. En caso de advertirse carencias, defectos, irregularidades así como si surgen dudas sobre la información contable tal como ella ha sido expuesta en la documentación presentada, los Secretarios Contadores formularán observaciones indicando todos los extremos que no cumplen con la normativa o que suscitan dudas⁹³.

La especialización de la judicatura prevista en el Art. 12 LUC⁹⁴ es fundamental en virtud de la

93 Bacchi Argibay, Adriana, Los pilares de la reforma concursal uruguaya y los acreedores del deudor concursado: del “empaldecimiento” de su rol al protagonismo, en Revista de Derecho Comercial N° 4-2011, FCU, Montevideo, p. 9-32.

94 Artículo 12. (Competencia).- Los Juzgados de Concursos conocerán en primera instancia en todos los procedimientos concursales cuya competencia corresponda al departamento de Montevideo. También conocerán en los procedimientos concursales originados fuera del departamento de Montevideo cuyo pasivo sea superior a 35.000.000 UI (treinta y cinco millones de unidades indexadas).

En los demás procedimientos concursales fuera del departamento de Montevideo, serán competentes los Tribunales que determine la legislación procesal vigente.

entidad, complejidad y especificidad de la problemática sometida al órgano jurisdiccional. El Juez es el conductor del proceso, siendo numerosas las situaciones que el legislador deja libradas a su criterio, por lo que resulta imperioso que el magistrado esté específicamente capacitado para resolverlas idóneamente. En los nueve años de vigencia de la LUC la experiencia ha demostrado que la creación de los cargos de Secretarios Contadores auxiliares del Juez de concurso, dotaron de mayor agilidad y tecnicismo al examen de la documentación que se adjunta a la solicitud de concurso, facilitando la detección de carencias o irregularidades en cuestiones que involucran aspectos propios de la ciencia contable y que – por su complejidad – desbordan los conocimientos que pueden exigirse a los jueces. Por otra parte, el examen de la demanda de declaración de concurso y toda la información que se agrega a la misma es el primer contacto que el tribunal tiene con la situación de insolvencia que revela el deudor, siendo fundamental que ellas sean objeto de un análisis que permita iniciar el proceso respetando los tiempos que las situaciones de crisis imponen, descargando a los jueces de esa labor de contralor y examen que los excede y trasladándola a auxiliares capacitados para desempeñar esa función tan específica.

Estos Secretarios Contadores asesoran al Juez asimismo en otras etapas del proceso siempre que sea necesario requerir su opinión técnica sobre los muy diversos aspectos que se plantean a lo largo del proceso (conformación de mayorías, suficiencia o insuficiencia de la empresa, regulación de honorarios de los administradores concursales y sus auxiliares, rendiciones de cuentas de éstos, y todo lo relativo a la información económica y contable del deudor).

Debe precisarse que los informes emitidos por estos Secretarios Contadores no son vinculantes para los Magistrados, pero dada la especialidad de la mayoría de las cuestiones sobre las que se expiden, los Jueces suelen seguir los mismos. Sin perjuicio de ello, la decisión, en definitiva, la adopta el Juez,. Pudiendo obviamente dejar de lado una observación formulada o efectuar el mismo otras observaciones distintas a las advertidas por estos auxiliares.

Siguiendo con el trámite posterior al concurso, el informe que elaboran estos Secretarios Contadores (o la Oficina Actuarial si se trata de un Juzgado del interior del país) es elevado al Juez de concurso. Este debe proceder conforme lo establece el art. 7 in fine LUC: *“En caso de omitirse la presentación de alguno de los recaudos establecidos precedentemente, el Juez la rechazará de plano, sin que esta decisión cause estado. La decisión judicial será apelable por el deudor con efecto suspensivo”*.

Se ha planteado si, pese al claro texto de la norma citada, los jueces pueden conferir vista al deudor para que subsane las observaciones o si la única actitud que pueden asumir es el rechazo la solicitud.

La cuestión ha llegado a plantearse ante el Tribunal de alzada. En efecto, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil al que se ha encomendado entender en la segunda instancia de las cuestiones que se suscitan en los procesos concursales (cuando la providencia en cuestión sea apelable), ha decidido al respecto que el art. 7 LUC “prevé a texto expreso como presupuesto de la acción el acompañamiento de la documentación que se detalla específicamente en el art 7 y su no agregación determina el rechazo preceptivo de la acción interpuesta la cual no causa estado. Por tanto, si el deudor no acompañó la documentación referida, *“el magistrado no cuenta por expresa*

El Tribunal que entienda en el concurso será también competente en las acciones sociales de responsabilidad promovidas contra los administradores o directores de sociedades concursadas (artículos 83 y 393 y siguientes de la Ley Nº 16.060, de 4 de setiembre de 1989).

interdicción de la norma con la posibilidad de conceder un plazo para subsanar cualquier omisión, ni de exonerar su presentación total o parcialmente, sino que debe rechazar la solicitud en caso de la carencia anotada. No debemos perder de vista que por claro precepto constitucional el orden y formalidad de los juicios lo fija el legislador y no es dable al intérprete apartarse de los mismos ya que tal conducta implicaría una clara trasgresión de los requisitos exigidos legalmente extremo este claramente vedado por el art 18 de la Constitución”.

Como la decisión judicial no causa estado, el deudor que no haya cumplido con adjuntar toda la información en debida forma, puede volver a presentarse en el mismo expediente, acompañando los recaudos faltantes y levantando las observaciones formuladas, y solicitar nuevamente que se declare el concurso.

Procederá entonces que se realice un nuevo estudio por parte de los secretarios contadores y que éstos emitan un nuevo informe que se eleva al Juez. Esta situación se reiterará cuantas veces sea menester hasta que todas las observaciones se hayan levantado.

Cuando ello ocurra, el Juez podrá considera cumplida la norma del art. 7 LUC, y procederá a dictar la sentencia de SENTENCIA DE DECLARACIÓN DE CONCURSO con el contenido previsto en el Art. 19: *“La sentencia judicial que declare el concurso del deudor deberá contener:*

- 1) Declaración de concurso del deudor.*
- 2) Suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, según corresponda.*
- 3) Designación de síndico o interventor, según corresponda.*
- 4) Convocatoria de la Junta de Acreedores a celebrarse dentro del plazo máximo de ciento ochenta días.*
- 5) Inscripción de la sentencia en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones, y publicación de un extracto de la misma en el Diario Oficial.*

Es pertinente destacar que la designación del síndico o interventor (en adelante también administradores concursales, AC), a quien la LUC confía importantes y diversas funciones, es efectuada únicamente por el Juez, que lo elige entre los inscriptos en el Registro de Síndicos e Interventores que lleva la Suprema Corte de Justicia en base a una Lista confeccionada por la misma cada cuatro años por y que se compone de profesionales especializados en materia concursal. La LUC no adopta los modelos basados en la designación del AC por los acreedores ni tampoco se ha organizado una institución que desempeñe las funciones de los AC⁹⁵.

95 Artículo 26. (Condiciones subjetivas).- El síndico o el interventor será designado por el Juez en la sentencia que declare el concurso, de entre aquellos profesionales universitarios o sociedades de profesionales o instituciones gremiales representativas con actuación en materia concursal con personería jurídica inscriptos en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales que llevará la Suprema Corte de Justicia. Las mismas personas elegibles como síndicos lo serán como interventores.

En los concursos radicados en el interior del país y en los pequeños concursos (Título XII), la designación podrá recaer en profesionales universitarios no inscriptos en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales, a condición de que sean abogados, contadores públicos o licenciados en administración de empresas con un mínimo de cinco años de ejercicio profesional o egresados de los cursos de especialización para síndicos e interventores concursales.

I-C. Concurso Necesario.

Con el propósito de facilitar el acceso al proceso concursal se admite que los acreedores puedan promover un proceso preventivo. En el régimen anterior, algunos acreedores podían pedir la quiebra o liquidación judicial del deudor, lo que implicaba necesariamente el cese de la actividad del mismo y la liquidación de sus bienes por partes. El concordato, esto es, el proceso preventivo, sólo podía ser promovido por el deudor. El cambio a un proceso único que no implica el cese de la actividad salvo hipótesis excepcionales, va acompañado de la facilitación del acceso temporáneo al procedimiento a instancias del acreedor, que, advertido de las dificultades de su deudor puede solicitar el concurso para prevenir la quiebra o liquidación, que constituyen los peores escenarios para los acreedores⁹⁶.

La LUC amplió entonces el elenco de los legitimados para solicitar el concurso, estableciéndose que, además del deudor, podrán solicitar la declaración concurso (Art. 6 LUC) las siguientes personas físicas y jurídicas:

- 2) *Cualquier acreedor, tenga o no su crédito vencido.*
- 3) *Cualquiera de los administradores o liquidadores de una persona jurídica, aun cuando carezcan de facultades de representación, y los integrantes del órgano de control interno.*
- 4) *Los socios personalmente responsables de las deudas de las sociedades civiles y comerciales.*
- 5) *Los codeudores, fiadores o avalistas del deudor.*
- 6) *Las Bolsas de Valores y las instituciones gremiales de empresarios con personería jurídica.*
- 7) *En el caso de la herencia, podrá además pedirlo cualquier heredero, legatario o albacea.*

En todos estos casos el concurso será necesario e implicará la suspensión de la legitimación del deudor para obligar y disponer de la masa activa, designándose un síndico que desplaza al deudor

Artículo 27. (Inscripción en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales).- Cada cuatro años la Suprema Corte de Justicia llamará a interesados para integrar una lista con un mínimo de treinta titulares y treinta suplentes preferenciales, elegibles como síndicos e interventores concursales.

Para ser inscripto en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales se requerirá ser profesional universitario y tener un mínimo de cinco años de ejercicio profesional. La selección se realizará teniendo en cuenta los antecedentes y experiencia de los postulantes, otorgando prioridad a los egresados de los cursos de especialización para síndicos e interventores concursales, dictados por entidades universitarias o instituciones gremiales de profesionales universitarios. Hasta tanto no existan egresados de estos cursos en número suficiente, se dará prioridad a los abogados, contadores públicos o licenciados en administración de empresas. Ver más ampliamente, Bacchi Argibay, Adriana, Síndicos e interventores en la Ley N° 18.387, FCU, Montevideo, 2009.

96 A lo largo de la extensa vigencia de las normas que integraban el anterior régimen pudo constatarse que los procesos de ejecución concursal habían provocado el desinterés de los acreedores tanto por promoverlos como por seguirlos. En efecto, el acreedor se desinteresaba rápidamente del engorroso trámite de la quiebra o liquidación judicial, pues avizoraba tempranamente remotas expectativas de cobro, sobre todo si se trataba de un acreedor quirografario o común. La falta de todo estímulo para el acreedor y la ineficacia que tenía por lo general su participación eran tales que lo que acontecía más frecuentemente era que tales procesos quedaban inconclusos. Además, a menudo esos procesos no recogían las situaciones de insolvencia o de cesación de pagos, por lo que se les denominaba “quiebras virtuales” tal como recuerda Olivera García, Ricardo en “Principios y bases de la nueva Ley de Concurso y Reorganización Empresarial”, FCU, Montevideo, 2008, p. 23.

persona física o a los representantes naturales de la persona jurídica, según la forma jurídica bajo la cual el deudor realice la actividad empresarial.

Estos otros legitimados para solicitar la declaración de concurso del deudor, además de cumplir con lo dispuesto por los Arts. 117 y 118 del Código General del Proceso, esto es, con todos los requisitos para la presentación de una demanda incluyendo el ofrecimiento de prueba, deberán *“aportar los elementos de juicio que acrediten la existencia de una presunción de insolvencia”*.

Recordemos que la LUC establece presunciones absolutas y relativas de insolvencia a las que en la Exposición de Motivos que acompañó al proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo, se denominó *“alertas tempranas basadas en elementos objetivos para iniciar los procedimientos”* (artículos 4º y 5º). *“Éstas establecen una serie de criterios que señalan una posible, o segura, situación de insolvencia empresarial, y son una referencia para las partes y para el Juez a la hora de aplicación de la legislación”*⁹⁷.

Ante la solicitud de estos otros legitimados, *el Juez* (art. 8 LUC) *podrá exigirle al acreedor la constitución de contracautela por los perjuicios que su solicitud pudiera causar*, previsión ésta que confiere garantías, resguarda el equilibrio de intereses y además evitará que la figura del acreedor instante se desprestigie y pase a ser peyorativamente considerada, en perjuicio de quienes pretenden utilizarla sin perseguir un fin espurio.

En cuanto al trámite posterior a la solicitud de concurso cuando éste es solicitado por otros legitimados que no sean el deudor, el Art. 16 LUC indica cómo debe proceder el Juez, quien tiene un activo rol en el contradictorio que puede suscitarse al conferir traslado al deudor de la solicitud.

El primer paso que debe ordenar el Juez es conferir traslado al deudor por el plazo que estime razonable, según la importancia y la complejidad del asunto, el cual no podrá exceder de diez días.

Si el deudor se allanara a la solicitud o no se opusiera dentro del término legal, el Juez decretará el concurso sin más trámite, para lo cual dispone del plazo de dos días.

Si, en cambio, el deudor se opusiera a la solicitud, ésta se sustanciará por el procedimiento de los incidentes.

97 Cabe señalar que el régimen uruguayo de alertas tempranas nada tiene que ver con el “Procédure d’alerte” del sistema francés. Agregamos que en nuestra opinión no todas las presunciones de la LUC configuran “alertas tempranas”, pero no puede dudarse que la intención del legislador ha sido la de introducir situaciones que sí constituyen una alerta temprana que permiten acceder al procedimiento cuando aún se está a tiempo para que la empresa logre un acuerdo con sus acreedores y continúe, o que se venda en bloque y en funcionamiento. Esa intención se plasma en la medida de que algunas de las presunciones incorporadas son verdaderamente “alertas tempranas”. Otras constituyen situaciones en las que la empresa ya no es recuperable y, por ende, no pueden considerarse supuestos de “alerta temprana”. Nos referimos, por ejemplo, a los casos de “ocultación o ausencia del deudor o de los administradores, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir con sus obligaciones”, al caso en que se haya homologado un acuerdo privado de reorganización, y “el deudor omite presentarse en plazo al Juzgado (artículo 220), no se inscriba el auto de admisión (artículo 223), se rechace, anule o incumpla el acuerdo”. El contenido de algunas de las presunciones ha sido criticado por la doctrina en base a diversos argumentos. Más allá de algunas objeciones acertadas que deberían tenerse en cuenta en caso de modificar la LUC, creemos que será la práctica la que indicará el acierto o desacierto del legislador en esta regulación. Bacchi Argibay, Adriana, “El concepto de insolvencia en la ley uruguaya de concursos y reorganización empresarial. ¿Un concepto ambiguo?. Ponencia presentada en el “IX Congreso Argentino De Derecho Concursal Y VII Congreso Iberoamericano De La Insolvencia” – “XI Congreso Iberoamericano De Derecho Concursal”, 2015, República Argentina.

Se impone al deudor que presente con la oposición todos los documentos y elementos que le permitan probar su derecho.

Si se trata de un deudor obligado a llevar libros, el mismo deberá presentar igualmente con la oposición sus libros y demás documentos contables. Si los elementos presentados por el deudor no fueran suficientes *a juicio del Juez, éste podrá decretar una pericia contable, que deberá realizarse en un plazo máximo de diez días hábiles. El perito será designado por el Juez* de la nómina de profesionales inscriptos en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales.

Presentada por el deudor la oposición o presentado el informe del perito, en su caso, *el Juez convocará audiencia en un plazo máximo de cinco días.*

Si el deudor no concurriera a la audiencia u obstaculizara en cualquier forma la indagatoria sobre la situación de insolvencia invocada, se declarará sin más trámite su concurso.

Dentro del plazo de cinco días de realizada la audiencia, el Juez decidirá sobre la declaración judicial de concurso.

Tratándose de un concurso necesario, la sentencia de declaración judicial de concurso dispondrá en todos los casos la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso y se designará un síndico⁹⁸.

Para completar esta descripción de las potestades del Juez en la primera etapa del proceso, corresponde referir a las Medidas Cautelares Posteriores A La Declaración De Concurso que puede adoptar el Juez de conformidad con los arts. 23 a 25 LUC.

En cuanto a las medidas sobre la persona del deudor, conjuntamente con la sentencia de concurso o en cualquier momento posterior de los procedimientos, *el Juez, actuando de oficio o a instancia de parte, podrá disponer alguna de las siguientes medidas cautelares:*

- 1) Intervención de las comunicaciones del deudor relacionadas con la actividad profesional del giro. Aquellas de carácter privado y personal serán entregadas al titular destinatario.
- 2) Prohibición al deudor de cambiar de domicilio y/o de salir del país sin la previa autorización del Tribunal. En caso de personas jurídicas esta medida podrá ser dispuesta respecto de todos o de algunos de sus administradores o liquidadores.

La LUC (Art. 24) prevé asimismo que, en caso de concurso necesario de las personas jurídicas, siempre que de un examen preliminar del estado patrimonial del deudor resulte que su activo no es

98 Esta suspensión producirá los siguientes efectos (art. 46 LUC):

- 1) Serán ineficaces frente a la masa los actos de administración y disposición que realice el deudor respecto de los bienes o derechos que integren la masa activa del concurso, incluida la aceptación o repudiación de herencias, legados y donaciones.
- 2) Solamente el síndico estará legitimado para realizar actos de administración y disposición sobre los bienes y derechos que forman la masa activa del concurso, en los términos de la presente ley.
- 3) El síndico sustituirá al deudor en todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en curso en que éste sea parte, con excepción de aquellos fundados en relaciones de familia que no tengan contenido patrimonial.
- 4) En los casos de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar la masa del concurso, los pagos realizados al deudor no tendrán efecto liberatorio para los acreedores, salvo los realizados de buena fe en el período que medie entre la sentencia declaratoria del concurso y la registración y publicación de la misma.

suficiente para satisfacer su pasivo, conjuntamente con la sentencia o en cualquier momento posterior, el Juez dispondrá el embargo preventivo de los bienes de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno.

El Art. 25 LUC, por su parte, faculta al Juez para que, *de manera fundada*, también pueda *“trabar embargo sobre los bienes de ex administradores, ex liquidadores o ex integrantes del órgano de control interno, siempre que de un examen preliminar de los hechos surja que, durante el plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso, conocieron el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora.*

Estos embargos se conservarán hasta la finalización de los procedimientos concursales, salvo que haya recaído una sentencia judicial sobre la responsabilidad de cualquiera de los sujetos mencionados en el inciso anterior”.

II-EN LA VERIFICACIÓN O ADMISIÓN DE LOS CRÉDITOS

La LUC reglamenta la verificación de créditos estableciendo diversas etapas para que la misma se lleve a cabo:

1ª.- Comunicación a los acreedores.- Dentro de los quince días siguientes a su designación, el síndico o el interventor notificará por carta u otro medio fehaciente a los acreedores cuya identidad conste en la contabilidad y documentos del deudor, o que resulten conocidos de alguna otra forma, la declaración de concurso, la sede ante la cual se tramita, el nombre del síndico o interventor y la fecha fijada para la Junta de Acreedores. Igual comunicación será remitida a quienes conste que sean codeudores, fiadores o avalistas del deudor.

2ª.- Presentación de los acreedores a verificar sus créditos. Para ello disponen de un plazo de sesenta días, contados desde la fecha de declaración judicial de concurso.

La solicitud de verificación debe presentarse en el Juzgado en escrito dirigido al síndico o al interventor, con el siguiente contenido:

1) Solicitud de verificación de los créditos, indicando la fecha, causa, cuantía, vencimiento y calificación solicitada de los mismos.

2) Documento o documentos originales o medios de prueba que permitan acreditar la existencia de sus créditos.

3) En caso de acreedores domiciliados en el exterior, deberán constituir domicilio en la sede del Juzgado.

3ª.- Preparación de la lista de acreedores. Dentro de los treinta días siguientes, a contar de la terminación del plazo para solicitar la verificación de créditos, el síndico o el interventor prepararán la lista de acreedores con el siguiente contenido:

1) *La nómina de los acreedores que forman la masa pasiva, hayan solicitado o no la verificación de sus créditos, ordenados por orden alfabético, indicando respecto de cada crédito la fecha, causa, cuantía, vencimiento, garantías personales o reales y calificación jurídica, distinguiendo la parte correspondiente al principal y a los intereses.*

2) *La nómina de acreedores excluidos, indicando las razones de exclusión de cada uno de ellos.*

4ª.- Puesta de manifiesto. La lista de acreedores quedará de manifiesto en el Juzgado a disposición de los acreedores.

5ª.- Comunicación por parte del síndico o el interventor a los acreedores que se hubieran presentado a verificar sus créditos, si los mismos fueron verificados y, en caso afirmativo, las condiciones de la verificación.

6ª.- Resolución judicial sobre la lista de acreedores y el inventario.- Si no existieran impugnaciones dentro del plazo establecido para la impugnación de la lista de acreedores y el inventario, *el Juez aprobará ambos documentos.* (Art. 105).

Como lo hemos expresado en otra oportunidad, en trabajo conjunto con AYUL, se comparte la posición doctrinaria conforme la cual “al Juez del concurso le está vedado entrar al análisis de los créditos incluidos en la lista de créditos presentada por el síndico o interventor si no se deducen impugnaciones y debe aprobar la lista originaria de créditos presentada por el síndico o interventor por lo que en principio la etapa de verificación y la problemática atinente a la causa de los créditos concursales se resuelve a través de la actividad y decisión del administrador concursal”⁹⁹.

7ª.- Etapa eventual: Impugnación de la lista. Dentro del plazo de quince días, contados desde la puesta de manifiesto de la lista de acreedores o de la recepción de comunicación de verificación o rechazo de los créditos, según los casos, cualquier interesado podrá impugnar la inclusión o la exclusión de los créditos, la cuantía de los verificados y la calificación jurídica que se les hubiera atribuido.

La acción se dirigirá contra el síndico o el interventor, en caso de demandarse la inclusión o la modificación de la cuantía o de la calificación de un crédito del impugnante, y se dirigirá contra el titular del crédito impugnado, en los demás casos (Art. 104).

En caso de existir impugnaciones, el Juez dictará sentencia aprobando la lista de acreedores y el inventario o introduciendo a los mismos las modificaciones motivadas por las impugnaciones deducidas.

O sea que tanto cuando se deducen impugnaciones como cuando ello no sucede, el Juez es quien aprueba la lista de acreedores confeccionada por la sindicatura y el inventario. La diferencia radica en que mientras que de no haber mediado impugnaciones la lista será aprobada tal como la confeccionó el administrador concursal; en cambio, si hubo impugnación, el Juez puede aprobar la lista en los mismos términos en que ella fuera formulada por el síndico o interventor, o bien hacer lugar - total o parcialmente a las impugnaciones - e introducir las consiguientes modificaciones a la misma.

99 La opinión citada fue expuesta por Rodríguez Mascardi, Teresita en “La causa del crédito del acreedor concursal”. Sociedades y Concursos en un mundo en cambios, FCU, Montevideo, año 2010., p. 556- 557. Por su parte, la posición de la suscrita fue puesta de manifiesto en el siguiente trabajo elaborado en conjunto con Ayul, Zamira: La Lista de Acreedores del Art.101 Ley 18.387: ¿Deben Incluirse Acreedores que no han Insinuado Sus Créditos En El Proceso? En Consolidación y Cambio: El fecundo panorama del Derecho Comercial, FCU, Montevideo, 2014, p. 415-422.

En todos los casos los efectos de la aprobación judicial serán los siguientes: *“Los créditos contenidos en la lista de acreedores aprobada por el Juez se tendrán por verificados y reconocidos dentro y fuera del concurso”*. (Art. 106 LUC).

La sentencia puede ser recurrida y, en tal hipótesis, a solicitud del recurrente, el Juez del concurso podrá adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que resuelva el recurso.

La LUC también prevé cómo afecta esta interposición de recursos a los acuerdos a los que pudiere arribarse en la Junta de Acreedores, ya que uno de los propósitos de la reforma fue dotar al proceso concursal de celeridad impidiendo que los recursos contra las providencias apelables entorpezcan o enaltezcan el normal decurso del mismo. Es así que el art. 107 LUC dispone que:

“En ningún caso la resolución de los recursos interpuestos contra la aprobación judicial de la lista de acreedores o el inventario invalidará las decisiones de la Junta de Acreedores, salvo que se cumplan acumulativamente las siguientes condiciones:

1) Que el voto del acreedor excluido, reducido en la cuantía de su crédito o calificado como subordinado, hubiera sido esencial para la adopción del acuerdo.

2) Que dentro del mes siguiente de que la sentencia haya quedado firme, el acreedor comparezca ante el Juez del concurso manifestando su disconformidad con el acuerdo adoptado en la Junta de Acreedores”.

III- EN LA CONFORMACIÓN DE LAS CLASES O CATEGORÍAS DE ACREEDORES

El acreedor que se presenta a solicitar la verificación de su crédito conforme lo explicitado en el Núm. III), debe indicar la calificación que pretende para el mismo. Por su parte, el AC cuando elabora la lista de acreedores debe establecer la calificación de cada uno de los créditos que incluye en la misma.

De acuerdo al Art. 108 LUC los créditos se clasifican en: a) privilegiados (con privilegio general (Art. 110) o especial; c) quirografarios o comunes y d) subordinados¹⁰⁰.

100 Artículo 109. (Créditos con privilegio especial).- Son créditos con privilegio especial los garantizados con prenda o hipoteca.

Los créditos con privilegio especial deberán estar inscritos a la fecha de declaración del concurso en el Registro Público correspondiente, salvo los créditos emergentes de contratos de prenda común que serán considerados privilegiados cuando hayan sido otorgados en documento público o en documento privado con fecha cierta o comprobada.

Artículo 110. (Créditos con privilegio general).- Son créditos con privilegio general, en el orden planteado:

1) Los créditos laborales de cualquier naturaleza, devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso, siempre y cuando no hubieran sido satisfechos en la forma prevista en el artículo 62, hasta por un monto de 260.000 UI (doscientos sesenta mil unidades indexadas) por trabajador. Tendrán también este privilegio los créditos del Banco de Previsión Social por los aportes personales de los trabajadores, devengados en el mismo plazo.

No gozarán del privilegio previsto en el inciso anterior, los créditos de los directores o administradores, miembros del órgano de control interno y liquidadores de la deudora, los cuales tendrán naturaleza de quirografarios, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 201.

2) Los créditos por tributos nacionales y municipales, exigibles hasta con cuatro años de anterioridad a la declaración del concurso.

3) El 50% (cincuenta por ciento) de los créditos quirografarios de que fuera titular el acreedor que promovió la declaración de concurso, hasta el 10% (diez por ciento) de la masa pasiva.

O sea que la calificación del crédito incluyéndolo en alguna de las clases que prevé el Art. 108 LUC forma parte de la Lista de Acreedores, respecto a la cual los acreedores, el deudor y el Juez tienen las facultades que hemos examinado en el Núm. II) rigiéndose la calificación por las mismas normas que el resto del contenido de la lista.

Por ende, la calificación del crédito efectuada por la AC podrá ser impugnada y quien resolverá en definitiva confirmando dicha calificación u otorgándole al respectivo crédito (total o parcialmente) una distinta será el Juez del concurso, en providencia que es apelable.

IV- EN LA PROPUESTA DE CONVENIO

IV-1 En la formulación y presentación de la propuesta.

El único legitimado para presentar una propuesta de convenio es el deudor. El Art. 45. 6) LUC exceptúa en forma expresa de la suspensión o limitación de la legitimación del deudor la presentación de propuestas de convenio así como la interposición de recursos contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones judiciales.

En cuanto a la oportunidad para la presentación de la propuesta, el Art. 138 dispone que la o las propuestas, acompañadas del plan de continuación o de liquidación deben presentarse con una anticipación no menor de sesenta días a la fecha de reunión de la Junta de Acreedores.

Esta propuesta deberá ser informada por el AC quien, además de referirse a la propuesta, debe incluir *un informe especial sobre la viabilidad del plan de continuación o de liquidación*. El informe deberá ser presentado al Juzgado y puesto a disposición de los acreedores con una anticipación mínima de quince días a la fecha prevista para la celebración de la Junta de Acreedores (Art. 142)¹⁰¹.

IV-2. En la Aprobación del Convenio Concursal

La propuesta o propuestas de convenio presentadas por el deudor, el plan de continuación o de liquidación y el informe especial que sobre este plan hubiera emitido el síndico o el interventor serán consideradas por la Junta de Acreedores (Art. 143 LUC).

Conforme al Art. 115 LUC *“La Junta de Acreedores se reunirá en el lugar, día y hora fijados en la sentencia de declaración de concurso, bajo la presidencia del Juez del concurso.*

Las Juntas de Acreedores sólo podrán prorrogarse con carácter excepcional. La solicitud de prórroga planteada por el deudor, será resuelta por el Tribunal en audiencia, atendiendo el voto mayoritario de los acreedores concursales presentes.

El Actuario del Juzgado del concurso actuará como Secretario de la Junta.

Estos privilegios se establecen sin perjuicio del derecho conferido por la ley a los acreedores a la satisfacción parcial de los créditos no pagados a través del concurso, cuando hubieran ejercitado acciones en interés de la masa.

Artículo 111. (Créditos subordinados).- Son créditos subordinados:

- 1) Las multas y demás sanciones pecuniarias, de cualquier naturaleza.
- 2) Los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor.

101 Más ampliamente, Bacchi Argibay, Adriana, “Temas de Derecho Mercantil”, Los convenios concursales en la Ley Nº 18.387, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, 2012, p. 537-569.

La inasistencia del síndico o del interventor, sin justa causa, será sancionada por el Juez con multa de hasta el 5% (cinco por ciento) del total del pasivo concursal.

La Junta se considerará válidamente constituida cualquiera que sea el número de acreedores y el porcentaje de pasivo concurrentes, asista o no el deudor”.

Una de las potestades de los Jueces de Concursos más controvertidas en nuestra doctrina y práctica judicial es la relativa a la prórroga de la Junta de Acreedores, instancia de fundamental importancia ya que en ella habrá de considerarse la propuesta de convenio, si esta se ha formulado. Si no presentó propuesta o esta no logra la mayoría de los acreedores requerida por la LUC, se dispondrá la liquidación de la masa activa.

Es indudable que la celebración de la Junta marca un momento de inflexión en el proceso y a la vez que limita en el tiempo la posibilidad de que el deudor siga en situación concursal sin definir cómo habrá de satisfacer a sus acreedores.

“Una de las situaciones que indudablemente conspira contra la celeridad del proceso es la postergación de la fecha fijada para la celebración de la Junta de acreedores y más aún la suspensión de la misma. La LUC plasmó claramente esta concepción del proceso concursal que boga por su eficiencia, celeridad y reducción de costos.- Según el artículo 19 núm. 4 de la LCRE es preceptivo que el Juez, en la misma providencia que declara el concurso del deudor, convoque la Junta de Acreedores para que se celebre dentro de un plazo máximo de 180 días siguientes a dicha declaración, reduciéndose el plazo a los 90 días siguientes si se trata de un pequeño concurso (art. 237 núm. 1).

La Junta de Acreedores - regulada en los artículos 115 y siguientes de la LCRE - se reunirá en el lugar, día y hora fijados en la sentencia de declaración de concurso, bajo la presidencia del Juez de Concurso (art. 115 inc. 1º). Dicho artículo continúa estableciendo en su inciso 2 que “[las] Juntas de Acreedores sólo podrán prorrogarse con carácter excepcional. La solicitud de prórroga planteada por el deudor, será resuelta por el Tribunal en audiencia, atendiendo el voto mayoritario de los acreedores concursales presentes.”. Esta disposición es categórica en cuanto a que aún la prórroga (no ya la suspensión) de la Junta de Acreedores por parte del Juez debe ser la excepción y no la regla, y que la misma debe adoptarse con participación de los acreedores presentes. Reforzando la disposición anterior el artículo 94 inciso 2 de la LCRE prescribe que “[l]a no finalización de la verificación de los créditos, en ningún caso será causal de suspensión de la Junta de Acreedores”. Sin embargo, nuestros Tribunales de Concurso suspenden la Junta hasta tanto la lista de verificación de créditos no queda firme, posición con la que discrepamos¹⁰².

En cuanto a las mayorías requeridas para la aprobación del convenio concursal, la LUC revisó las mayorías requeridas por la anterior legislación (en algunos casos dobles mayorías), estableciendo – como principio general - que la aprobación del acuerdo requiere el voto a favor de acreedores que representen, como mínimo, la mayoría del pasivo quirografario (Art. 144 LUC). Quiere decir que se exige únicamente mayoría simple de créditos; no siendo necesaria además la mayoría de personas. La Exposición de Motivos que acompañó al proyecto de Ley que se convirtió en LUC fundamentó esta reforma en que *“el éxito o fracaso de las negociaciones depende también de la forma en que se estructuran los procesos de decisión”*.

102 Bacchi Argibay, Adriana - Ayul Toma, Zamira, “Reflexiones Sobre La Suspensión De La Junta De Acreedores” en “Los retos de la modernidad: Cuestiones de Derecho Comercial Actual”, FCU, Montevideo, 2015, p. 385-396.

No obstante, existen algunos casos en los que la aprobación de la propuesta requiere mayorías especiales:

a) Cuando la propuesta implica quitas superiores al 50% del monto de los créditos quirografarios y/o plazos superiores a diez años se requiere el voto favorable de acreedores que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario con derecho a voto (art. 126 de la LUC). Se exige un mayor porcentaje de créditos que se calcula sobre otra base: el pasivo quirografario con derecho a voto.

b) Cuando la propuesta de convenio consista en el pago íntegro del pasivo quirografario dentro de un plazo no superior a dos años, o en el pago inmediato de los créditos quirografarios vencidos con quita inferior al 25%, será suficiente que voten acreedores que representen una porción del pasivo del deudor con derecho a voto superior a la que vote en contra, siempre que los votos favorables representen al menos la cuarta parte del pasivo quirografario del deudor deducido el pasivo sin derecho de voto.

Los dos casos están previstos en el Art.144 LUC. En el primero, dado que se impone un importante sacrificio a los acreedores, se exige una adhesión mayor a la propuesta, a fin de no dejar en manos de la mayoría simple una decisión que compromete tanto la recuperación de los créditos para todos los acreedores. El segundo caso representa la situación opuesta: siendo la fórmula que se propone muy beneficiosa, sólo se exige que sea aceptada por una porción del pasivo mayor a la que se pronuncia por la negativa, siempre y cuando la propuesta cuente con la adhesión de la cuarta parte del pasivo, como mínimo. Se quiso evitar que una buena propuesta se frustre por una minoría, no siempre bienintencionada o acertada.

c) Cuando la propuesta contenga ventajas en favor de uno o varios acreedores o de una o varias clases de créditos, además de las mayorías establecidas en el Art. 144, es decir, la mayoría del pasivo quirografario, se requerirá que voten a favor de la propuesta acreedores que representen una porción del pasivo no beneficiado superior a la de aquellos que votaron en contra (Art. 145).

Se confiere legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio a los acreedores que hayan sido privados ilegítimamente del derecho de voto y los que hayan votado en contra la propuesta de convenio; y al síndico o el interventor. El plazo para deducir la oposición será de cinco días a contar desde el siguiente al de la conclusión de la Junta de Acreedores. Las causas por las que pueden oponerse son las siguientes: infracción legal en la constitución o en la celebración de la Junta o en el contenido del convenio¹⁰³.

Además, el acreedor o acreedores que representen, por lo menos, el diez por ciento del pasivo quirografario del deudor y el síndico o el interventor podrán oponerse a la aprobación judicial del convenio alegando alguna de las siguientes causas: 1) Que el voto o los votos decisivos para la aceptación de la propuesta han sido emitidos por quien no era titular real del crédito o han sido obtenidos mediante maniobras que afecten o puedan afectar a la paridad de trato entre los acreedores quirografarios. 2) Que el cumplimiento del convenio es objetivamente inviable.

103 Para que un acreedor asistente a la Junta pueda oponerse por infracción legal en la constitución o en la celebración de la Junta será necesario además que haya denunciado la infracción durante la Junta o en el momento en que se hubiera producido.

La LUC prevé asimismo que el deudor puede optar por presentar adhesiones a una propuesta de convenio suscrita por acreedores que representen la mayoría del pasivo quirografario del deudor con derecho a voto, antes de la celebración de la Junta de Acreedores.

En este caso, luego de haber recaído aprobación judicial de la lista de acreedores, *el Juez dispondrá la suspensión de la Junta y abrirá plazo de oposición para la aprobación del convenio.*

El procedimiento y las facultades del Juez – en este supuesto - son las siguientes:

La resolución judicial que suspenda la junta mandará publicar un extracto de la propuesta de convenio en el Diario Oficial, por el plazo de tres días, convocando a los acreedores concursales a presentar sus oposiciones en el plazo de veinte días a partir de la última publicación. El texto íntegro de la propuesta estará, en todo momento, a disposición de los acreedores en la sede del Tribunal.

Podrán oponerse a la aprobación del convenio los acreedores quirografarios y subordinados del deudor, con excepción de aquellos que lo hubieran suscripto, y el síndico o el interventor, por cualquiera de las causales previstas en el artículo 152.

Transcurrido el plazo legal sin que se hubiera formulado oposición *el Juez dictará auto en el primer día hábil posterior aprobando el convenio de acreedores.*

En caso de mediar oposiciones, *las mismas se tramitarán por el procedimiento previsto en el artículo 155 y la decisión que apruebe o rechace el convenio tendrá los efectos previstos en los artículos 157 a 162.*

Son trasladables a la propuesta de convenio que se tramita bajo esta modalidad que, en lo sustancial, se diferencia porque las adhesiones a la misma no son recogidas en la Junta sino previamente a ella, por el propio deudor, las consideraciones que realizamos este numeral – en cuanto a las potestades del Juez - respecto a la propuesta de Convenio que se aprueba en Junta.

IV-3. En la aprobación judicial del Convenio

El rol del Juez se ubica en la etapa de aprobación judicial del convenio, debiendo distinguirse dos situaciones:

a.- en caso de falta de oposición, se establece que transcurrido el plazo de 5 días antes mencionado sin que se hubiere formulado oposición, *el Juez dictará auto en el primer día hábil posterior aprobando el convenio de acreedores.*

b.- en caso de haberse formulado oposiciones, las mismas se sustanciarán en un incidente concursal y una vez tramitado el incidente, *el Juez dictará sentencia aprobando o no el convenio, sin que en ningún caso pueda modificarlo.*

IV-4. En el control de la propuesta presentada por el deudor

Interesa establecer las facultades del Juez respecto al control de la propuesta y, en especial, a su contenido (pues no se duda que el Juez tendrá la potestad de observar defectos formales de la presentación ni tampoco en cuanto a que el Juez no puede inmiscuirse en la conveniencia de la propuesta formulada, ya que sobre ella deciden los acreedores, por las mayorías establecidas por

la LUC). Para apreciar mejor este aspecto, debemos hacer una breve referencia al contenido legalmente admitido para una propuesta. La LUC abandonó el rígido molde de las quitas y esperas como contenido del convenio concursal, y habilitó la formulación de propuestas con un contenido muy amplio. Según el Art. 139 la propuesta podrá consistir en quitas y/o esperas, cesión de bienes a los acreedores, constitución de una sociedad con los acreedores quirografarios, capitalización de pasivos, creación de un fideicomiso, reorganización de la sociedad, administración de todo o parte de los bienes en interés de los acreedores o cualquier otro contenido lícito, incluyendo la constitución de una cooperativa de trabajo con todo o parte del personal siempre se reúnen los requisitos previstos por el art. 174 núm. 2) y en las condiciones previstas en esa norma, o cualquier combinación de las anteriores. Pese a que la norma comienza enumerando una serie de soluciones concretas, agrega luego la fórmula genérica “cualquier otro contenido lícito”, con lo cual el único límite para la propuesta será la ilicitud. El fundamento de la norma fue expresamente mencionado en la Exposición de Motivos: *“Lo importante a la hora de buscar soluciones a dificultades empresariales es que las propuestas sean flexibles. Las situaciones de dificultad requieren de soluciones acordes a la problemática, a la realidad de la empresa, de los acreedores y del mercado donde operan. Por ello, la solución nunca puede ser única y general para todas las empresas”*. El legislador cumplió así con otro de los pilares de la reforma: “DAR UN MARCO FLEXIBLE PARA QUE LAS PARTES ACUERDEN”. No obstante, la mencionada amplitud no puede conducir al extremo de afirmar que es aceptable cualquier propuesta. La ley marca un límite: la ilicitud.

Cuando nos referimos a ilicitud, debemos distinguir varias situaciones, siendo aplicable al convenio concursal el concepto de ilicitud receptado por el derecho civil, en el cual es admitido que “la noción de ilicitud se compone de una tripartición: a) contrariedad a la ley (negocio ilegal o contra legem); b) contrariedad a las buenas costumbres (negocio llamado inmoral); c) contrariedad al orden público”. Examinaremos algunos de los casos más comunes en el ámbito concursal.

Las propuestas “predatorias” o “irritas”. Entendemos que en el esquema de la LUC el tema se ha resuelto – en principio- trasladando el juicio acerca de este tipo de propuestas a una mayoría especial de acreedores. En efecto, el Art. 144 lit. A) prevé que si la propuesta implica el otorgamiento de quitas superiores al 50% y/o plazos superiores a 10 años, será necesario que voten a favor de la misma, acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo con derecho a voto. Quiere decir que serán los acreedores, con su voto, quienes decidirán si una de esas propuestas que podría ser considerada “predatoria” igualmente debe aprobarse: La solución es muy atinada si pensamos que dado que el sacrificio lo harán los acreedores, nadie mejor que ellos mismos para dirimir si la propuesta es merecedora de apoyo por constituir el menor mal de todos los posibles en el siempre complejo terreno concursal. Podrá decirse que algún acreedor no adherente quedará desprotegido, pues la mayoría le impondrá una propuesta a la que no podrá resistirse invocando su carácter predatorio. A esta objeción debe responderse que si la propuesta ha alcanzado la adhesión de tan importante porción del pasivo, debe imponerse la regla de la mayoría para viabilizar un acuerdo en el que la propuesta, aun pudiendo ser objetivamente “predatoria”, constituya la mejor solución para los acreedores que, de otra forma, enfrentarán una liquidación en la que la recuperación del crédito será aún menor o inexistente. Entendemos que cuando se obtiene la mayoría requerida por la ley, el interés de ese colectivo adherente debe primar sobre el del acreedor no adherente individualmente considerado (a veces convertido en acreedor “hostil”).

La “propuesta abusiva”. El abuso de derecho se ubica en el terreno de la ilicitud, formando una categoría con perfiles propios. El mismo se configura cuando se constata que lo que constituye el formal y aparente ejercicio de un derecho en realidad no lo es, material o sustancialmente, pues entrañando una violación de los límites internos del mismo, sitúa la especie en el ámbito de los actos ilícitos.

Cabe preguntarse si dada la concepción de la LUC si puede el juez relevar un caso de abuso de derecho y, en su mérito, no aprobar el convenio. Entendemos que dado que el contenido del acuerdo no puede ser ilícito, en la medida que el abuso de derecho configura una ilicitud, el Juez no deberá homologar aquellos convenios que impliquen un abuso de derecho. Resulta obvio que la dificultad radicará en determinar si existió abuso y qué se entiende por tal. Al respecto, se ha dicho que *“los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas...”*¹⁰⁴. .-

Propuestas con cláusulas potestativas. Existe al menos un antecedente jurisprudencial que no hizo lugar a la aprobación del convenio presentado por la concursada en virtud de que el mismo contenía una cláusula estableciendo que *“se suscribirá un convenio con BPS y DGI en los términos y condiciones más beneficiosos para la sociedad”*. La sentencia entendió que el *“dicha cláusula no se compadece con el nuevo régimen legal introducido por la ley 18.387 no solo por su vaguedad en cuanto deja a criterio de la deudora establecer cuáles son los términos más beneficiosos para suscribir un convenio con dichos organismos, sino que no es ajustado a derecho en el nuevo régimen concursal”*¹⁰⁵. Más adelante precisó *“No es ajustado a derecho pretender que la concursada una vez recuperada su legitimación suscriba unilateralmente un convenio cuyos términos no surgen de la propuesta formulada en autos y sobre la cual no se informa a los restantes concursales”*. La cláusula en cuestión atribuye al deudor un poder absoluto en el sentido de que el contenido del convenio con los entes estatales involucrados dependerá de la pura voluntad del deudor, quien, con un poder que puede tildarse de absoluto o arbitrario, determinará qué es *“lo más conveniente”* para la sociedad. Es evidente que respecto a los demás acreedores, la cláusula aparece como potestativa, con las siguientes consecuencias: a.- votarán el convenio sin conocer qué habrá de acordarse con BPS y DGI, por lo cual estarán votando un acuerdo incompleto. b.- votarán sin poder juzgar la viabilidad de cumplimiento del acuerdo, ya que el contenido es indeterminado en cuanto a estos dos acreedores, con el agravante, en la especie, de que se trata de dos acreedores con notoria incidencia en la continuidad de la actividad empresarial por los certificados que expiden y que se exigen a la deudora para una serie de actos. c.- no constituye una hipótesis de trato singular admisible, ya que éste debe estar explicitado precisamente para que los demás acreedores lo conozcan, lo juzguen y lo voten de conformidad con las especiales previsiones del Art. 145 LUC que exige mayorías especiales. d.- es potencialmente violatorio de la par conditio creditorum desde que el deudor quedaría facultado para conceder cualquier beneficio a esos acreedores sin someterlo al previo conocimiento y voto

104 Sentencia de la SCJ de la República Argentina del 15 de marzo de 2007 cit. por Vaiser, Lidia, en *“El abuso del derecho en los procesos concursales”*. Ed. Ad-Hoc. Buenos aires. 2008, p. 74.

105 Resolución nº 1465/2010 dictada por la entonces titular del Juzgado Letrado de Concurso de Primer Turno, Dra. Teresita Rodríguez Mascardi, comentada por la suscrita en *“Responsabilidad del deudor por la presentación de propuestas de convenio legalmente inadmisibles”* en *Sociedades y Concurso en un mundo en cambios*, FCU, Montevideo, p. 587-596.

de los demás acreedores conforme al Art. 145 LCRE. Los acreedores darían una especie de cheque en blanco al deudor para que lo complete según su conveniencia. La LUC admitió la categorización y el trato singular a los efectos de pactar ventajas, pero sometiéndolos al filtro de la adhesión de los acreedores no beneficiados. Esto es aplicable a las ventajas que se conceden a una clase de créditos por lo cual los acreedores en cuestión quedan comprendidos ya integran la clase de acreedores con privilegio general (Art. 110).

Las facultades del Juez ante este tipo de propuestas. La sentencia referida precedentemente – que fue un auténtico “leading case” - sostuvo con extrema claridad que *“tanto la doctrina argentina como los recientes comentarios provenientes de la doctrina concursalista nacional sostienen que el rol del Juez no está limitado al cálculo matemático de las adhesiones sino que de acuerdo a sus potestades debe efectuar el control de legalidad sobre el contenido del convenio (los profesores argentinos A. Dasso y L. Vaiser, entre nosotros Holtz-Rippe, entre otros) al extremo que la propia ley concursal establece que debe rechazarse de oficio aquel convenio que contenga propuestas condicionadas. En definitiva, la decisión positiva o negativa configurada por la homologación de un acuerdo constituye un acto procesal que implica por sí un análisis de la legalidad intrínseca del acuerdo presentado”*. Coincidimos con el criterio sentado por la Dra. Rodríguez Mascardi. Al decir de Maffia, el juez no debe quedar relegado al rol de “cuenta porotos”. Todo aquello que tenga que ver con la legalidad del convenio en su forma y en su contenido debe ser controlado por el Juez. *Lo que éste no puede hacer ha sido expresamente establecido por la ley: no puede modificar el convenio* (Art. 155 LUC).

V- EN LA IMPOSICIÓN DEL PLAN A LOS ACREEDORES AUSENTES O DISIDENTES (CRAMDOW)

La legislación concursal uruguaya no ha incorporado u instituto de naturaleza y caracteres similares al Cramdown.

El proceso regulado por la LUC – que es único - tiene una fase de convenio (hasta que se celebra la Junta de Acreedores) y una de liquidación de la masa activa que se produce cuando no se aprueba un convenio concursal y cuando la solicitan los legitimados para ellos, aun anticipadamente.

VI- EN LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA CONCURSADA

La LUC consagró el principio de continuidad de la actividad económica del deudor, desarrollada por él mismo junto con el interventor para el supuesto de concurso voluntario o por el síndico para el caso de concurso necesario.

Pero, como la única empresa que merece continuar es la que resulta viable, los acreedores no quedan vinculados inexorablemente a ese principio de continuidad de la actividad del deudor, consagrándose la posibilidad de liquidación anticipada de la masa activa a pedido de acreedores que representen la mayoría de los créditos quirografarios con derecho a voto, en cualquier etapa del proceso. La liquidación se efectuará conforme a los Arts. 171 y 174, es decir, por el proceso general previsto en la LUC. Lo novedoso es el poder que se confiere a los acreedores de anticipar la etapa de liquidación, lo cual será sumamente útil y beneficioso toda vez que los acreedores perciban que los bienes de la masa activa se están deteriorando, que la continuación de la actividad empresarial es ruinoso o de resultado totalmente impredecible, que el deudor y el

coadministrador no actúan adecuadamente, que se está comprometiendo en exceso a la masa activa sin beneficio para la misma por la vía de contraer nuevas obligaciones que generarán créditos extraconcursales que postergarán a los acreedores quirografarios, etc. Con esta medida se pueden evitar los estragos a los que quedaban expuestos los activos en el sistema anterior.

El Art. 44 LUC dispone:

El principio: *“La declaración judicial de concurso no implica el cese o clausura de la actividad del deudor”.*

La excepción: *salvo que el Juez disponga lo contrario, lo que podrá hacer en cualquier momento durante el concurso, a solicitud del deudor, de los acreedores, del síndico o interventor, o de oficio.*

Como hemos señalado en un trabajo anterior, con el cese de la actividad de una empresa no viable, se podrán evitar “lo que podemos llamar las paradojas de los concursos tardíos, en los que la demora en solicitar la apertura del proceso tiene por consecuencia inevitable la generación de un importante pasivo pos concursal, que deberá abonarse a su vencimiento y antes que el pasivo concursal, con lo que el procedimiento termina teniendo por resultado la liquidación de la empresa para pagar pasivo pos concursal y no para satisfacer a los acreedores anteriores a la apertura del concurso, lo que constituye una incongruencia”¹⁰⁶.

Las empresas en crisis económica (insolvencia) pueden ser viables y para comprobarlo es preciso preparar un plan de viabilidad (estratégico), que siempre se basa en el estudio de la situación pretérita, para proponer los cambios necesarios y proyectar la “nueva empresa” hacia el futuro con previsiones favorables de buenos resultados. Precisamente el diagnóstico integral de la empresa sirve para contrastar la mala situación empresarial y sus causas, así como para preparar el plan de urgencia, que logre el mantenimiento provisional de la actividad empresarial o profesional y permita disponer del tiempo suficiente para abordar el plan de viabilidad, que incorpora las medidas correctoras imprescindibles para cambiar la tendencia y alcanzar los objetivos proyectados (estabilidad y rentabilidad).

De acuerdo a la citada disposición del art. 44 LUC es el Juez quien resuelve acerca de la solicitud de clausura o cese de actividad, pudiendo incluso disponer estas medidas de oficio.

Otro instrumento idóneo para establecer si la empresa puede continuar con su actividad en condiciones que permitan el pago del pasivo, es el denominado “plan de continuación” respecto al que la LUC innova imponiendo al deudor presentar el mismo junto con la propuesta de convenio. El Art. 138 prescribe que : *“con una anticipación no menor a sesenta días a la fecha de reunión de la Junta de Acreedores, el deudor podrá presentar al Juez de Concurso una o varias propuestas de convenio, acompañadas de un plan de continuación o de liquidación”.*

En cuanto a su contenido, según la citada norma: *“El plan de continuación deberá contener un cuadro de financiamiento, en el que se describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes. El plan deberá incluir una fórmula de pago a los acreedores con privilegio especial”.*

106 Bacchi Argibay, Adriana. “Paradojas de los concursos tardíos: liquidación de la masa activa para pagar créditos contra la masa” en Tres pilares del Moderno Derecho Comercial, FCU, Montevideo, 2011, p. 421-427.

La LUC se refiere al plan de continuación como aquel en el cual se explicitan los recursos necesarios para que la actividad desarrollada por el deudor sea considerada viable y el deudor pueda seguir adelante.

En este sentido corresponde distinguir entre “plan de pagos” y “plan de continuación o de viabilidad”. La construcción y credibilidad del plan de pagos o financiamiento está sujeta a la del plan de viabilidad y forma parte integrante de éste último. El plan de pagos lo definimos como aquel documento en el cual el deudor determinará el modo en el que se abonarán los créditos a pagar, los que deberán estar bien detallados e identificados, pudiendo agruparse en categorías (por monto, causa, tipo de acreedor, etc.). Asimismo, el deudor establecerá los medios y condiciones para la realización del plan de pagos. En el plan de viabilidad, a diferencia del de pagos, se describirá el procedimiento a través del cual el deudor podrá cumplir con los acuerdos contenidos en el convenio, así como con los compromisos asumidos en el plan de pagos, todo en función de los recursos derivados de la actividad profesional o empresarial del deudor. Se trata del documento que incluye los objetivos que se pretenden alcanzar, describiendo aquellas políticas que el deudor prevé implantar para generar en el corto y mediano plazo, los recursos necesarios para satisfacer sus créditos, y de esta forma alcanzar la estabilidad patrimonial. Por lo tanto, la finalidad principal de un plan de viabilidad es modificar el proyecto empresarial vigente a la fecha de solicitud del concurso. El logro del convenio se lo hace depender de la continuación de la actividad, y los recursos que esta genere, por lo cual deviene necesario una herramienta que legitime la viabilidad económica y financiera de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado, representando ésta la fuente de los recursos para cumplir con los créditos concursales.

El plan de viabilidad debe constituir el punto de partida que permita a la empresa elaborar un proyecto empresarial y así superar la situación de crisis que llevó al deudor a solicitar su concurso. Este es el motivo por el cual todo plan de continuación o de viabilidad debe contener un “plan de empresa” con objetivos claros, y estableciendo los medios para su continuación, detallando los recursos necesarios para lograr tal fin, la fuente de los mismos, su evolución (que seguramten será progresiva, incrementándose a lo largo del tiempo en respuesta a los medios instrumentados para reorganizar a empresa, sin perjuicio de períodos no zafrales en que pueden decrecer). Una dificultad frecuente en las propuestas es la falta de información veraz sobre la viabilidad y razonabilidad de la misma. Un buen plan de empresa deberá contener las hipótesis y presupuestos económicos en los que se basará el modelo económico y financiero. El plan de viabilidad es fundamental para el cumplimiento de un convenio, el cual estará supeditado al logro de las metas propuestas en dicho plan.

El contenido del plan de empresa o de viabilidad no debe limitarse a una “declaración de buenas intenciones”. Corresponde que se trate de un instrumento técnico profesional que parte de las premisas que el concursado elaboró, y que el analista siguiendo estas premisas, arribe a las conclusiones. El contenido del plan de viabilidad se ajustará a cada circunstancia empresarial concreta. Se persigue obtener una pormenorizada visión de la empresa, un detalle de los elementos que la constituyen, y del entorno en el que la empresa se desarrolla, permitiendo este análisis previo preparar un plan estratégico en el que fijar los objetivos a alcanzar. A tales efectos, y sin que implique un elenco cerrado de puntos a analizar en forma previa a la creación de un plan de viabilidad, se realizará un estudio de aspectos tales como: descripción de la actividad y estudio del mercado objetivo; descripción del proceso productivo, determinando los recursos disponibles

y la forma en el cual se organizan; plan de ventas y marketing; organización de la empresa y recursos humanos con los que cuenta, su organigrama y funciones que desempeñan los mismos¹⁰⁷.

Como ya dijimos, *es el AC quien debe emitir un informe especial sobre la viabilidad del plan de continuación o de liquidación, el cual deberá ser presentado al Juzgado y puesto a disposición de los acreedores con una anticipación mínima de quince días a la fecha prevista para la celebración de la Junta de Acreedores.*

VII- EN LA LIQUIDACIÓN DEL ACTIVO FALIMENTARIO

VII-A. En la resolución de apertura de la fase de liquidación.

Si en la Junta de Acreedores no se presenta o no se aprueba un convenio, el Juez, que es quien la preside, dispondrá la liquidación de la masa activa. En este caso el Juez debe *preceptivamente disponer la liquidación.*

Esta constituye la oportunidad natural y la razón más habitual para que se decrete la liquidación, que es el único camino alternativo ante la falta de aprobación de convenio; pero existen también otras etapas del proceso en que puede disponerse y otras causas para solicitarla y resolver acerca de la misma, que a continuación reseñamos brevemente:

1) Cuando el deudor así lo pida en la solicitud de declaración judicial de concurso. Si bien la LUC fue pensada para acreedores que soliciten tempranamente el concurso y por ende pueden – en principio – evitar la liquidación celebrando un convenio concursal, la experiencia demuestra que muchas empresas se presentan tardíamente a solicitar el concurso y, por lo tanto, cuando lo hacen el único camino que resta transitar es el de la liquidación de la masa activa, pues la continuidad de la actividad no es viable.

2) En caso de falta de aprobación judicial del convenio. Se trata del caso en que el convenio fue aprobado por los acreedores pero no logró la aprobación judicial. También en este supuesto es preceptiva la apertura de la fase de liquidación.

3) En caso de incumplimiento del convenio. Constatado el mismo, debe decretarse la liquidación de la masa activa.

4) Cuando, en cualquier estado del procedimiento, así lo soliciten, en la Junta de Acreedores o fuera de ella, acreedores que representen la mayoría de los créditos quirografarios con derecho a voto.

Se prevé asimismo la liquidación anticipada de la masa activa (art. 175).- En efecto, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 174, *en cualquier estado del procedimiento, en la Junta de Acreedores o fuera de ella, acreedores que representen la mayoría de los créditos quirografarios del deudor con derecho a voto podrán resolver la liquidación de la masa activa del concurso en los términos de los artículos 171 a 174.*

107 Bacchi Argibay, Adriana - Ayul Toma, Zamira, "Empresa Viable y Plan de Continuación en la Ley Uruguaya de Concursos y Reorganización Empresarial N° 18.387", ponencia presentada en el "IX Congreso Argentino De Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano De La Insolvencia" – "XI Congreso Iberoamericano De Derecho Concursal", República Argentina, 2015.

El Juez, previa vista al síndico o al interventor y al deudor, dispondrá de inmediato la liquidación en la forma resuelta, transformando al interventor en síndico, si correspondiere.

Mientras que en el caso del art. 174 (identificado en nuestra enumeración con el número 4), acreedores que representen la mayoría de los créditos quirografarios con derecho a voto solicitan al Juez la liquidación; en la hipótesis del art. 175, los mismos acreedores resuelven la misma.

Al preverse una vista al deudor y AC, surge la posibilidad de deducir una oposición, que en definitiva habrá de resolver el Juez. La experiencia ha demostrado que muchos deudores que no quien admitir la realidad que impone la liquidación para evitar mayor destrucción de valor, o que se están beneficiando - de una u otra forma - de la situación concursal, deducen oposición suscitando un incidente que a menudo demora en resolverse mucho más de lo aconsejable y saludable para la preservación de la masa activa y mejor satisfacción de los acreedores cuando la actividad empresarial ya no arroja frutos que permitan, al menos, pagar el pasivo concursal.

VII-B. En la liquidación

De acuerdo al Art. 171 LUC *“En todos los casos se procurará en primer lugar la venta en bloque de la empresa en funcionamiento”*.

La misma se subastará mediante un proceso licitatorio que ha sido regulado por el Decreto 182/009.

En caso de no lograrse la venta en bloque de la empresa en funcionamiento ya sea al contado o a crédito, se procederá a la Liquidación por partes de la masa activa. Corresponderá al síndico presentar a la Comisión de Acreedores o al Juez si no se designó dicha Comisión (que es facultativa) un proyecto actualizado de liquidación, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la resolución judicial que declare desierta la licitación, en el que se determinarán para cada clase de bienes y derechos que integran la masa activa, las reglas particulares conforme a las cuales deberán enajenarse (Art. 174).

Si el proyecto fuera aprobado por la Comisión o por el Juez, la enajenación de los bienes y derechos se ajustará a lo determinado por el síndico. Si no lo fuere o en todo lo no previsto en el proyecto, el síndico procederá a enajenar la masa activa de acuerdo con las reglas previstas por el propio art. 174.-

IL PERIMETRO DEL CONTROLLO GIUDIZIALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO IN ITALIA**Stefania PACCHI**¹⁰⁸

Sommario: 1. Premessa. - 2. La Riforma. Cosa è mutato nell'ordinamento concorsuale italiano. - 3. I poteri del giudice nel fallimento. - 4. I poteri del giudice nel concordato preventivo. La valutazione del piano. - 5. Quali controlli vi sono nel concordato preventivo dopo la riforma? - 6. L'estensione del controllo del giudice: le tesi emerse all'indomani della Riforma. - 7. Come fu letto l'intervento del giudice dal 2005 fino alle S.U. del 2013? - 8. La giurisprudenza dopo le S.U. 1521/2013 - 9. Le sentenze della Cassazione dal 2015 a oggi. - 10. L'evoluzione della disciplina dal 2012 ad oggi. - 11. Le prospettive dopo la Raccomandazione della Commissione Europea e i lavori per una Riforma.

108 Professore Ordinario di diritto commerciale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena.

1. Premessa. La ricerca sui poteri del giudice nell'ordinamento concorsuale italiano dopo alcuni accenni all'assetto degli organi nel fallimento, si incentra sul tema dei controlli giudiziali nel concordato preventivo

2. La Riforma. Cosa è mutato nell'ordinamento concorsuale italiano.

La Riforma fallimentare che si è snodata dal 2005 al 2015 in una serie di interventi normativi, innovando profondamente la "geometria" concorsuale, ha consegnato agli operatori alcuni strumenti per risolvere la crisi di un'impresa, non solo evitando il fallimento, ma conservando, ove possibile, valori. Tutti gli strumenti sono accomunati da una più o meno accentuata negozialità e dal controllo necessario o eventuale, - preventivo, in itinere o successivo - dell'autorità giudiziaria.

Tali strumenti sono: gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis l. fall.), veri e propri contratti stipulati tra il debitore e tanti creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti e sottoposti all'autorità giudiziaria per l'omologazione; il piano attestato di risanamento (art. 67³ lett. d) l. fall), atto unilaterale dell'imprenditore che sarà esaminato dal giudice solo in caso di fallimento, se il curatore eserciti l'azione revocatoria contro gli atti (atti, pagamenti, garanzie) esecutivi del piano, ed, infine, il concordato preventivo procedura concorsuale che, si fonda su una proposta unilaterale dell'imprenditore che ove ritenuta meritevole, in quanto supportata da un piano fattibile che muova da veridici dati aziendali, è capace di realizzare un accordo procedimentalizzato tra il debitore e la maggioranza dei creditori, vincolante anche i dissenzienti, e soggetta al controllo (iniziale, *in itinere* e finale) dell'autorità giudiziari.

La nostra attuale l. fallimentare concentra l'attenzione – sulla scia di orientamenti affermati da tempo nella legislazione dei Paesi europei - sulla prevenzione offrendo la possibilità di interventi sia con strumenti negoziali che, se tempestivamente utilizzati, possono essere efficaci per l'impresa o per l'azienda, sia con una procedura concordataria potenzialmente idonea (concordato preventivo) – grazie allo sfaccettato presupposto oggettivo (lo stato di crisi) – alla conservazione dell'unitarietà dell'azienda.

Per le situazioni scivolate nel dissesto rimane il fallimento, depurato però dalle sanzioni personali, con un'azione revocatoria depotenziata che non costituisce più un cordone sanitario iperprotettivo, con la possibilità di sfruttare con un affitto l'azienda per recuperarne i residui valori aggregati attraverso la liquidazione unitaria – quest'ultima divenuta obiettivo prioritario del curatore – al fine di un miglior soddisfacimento dei creditori e del mercato. Inoltre il fallimento apre la via all'ipotesi concordataria (concordato fallimentare), che costituisce mezzo non solo per concludere con miglior esito la procedura ma anche per rendere possibili investimenti acquistando – a seconda della tipologia e della vocazione del proponente - la procedura o, invece, il complesso aziendale, in entrambi i casi comunque insieme all'impegno di soddisfare i creditori.

3. I poteri del giudice nel fallimento.

Con la Riforma del 2006 il fallimento – la cui conduzione è improntata ai canoni di una rigorosa programmazione - si presenta anche come modello di conservazione riallocativa dei valori aziendali in funzione non dell'occupazione come la legislazione speciale anteriore, ma del più proficuo e rapido soddisfacimento delle ragioni creditorie. La conservazione viene affidata alla liquidazione unitaria, preparata sia dalle misure cautelari (*ex art.15, comma 8, l. fall.*) sia da una fase di conservazione dinamica attuata mediante l'esercizio provvisorio, l'affitto o il conferimento in una società veicolo.

Sono scelte per favorire le quali anche il fallimento viene lambito da una sorta di privatizzazione della liquidazione con l'attribuzione al curatore del ruolo di materiale liquidatore dei beni del fallito e al comitato dei creditori di organo guida nella monetizzazione dei diritti del fallito, seppure sotto il controllo di legittimità del giudice delegato.

La disciplina degli organi incaricati del procedimento fallimentare è racchiusa, nelle sue linee generali, nel Capo II della l. fallimentare. La Riforma fallimentare operata con il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e con il d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169 ha innovato questa materia, in particolare per quanto riguarda le norme sul giudice delegato, sul curatore e sul comitato dei creditori, mutando tanto la funzione di ciascun organo rispetto alla procedura, come il rapporto che adesso intercorre tra essi.

L'espressione «organi», che compare nel titolo di questo Capo, non vuol fare riferimento al fallimento come ente o persona giuridica: essi non esprimono la volontà di un soggetto personificato. Più semplicemente essi sono soggetti incaricati delle diverse attività che nella procedura debbono essere svolte, per raggiungere l'obiettivo del soddisfacimento dei creditori, attraverso la liquidazione del patrimonio e la ripartizione del ricavato.

Negli artt. 23-41 l. fall. vengono disegnati soltanto i compiti tipici di ciascun organo rispetto all'amministrazione del patrimonio fallimentare. In altre norme sparse della legge fallimentare possiamo rinvenire più specifiche previsioni in ordine a poteri o doveri propri di tali soggetti nel fallimento.

Con il termine organi del fallimento si vuole indicare il Tribunale fallimentare, il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori. A ciascuno di essi la legge assegna specifici compiti inerenti alla procedura e relativi alla giurisdizione, all'amministrazione, alla direzione, all'indirizzo e alla vigilanza.

Il nuovo sistema degli organi del fallimento, frutto della riforma del 2006, lascia sostanzialmente immutati i poteri del tribunale fallimentare, ridimensiona sensibilmente i poteri del giudice delegato, conferisce ampia autonomia gestionale al curatore e attribuisce significativi poteri al comitato dei creditori.

La riforma fallimentare del 2006-2007 persegue l'idea di sfruttare ogni residua potenzialità del complesso aziendale, senza per ciò ledere il soddisfacimento dei creditori e al contempo spinge verso una privatizzazione nella gestione della crisi. Ciò importa che il curatore assuma autonomo potere decisionale, che i creditori partecipino alle scelte fondamentali e che il giudice delegato abbandoni la direzione della procedura mantenendone, insieme al comitato dei creditori, la vigilanza. Il giudice risolve le controversie interne al fallimento, vigila sul rispetto della legalità mentre non valuta, come nel passato, la congruenza e la convenienza del soddisfacimento dei creditori.

Che il giudice faccia il giudice e non il gestore del procedimento, dice il riformatore.

Il curatore è autonomo sia dal giudice delegato, sia dal fallito, sia dai creditori. Questi ultimi tengono oggi in mano «il timone del comando»: determinano la stabilità dell'incarico affidato al curatore, potendo la maggioranza di essi (chiusa l'adunanza e prima della dichiarazione di esecutività dello stato passivo) chiederne la sostituzione oltre che, in ogni tempo, proporne la revoca; autorizzano le operazioni di straordinaria amministrazione; approvano il programma di liquidazione; esprimono parere vincolante sulla continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa e ne possono determinare l'interruzione.

4. I poteri del giudice nel concordato preventivo. La valutazione del piano.

Il passaggio dalla disciplina concordataria del 1942 a quella del 2005, segnando l'emersione di una forte impronta privatistica, ha posto al centro dei dibattiti un tema: quello relativo ai poteri del giudice in sede di esame della proposta di concordato. La visione privatistica si è contesa il campo con quella pubblicistica. I toni sono stati accesi perché al fondo vi è la contesa del "controllo sul mercato".

Sono molteplici i profili normativi incisi dal Legislatore che hanno concorso all'emersione di questo tema:

A) la legge ha sostituito il presupposto oggettivo dello stato d'insolvenza con lo stato di crisi che può comprendere il primo ma che può anche declinarsi in misura assai lieve o di solo pericolo d'insolvenza. L'esistenza di una crisi implica una possibilità dinamica di cambiamento. E' il giudice che deve indagare in sede di ammissione l'esistenza di questo presupposto insieme a quello soggettivo (di soggetto fallibile).

B) la riforma ha caratterizzato il concordato preventivo per il fatto di poter poggiare su una proposta flessibile per: **1)** il percorso (liquidativo o di continuità); **2)** le modalità di soddisfacimento ("anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari o titoli di debito"); **3)** l'entità del soddisfacimento anche se oggi (dopo l'intervento della L. 132 del 2015) la proposta "deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari". Tale previsione non si applica però al concordato con continuità aziendale.

C) Nella disciplina del '42 il giudice, già in sede di ammissione (art. 162, co.1) doveva valutare la rispondenza della proposta alle condizioni elencate nell'art. 160, co. 2, il quale indicava in ogni caso un giudizio prognostico sia sulla serietà e sufficienza delle garanzie offerte, sia sul valore dei beni ceduti, rispetto al risultato di pagare almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari. Si trattava di un'incursione valutativa extragiuridica sulla realizzabilità della proposta, in funzione dell'obbiettivo del pagamento di almeno il quaranta per cento.

Oggi queste valutazioni sono rimesse al professionista indipendente, "iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b)", designato dal debitore ed è sull'attestazione resa da tale soggetto che si dipana il tema dell'intensità del controllo del giudice.

Dopo il 2005 abbiamo un giudizio di omologazione dal quale viene espunto il giudizio di convenienza e quello di meritevolezza (che nella vecchia disciplina era anticipato e riassunto nella verifica di certi requisiti di ammissione).

D) "Viene abbandonata l'impostazione che poggiava sulla presenza invasiva dell'organo giudiziale nella stessa fase di gestione delle procedure e che incarnava la cifra marcatamente eteronoma del sistema concorsuale, pensato in funzione protettiva degli stessi creditori, evidentemente ritenuti incapaci di tutelare autonomamente i propri interessi" (Vella).

E) "L'equilibrio degli interessi tra debitore e creditori viene affidato all'autonomia delle parti, piuttosto che alla tutela del giudice, il quale in linea con i principi del giusto processo (abrogazione iniziativa d'ufficio a fronte, però, di una costante presenza del P.M. già in fase preconcordataria), guadagna una posizione di maggiore terzietà, essendo tendenzialmente destinato ad intervenire solo laddove accordi e negoziazioni *inter partes* falliscano" (VELLA).

5. Quali controlli vi sono nel concordato preventivo dopo la riforma?

Nell'esposizione dei controlli che si incontrano nella disciplina del concordato preventivo occorre distinguere quelli che intervengono: **a)** nella fase di presentazione del piano e della proposta; **b)** nella fase di ammissione; **c)** nella fase concordataria; **d)** nell'omologazione.

a) Nella fase di presentazione del piano e della proposta: (se si sta depositando domanda corredata di piano, proposta e documentazione richiesta dalla legge) il controllo è effettuato dall'attestatore nominato dal debitore. Si tratta di un controllo sulla fattibilità del piano e costituisce:

1) un valido ausilio tecnico per il tribunale, chiamato a operare, nella fase di ammissione, in tempi ristretti e senza altri organi giudiziari di supporto, consentendogli quella funzione di filtro rispetto all'ammissione a concordati privi di serietà al fine di proteggere i creditori dagli incisivi effetti pregiudizievoli che derivano dall'art. 168 l.f.;

2) la prima base informativa, poi verificata e integrata dalla relazione del commissario giudiziale, per una corretta e consapevole manifestazione di voto dei creditori.

a) Se siamo nella fase di preconcordato (o concordato in bianco o con riserva di presentazione del piano, della proposta e della documentazione) i controlli vengono svolti dal precommissario e dal giudice ed hanno come principale oggetto da una parte l'attività gestionale del debitore (anche attraverso le relazioni periodiche da questi presentate) e dall'altra quella svolta per giungere alla presentazione del piano e della proposta.

b) nella fase di ammissione di un concordato "pieno" (corredato da piano, proposta e documentazione): spetta al tribunale (art.163) verificare: 1) l'esistenza dei presupposti oggettivo e soggettivo; 2) l'esistenza di un piano che conduca alla soddisfazione dei creditori; 3) la regolare formazione delle classi, se sono state costituite; 4) la presenza della relazione giurata di un professionista circa il valore di mercato dei beni sui quali insiste il privilegio, pegno o ipoteca del creditore al quale si propone un soddisfacimento non integrale; la 5) completezza e regolarità della documentazione. Si tratta di un primo controllo sulla legittimità di una domanda di procedura concorsuale limitativa dei diritti dei creditori (dalla data di presentazione della domanda scatta il blocco delle azioni esecutive) e sull'informazione resa.

c) nella fase concordataria: è il commissario giudiziale che vigila sull'attività condotta dal debitore e redige una relazione "particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori" (art. 172 l. fall.). La fase concordataria vede anche la partecipazione dei creditori all'adunanza (che culmina nella votazione) in seno alla quale "ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o convenienti le proposte di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti".

d) nell'omologazione: è il tribunale che, una volta raggiunta la maggioranza richiesta per l'approvazione del concordato, fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale che, dieci giorni prima dell'udienza, deve depositare il proprio parere motivato. In mancanza di opposizioni (che possono essere presentate da un creditore dissenziente di classe dissenziente o da tanti creditori dissenzienti che rappresentino almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto), il tribunale verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato potendo anche ricorrere al *cram down*.

Per completezza dobbiamo, però, segnalare che il controllo del giudice permea la procedura in

tutte le sue fasi dovendo anche considerare il suo intervento anche:

1) nella fase delle votazioni, dove il giudice delegato decide sui crediti contestati, sia pure ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze *ex art. 175*;

2) nelle fasi eventuali dei sub-procedimenti autorizzatori previsti per finanziamenti e pagamenti di crediti anteriori (art. 182-*quinquies*, co. 1 e 4), sospensione o scioglimento dai contratti (art. 169-*bis*) e atti di straordinaria amministrazione, di competenza del tribunale nel concordato (art. 161, co. 7) e del giudice delegato dopo l'apertura della procedura (art. 167 l.f.);

3) nella fase eventuale della revoca dell'ammissione, *ex art. 173*;

4) nella fase esecutiva, con i subprocedimenti eventuali di risoluzione o annullamento.

6. L' estensione del controllo del giudice: le tesi emerse all'indomani della Riforma.

Dai punti elencati (**a, b, c, d**) ricaviamo che si tratta di un controllo di ammissione funzionale alla verifica dell'esistenza dei presupposti oggettivo e soggettivo e della regolarità della domanda, della proposta e della documentazione; eventualmente della correttezza del classamento. Si tratta di controlli di legittimità. Soltanto nel concordato in bianco (o con riserva) si potrà parlare anche di un controllo (del commissario giudiziale) di merito, sull'attività gestoria e sulla preparazione della proposta.

In fase di ammissione il tribunale ha il potere-dovere di respingere la domanda allorquando essa risulti priva della necessaria chiarezza e completezza (ad esempio, perché lacunosa in uno o più dei suoi aspetti essenziali, a cominciare dalle modalità e dai tempi di pagamento dei creditori) ovvero manifestamente inattendibile o contraddittoria alla luce delle premesse da cui muove rispetto alle conclusioni cui perviene (ad esempio, perché il piano si fonda sulla presenza, all'interno del patrimonio del debitore, di beni che *per tabulas* risultano di terzi, o di beni descritti come liberi da vincoli che in realtà non lo sono). E ciò vale, *a fortiori*, quando il tribunale si trovi di fronte ad una proposta del tutto aleatoria, come nel caso di piani il cui successo dipenda in misura prevalente dall'esito vittorioso di giudizi pendenti, o addirittura non ancora promossi, e non già dall'esistenza di crediti certi, liquidi ed esigibili.

Deve inoltre essere considerata inammissibile ove poggi su dati aziendali «in sé e per sé non veritieri e comunque errati o non attendibili» e ciò emerga *per tabulas* dalla documentazione agli atti del procedimento o sia in contrasto con disposizioni di legge - vedi sul punto così App. Torino, 20 luglio 2009, in Fallimento, 2010, p. 961 (In dottrina, AMBROSINI).

Ancora il tribunale dichiarerà inammissibile il ricorso quando la relazione del professionista appaia inidonea ad assolvere alla funzione "certificativa" cui è diretta. Il Tribunale deve accertare la coerenza e l'eshaustività della relazione, che deve, da un lato, fornire ai creditori tutte le informazioni necessarie all'espressione di un consenso realmente consapevole e informato dall'altro, contenere un giudizio di fattibilità nel senso proprio del termine (AMBROSINI).

"Ne discende che resta fermo l'assunto in base al quale lo scrutinio giudiziale in sede di ammissione alla procedura attiene (ed è circoscritto) essenzialmente all'esistenza della relazione del professionista attestatore e alla qualità delle informazioni fornite ai creditori (...)" rientrando tra queste anche la correttezza metodologica della attestazione.

In giurisprudenza già Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, (Est. Bernabai), evidenziava che «In tema di omologazione del concordato preventivo, sebbene, nel regime conseguente all'entrata in vigore del d.lg. 169/2007, al giudice sia precluso il giudizio sulla convenienza economica della

proposta, non per questo gli è affidata una mera funzione notarile di regolarità formale, per effetto della quale gli sarebbe preclusa la possibilità di intervenire a tutela dell'interesse pubblico a che il governo della crisi dell'impresa non sia piegato a utilizzazioni improprie, come nei casi di vizio genetico della proposta accertabile in via preventiva, e non sanabile dal consenso dei creditori, di radicale e manifesta inadeguatezza del piano per sopravvalutazione di cespiti patrimoniali o indebita pretermissione, o svalutazione, di voci di passivo, non rilevata *ab initio* nella relazione del professionista».

Dalle norme introdotte e anche da quelle lasciate inalterate dal riformatore del 2005 si ricavava, secondo un'impostazione, una forte restrizione del potere del giudice che avrebbe potuto effettuare soltanto un controllo sul deposito dei documenti redatti in funzione della procedura e sulla loro regolarità formale con esclusione di un controllo sulla fattibilità del piano¹⁰⁹.

Secondo un'altra posizione che faceva leva sull'oggetto della verifica giudiziale («la completezza e la regolarità della documentazione»), invece, il giudice, pur non potendo sindacare la proposta nel merito, avrebbe potuto tuttavia controllare la fattibilità del piano mediante una verifica della relazione dell'esperto di cui all'art. 161, comma 3. Secondo questa tesi il giudice avrebbe potuto accertare la serietà, la completezza e lo svolgimento argomentativo anche secondo i canoni della scienza aziendalistica¹¹⁰.

Il decreto correttivo del 2007 interveniva sull'art. 162 riformulandolo integralmente e recependo una prassi applicativa virtuosa adottata da alcune corti di merito per non respingere una proposta di concordato sol perchè accompagnata da documentazione insufficiente.

Il comma 1 dell'art. 162 l. fall.. adesso sancisce che: «Il tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti», aprendo ad un colloquio tra imprenditore e giudice ed introducendo una sorta di potere di indirizzo del tribunale che può chiedere al debitore di arricchire o ritoccare la proposta e al professionista di integrare o meglio chiarire la propria relazione sulla fattibilità del piano.

Tale norma potrebbe anche legittimare una lettura favorevole ad un controllo giudiziario nel merito. Come è stato scritto «Probabilmente il legislatore del 2007 non aveva l'esatta percezione delle conseguenze che l'intervento sull'art. 162 avrebbe potuto provocare. Il decreto correttivo, infatti, cercava di completare e levigare la disciplina del concordato preventivo » .

In seguito all'intervento del decreto correttivo del 2007, riformulando integralmente l'art 162 e recependo una prassi applicativa virtuosa adottata da alcune corti di merito - per non respingere una proposta di concordato sol perché accompagnata da documentazione insufficiente - «Il

109 In tal senso, molte fra le prime pronunce giurisprudenziali: Tribunale Torino, 16 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 559; Tribunale Firenze, 8 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 5, 608; Tribunale Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, 56; Tribunale Treviso, 15 luglio 2005, *ivi*, 63; Tribunale Milano, 13 luglio 2006, in *Fallimento*, 2007, 110; Tribunale Milano, 17 marzo 2006, in *Fallimento*, 2006, 729; Tribunale Milano, 9 febbraio 2007, in *Fallimento*, 2007, 1218; Tribunale Milano, 16 febbraio 2007, *ibidem*, 548; Appello Torino, 19 giugno 2007, *ibidem*, 1315. Nel senso, invece, che il tribunale potesse esercitare anche un controllo di merito sulla fattibilità del piano proposto dal debitore concordatario: Tribunale Salerno, 3 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2006, 3, 559 e in *Fallimento*, 2005, II, 1297; Tribunale Sulmona, 19 gennaio 2006, in *Fallimento*, 2006, 5, 608; Tribunale Roma, 8 marzo 2006, in *Dir. e prat. Fall.*, 2006, 54; Tribunale Roma, 20 dicembre 2005, in *Merito*, 2006, 22.

110 Tesi formulata da BOZZA, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173 ult. Parte della l. fall. entare*, in *Fallimento*, 2007, 685; VACCHIANO, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2007, 1321; MANDRIOLI, *Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*, *ibidem*, 1221; PENTA, *Il controllo del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell'attività d'impresa*, *ivi*, 2008, 84.

tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti». Questa norma apre indubbiamente ad un colloquio tra imprenditore e giudice introducendo una sorta di potere di indirizzo del tribunale che può chiedere al debitore di integrare la proposta e al professionista di perfezionare la relazione attestativa sulla fattibilità.

In seguito a questo intervento normativo, vi è stato chi ha ritenuto che il dialogo tra l'imprenditore e l'autorità giudiziaria possa scivolare dalla regolarità formale della domanda al merito facendo riacquistare al giudice un ruolo che sembrava perduto.¹¹¹

L'interpretazione corretta del comma 1 dell'art. 162 può in verità condurre alla riconduzione ad unità del nuovo sistema: il giudice è garante della regolarità dell'atto processuale e del procedimento e quindi il suo intervento nella fase di ammissione rientrerebbe nel ruolo assegnatogli dalla riforma che nel contempo vuole favorire la composizione concordataria delle crisi.

In sostanza l'art. 162, nel I comma, consentirebbe «un'esternazione anticipata e non traumatica del controllo sulla regolarità della domanda al fine di consentire alla parte di apportarvi correzioni». Secondo questa impostazione anche l'eventuale rappresentazione da parte del giudice di carenze sostanziali del piano che potrebbero impedire il successo dell'operazione, riconducendosi ai poteri che gli sono assegnati in caso di opposizione all'omologazione, non sarebbe da leggere come valutazione del merito «atteso che si tratta – alla luce del nuovo art. 180 l. fall. – di una valutazione attribuita alla competenza del giudice e che, se espressa in sede di controllo di completezza, consente al proponente di depositare un piano omologabile».

Il giudice «legge», esamina cioè preliminarmente il piano, valuta gli obiettivi assunti, esamina la documentazione e riscontrando carenze del primo e/o omissioni nella seconda, decide di concedere un termine per l'integrazione di entrambi? Oppure può concedere tale termine solo su richiesta del debitore che voglia introdurre nuovi elementi nel piano supportandoli da idonea

111 All'indomani del decreto correttivo (d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169) si considerava «definitivamente accantonato» «il disegno del legislatore del 2006 di eliminare il controllo del giudice sul merito della proposta concordataria» (PANZANI, Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali (prima parte), in *Quotidiano Giuridico/Ipsa*, settembre, 2007, 1; sulla stessa linea SCARAFONI, Il giudizio di ammissione al concordato preventivo: riflessioni sul decreto legislativo correttivo della l. fall. entare, in *Dir. fall.*, 2007, I, 914-915, dichiarando che è «del tutto tramontato il tentativo d'attribuire alla relazione del professionista una funzione sostitutiva della valutazione di merito del giudice»; BONFATTI - CENSONI, Le disposizioni correttive e integrative della riforma della l. fall. entare, Padova, 2008, 79; In senso contrario, però, AMBROSINI, Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione, XI, 1, diretta da COTTINO, Padova 2008, 72 secondo il quale il disegno tracciato nel d.l. n.35 del 2005 è stato confermato, ciò desumendo dalla Relazione Illustrativa al correttivo che spiega le modifiche all'art. 163 per esigenze di coordinamento con l'art. 162 e non enuncia, invece, una inversione di rotta circa i poteri del tribunale. La Relazione enuclea il comma 1 («Il tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti») nell'ambito della inammissibilità della proposta senza addentrarsi in una illustrazione della norma in se'; JACHIA, Il concordato preventivo e la sua proposta, in FAUCEGLIA - PANZANI (diretto da), Fallimento e altre procedure concorsuali, 3, cit., 1616-1617; Fauceglia, Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico, in *Dir. fall.*, 2008, II, 573. Sul dialogo tra giudice e debitore che implicherebbe un esame approfondito del piano e dei dati aziendali da parte del tribunale, cfr. AZZARO, Concordato preventivo e autonomia privata, in *Fallimento*, 2007, 1267. Su questa linea, in giurisprudenza, Tribunale Bari, 25 febbraio 2008, in *Fallimento*, 2008, 682 sostanzialmente sulla medesima linea delle sue pronunce ante-correttivo: Tribunale Bari, 7 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 52 e Tribunale Bari, 21 novembre 2005, *ibidem*, 222. In senso contrario Fauceglia, Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico, cit., 576, secondo il quale questo dialogo non si traduce in un maggiore coinvolgimento del giudice.

documentazione o anche solo rafforzare la documentazione che gli appaia, *melius re perpensa*, lacunosa?

7. Come fu letto l'intervento del giudice dal 2005 fino alle S.U. del 2013?

Prima dell'intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite nel 2013 non vi era uniformità di orientamenti tra gli interpreti sulla natura e sull'intensità di tale controllo.

Un primo orientamento escludeva qualsiasi sindacato sostanziale sulla fattibilità del piano da parte del giudice e ammetteva soltanto un controllo formale sulla completezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda (c.d. controllo di legalità formale o controllo documentale).

Nettamente contrapposto al primo, un secondo orientamento attribuiva al tribunale il potere di effettuare un vero e proprio giudizio di merito sulla fattibilità del piano, anche attraverso la verifica diretta della correttezza del giudizio di fattibilità formulato dall'asseveratore (c.d. controllo di merito).

Una tesi intermedia, poi, attribuiva al professionista attestatore il giudizio sulla veridicità dei dati e sulla fattibilità del piano, e al tribunale un controllo indiretto sulla coerenza, logicità e completezza della relazione del professionista (c.d. controllo di legittimità sostanziale).

Le conseguenze dell'adesione all'uno o all'altro orientamento erano (e sono tuttora) rilevanti.

Da un lato, i fautori del c.d. controllo di merito ritenevano che il giudice potesse acquisire direttamente i dati aziendali e confrontarli con quelli contenuti nell'attestazione per pervenire ad un autonomo giudizio sulla veridicità degli stessi e sulla fattibilità del piano.

Dall'altro, i sostenitori del c.d. controllo di legittimità sostanziale limitavano il sindacato del giudice alla verifica dell'idoneità della documentazione prodotta e, in particolare, dell'attestazione a garantire una decisione informata e consapevole dei creditori sulla proposta di concordato in sede di votazione¹¹².

Proprio partendo da quest'ultimo orientamento, iniziava a delinearsi tra gli interpreti l'idea che il legislatore avesse inteso stabilire una precisa suddivisione delle competenze all'interno della procedura di concordato preventivo:

1) da un lato l'attestatore, in possesso di specifici requisiti di terzietà e professionalità, cui spetta esprimersi sulla veridicità dei dati contabili e sulla fattibilità del piano nella relazione *ex art.* 161, terzo comma;

2) dall'altro il tribunale, cui compete la verifica della completezza e logicità della relazione e il giudizio sulla idoneità della stessa a consentire ai creditori di esprimere un voto informato e consapevole;

112 In giurisprudenza, Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, (Est. Didone); Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, (Est. Fioretti), con nota adesiva di FABIANI e nota critica di BOZZA; App. Roma, 18 settembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, 1, II, 18, con nota di FAUCEGLIA; App. Torino, 20 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 961; App. Milano, 4 ottobre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 317; App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fallimento*, 2007, 1315; Trib. Milano, 10 marzo 2010, in *Fallimento*, 2010, 743; Trib. Milano, 9 febbraio 2007, in *Dir. e prat. fall.*, 2007, 51; Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 570; Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2005, 1402; Trib. Ancona, 13 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2005, 1405. Contra, App. Bologna, 30 giugno 2006, in *Fallimento*, 2007, 470; Trib. Cagliari, 12 marzo 2009, in *Dir. fall.*, 2010, 3-4, 304; Trib. Milano, 2 ottobre 2006, in *Fallimento*, 2007, 331; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, 56; Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 793; Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 1297.

3) infine, il commissario giudiziale, che nelle relazioni ex artt. 172 e 180 deve pronunciarsi sulla fattibilità del piano per offrire ai creditori una lettura indipendente dello stesso e consentire loro di ponderare attentamente le conseguenze del voto.

Allo stesso tempo, era poi generalmente ammesso che una volta determinata l'ampiezza del sindacato giudiziale nella fase dell'ammissione del debitore al concordato preventivo, le medesime conclusioni dovessero valere anche per le fasi successive della procedura e, soprattutto, per la fase di omologazione del concordato.

Sempre secondo tale orientamento, proprio nella regolazione della fase di omologa sarebbe emersa la volontà del legislatore di limitare il giudizio del tribunale alla verifica della regolarità della procedura e dell'esito della votazione. Ciò sarebbe dimostrato dal dispositivo dell'art. 180, che esclude qualsivoglia sindacato giudiziale sul merito della proposta, fatto salvo il caso in cui la convenienza della stessa sia contestata da parte di creditori appartenenti ad una classe dissenziente ovvero - a seguito della recente riforma e nel caso in cui non siano formate classi - da parte di creditori dissenzienti che rappresentino il venti per cento dei crediti ammessi al voto.

Solo in questi casi, pertanto, il Tribunale sarebbe autorizzato a valutare la convenienza della proposta di concordato (rispettivamente, per la classe dissenziente cui appartiene il creditore opponente ovvero per i creditori oppositori rappresentanti la percentuale richiesta dalla legge)¹¹³. L'orientamento da ultimo illustrato è stato dapprima accolto dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 21860 del 25 ottobre 2010 (Est. Fioretti) e, successivamente, confermato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite n. 1521 del 23 gennaio 2013.

In primo luogo - affermano le S.U. - la «fattibilità» non va confusa con la «convenienza» della proposta, quest'ultima certamente sottratta al sindacato del giudice e riservata all'apprezzamento dei creditori. «Fattibilità» significa, infatti, «prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati».

Tale prognosi può riguardare la «fattibilità giuridica» o la «fattibilità economica» del piano di concordato.

Il controllo sulla «fattibilità giuridica» spetta senza dubbio al tribunale, che effettua un sindacato diretto e non di secondo grado sul piano volto a verificare la compatibilità delle modalità attuative ivi previste con le norme di legge inderogabili.

Più delicato, di contro, è il sindacato sulla «fattibilità economica» del piano, in quanto giudizio prognostico che presenta margini di opinabilità e possibilità di errore.

113 In giurisprudenza, Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, (Est. Cultrera); Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, (Est. Fioretti), che ha valorizzato il ruolo di "eccezione alla regola" della disposizione di cui all'art. 180, quarto comma, e affermato che dall'attuale formulazione dell'art. 180 si evince chiaramente che «la decisione in ordine alla convenienza del concordato spetta esclusivamente ai creditori», mentre «al Tribunale, in assenza di opposizioni, spetta il solo potere di verificare che la procedura si sia svolta regolarmente e se il concordato è stato effettivamente approvato dalla maggioranza». Il Tribunale, infatti, può aprire una istruttoria ed entrare nel merito della convenienza del piano solo su istanza di un creditore appartenente ad una classe dissenziente, ma «giammai potrebbe procedervi d'ufficio». Si v. inoltre, nella giurisprudenza di merito, App. Roma, 18 settembre 2010, (nt. 3), 21; Trib. Mondovì, 6 marzo 2009, in Dir. fall., 2010, 3-4, 304. Contra, VITIELLO che ritiene che al tribunale compete verificare, oltre il raggiungimento delle maggioranze e la legalità della procedura, la rispondenza dell'accordo agli interessi generali, con particolare riferimento all'attuabilità del piano; e, in giurisprudenza, Trib. Roma, 22 gennaio 2009, in Nuovo diritto delle società, 2010, 2, 67; Trib. Bari, 25 febbraio 2008, in Fallimento, 2008, 682; Trib. Pescara, 16 ottobre 2008, in Giur. merito, 2009, 1, 125, con nota di D'ORAZIO; Trib. Milano, 24 aprile 2007, (nt. 1), 1443.

Proprio la maggiore opinabilità e incertezza rendono opportuno che siano i creditori a esprimere tale giudizio una volta ottenuta completa informazione sul punto, in qualità di soggetti direttamente interessati dal piano e dalla proposta concordatari.

Ciò chiarito, resta da affrontare la questione fondamentale che si pone nell'applicazione pratica di tali principi, che è la seguente: esiste un limite al principio dell'insindacabilità della «fattibilità economica» da parte del giudice? In altre parole, il giudizio sulla «fattibilità economica» è sempre di competenza dei creditori anche in ipotesi limite di assoluta mancanza di fattibilità economica del piano proposto?

Per rispondere a tale interrogativo, le Sezioni Unite affrontano l'indagine della «causa» della procedura di concordato, distinguendo il profilo della «causa in astratto» da quello della «causa in concreto».

Da un lato, la «causa in astratto» del concordato preventivo può individuarsi nella composizione della crisi d'impresa attraverso il soddisfacimento dei creditori, ove possibile attraverso soluzioni idonee a favorire la conservazione dei valori aziendali.

Dall'altro, la «causa in concreto» è l'obiettivo perseguito dalla singola proposta di concordato depositata, che assume concretezza nell'indicazione delle modalità di soddisfacimento dei creditori e, eventualmente, delle percentuali e dei tempi di adempimento.

Non è possibile, secondo le Sezioni Unite, stabilire in astratto i limiti dell'intervento del giudice in ordine alla fattibilità (economica) del concordato, dovendosi avere riguardo alla causa concreta della procedura. Questa sussiste ed è soddisfatta ove sia garantito il diritto dei creditori di votare avendo contezza di tutti i dati a tal fine necessari e ove il piano persegua le finalità del superamento della situazione di crisi dell'imprenditore riconoscendo ai creditori una percentuale pur minima di soddisfazione del credito in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti.

Compito del giudice è, dunque, *in primis*, quello di verificare l'idoneità della documentazione prodotta a fornire gli elementi di giudizio necessari ai creditori per esercitare il proprio voto in modo informato. Ciò deve avvenire attraverso un controllo circa la presenza, l'analiticità, la complessiva coerenza e logicità delle attestazioni di veridicità dei dati e di fattibilità del piano dell'esperto e delle motivazioni poste alla base di tale giudizio.

In secondo luogo, il giudice deve verificare la fattibilità giuridica della proposta e l'effettiva compatibilità di quanto previsto dal piano con le norme inderogabili dell'ordinamento.

Infine, il giudice potrà esprimersi sulla fattibilità economica del piano soltanto in caso di manifesta impossibilità di realizzazione della causa concreta del concordato, intesa come soddisfazione anche minima dei creditori concorsuali nel rispetto dei termini indicati nella proposta. La Suprema Corte risponde, dunque, all'interrogativo sopra prospettato circa la possibilità o meno del giudice di sindacare la «fattibilità economica» del piano di concordato in ipotesi limite di assoluta mancanza di fattibilità economica del piano proposto: solo ove il giudice accerti la manifesta impossibilità di un qualsivoglia soddisfacimento dei creditori concorsuali potrà negare o revocare l'ammissione del debitore alla procedura o l'omologazione del concordato.

Spetta, di contro, ai creditori il giudizio di «convenienza» e, salvo il caso limite di cui sopra, il giudizio sulla «fattibilità economica» della proposta di concordato, rispetto ai quali il tribunale non può anteporre la propria valutazione.

Le Sezioni Unite hanno altresì chiarito che tali conclusioni non valgono soltanto per il giudizio di ammissione alla procedura ex art. 161 e ss., bensì per tutto il corso della procedura e financo per il giudizio di omologa ex art. 180. L'estensione del sindacato giudiziale nelle fasi dell'ammissione, dello svolgimento e dell'omologazione del concordato è, infatti, la medesima e consiste nella verifica della sussistenza iniziale e della successiva permanenza dei presupposti di ammissione alla procedura nonché nell'accertamento della regolarità della procedura per tutta la sua durata¹¹⁴.

D'altra parte, afferma la Suprema Corte, anche le modifiche della l. fallimentare successive al 2005 sembrano confermare al giudice quel ruolo di garante della legalità della procedura. Va in questa direzione, innanzitutto, la previsione di cui all'art. 161, sesto comma, che disciplina la fattispecie del c.d. concordato con riserva di successivo deposito della proposta, del piano e della ulteriore documentazione richiesta dalla legge e che consente al debitore di continuare ad occuparsi della gestione ordinaria della società e di compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione «previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni»; come pure la nuova disciplina di cui all'art. 169 *bis* in tema di contratti pendenti, che prevede la possibilità di sospensione dei contratti in corso ovvero di scioglimento degli stessi previa autorizzazione del giudice; ovvero la già citata previsione di cui al quarto comma dell'art. 180, che estende l'«eccezionale» giudizio di convenienza sulla proposta di concordato da parte del tribunale all'ipotesi di opposizione di creditori rappresentanti il venti per cento dei crediti ammessi al voto, in caso di mancata formazione delle classi.

Nello stesso senso sembrano essere le previsioni di cui all'art. 182 *quinquies* in tema di autorizzazione del tribunale alla sottoscrizione di finanziamenti prededucibili o al pagamento di crediti anteriori per la prestazione di beni o servizi, e di cui all'art. 186 *bis*, sesto comma, in materia di concordato con continuità aziendale, che attribuisce al tribunale un potere di intervento nel corso della procedura ove accerti che «l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori».

Si tratta di norme finalizzate a contemperare la possibilità di un rapido accesso alla procedura di concordato con la presenza di un organo giudiziale, in funzione di garanzia dei creditori, particolarmente necessario in considerazione dell'assenza momentanea di tutti i controlli normalmente previsti. Esse, infatti, non ampliano *tout court* il ruolo del giudice nella procedura, bensì prevedono l'intervento di un organo terzo in funzione di garanzia dei creditori in quelle fasi della procedura introdotte ex novo e caratterizzate dall'urgenza e dall'assenza di altre tipologie di controllo. Lungi dal costituire un rafforzamento del sindacato di merito del tribunale nella procedura, confermano invece la suddivisione di competenze tra giudice e creditori sopra illustrata.

D'altra parte, anche la recente modifica dell'art. 179, secondo comma, sembra confermare che il giudice non ha il potere di interrompere la procedura in caso di mutamento delle condizioni di fattibilità economica del piano.

114 Conf. Cass., 16 maggio 2014, n. 10778, (Est. Di Virgilio), che ha riaffermato «che il controllo di legittimità spettante al giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo» e che tale controllo di regolarità della procedura «comporta necessariamente la verifica della persistenza, sino a quel momento, delle stesse condizioni di ammissibilità procedura, seppure già scrutinate nella fase iniziale, dell'assenza di atti o fatti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca ex art.173 1.f. ed infine, in caso di riscontro positivo di tali condizioni, del rispetto delle regole che impongono che la formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria sia stata improntata alla più consapevole ed adeguata informazione».

Da tempo ci si chiedeva, infatti, per l'ipotesi in cui si fossero verificati eventi idonei a incidere sulla fattibilità (economica) del piano nel periodo intercorrente tra l'adunanza dei creditori e il decreto di omologa, quali fossero le più opportune iniziative a tutela dei creditori e chi fosse competente ad adottarle nell'ipotesi in cui fosse stato evidente che il giudizio dei creditori sulla proposta sarebbe stato diverso se avessero avuto contezza delle mutate prospettive anteriormente all'espressione del voto in adunanza.

Mentre secondo un certo orientamento tali iniziative sarebbero dovute consistere nella revoca dell'ammissione al concordato da parte del tribunale, altri già avevano evidenziato l'opportunità in questi casi di convocare nuovamente l'adunanza dei creditori e di ripetere le operazioni di voto, sul presupposto che solo i creditori hanno il diritto di valutare la rilevanza da attribuire al mutamento delle condizioni della proposta.

Il legislatore, attraverso la nuova formulazione dell'art. 179, secondo comma, ha chiarito che dal mutamento sopravvenuto delle circostanze di fattibilità (economica) del piano proposto ai creditori non possa desumersi, *sic et simpliciter*, la volontà dei creditori di modificare il proprio voto e di interrompere la procedura.

Ne consegue inevitabilmente l'illegittimità dell'eventuale automatica reiezione dell'omologazione da parte del giudice in caso di sopravvenuto mutamento delle circostanze e, al contempo, la non obbligatorietà di una nuova adunanza dei creditori, in quanto - stabilisce la norma in discorso - soltanto i creditori che intendano revocare il proprio voto favorevole o esprimere il proprio voto in luogo dell'eventuale precedente astensione possono e devono costituirsi nel giudizio di omologazione ex art. 180, istando per la reiezione dell'omologazione medesima.

Ciò rappresenta un'importante indicazione circa il ruolo del giudice immaginato dal legislatore nelle diverse fasi del procedimento in discorso, con particolare riferimento al controllo in itinere ex art. 173. E di tale avviso sono anche le Sezioni Unite ove affermano che il dettato normativo dell'art. 179, secondo comma, «esclude incontestabilmente che il tribunale debba avere notizia dell'eventuale mutamento registrato in ordine alle condizioni di fattibilità, il che lascia implicitamente intendere che l'organo giudiziario non dovesse essersene occupato prima, solo così potendosi giustificare la sua indifferenza, rispetto al mutamento di dati altrimenti potenzialmente rilevanti»¹¹⁵.

E' evidente che anche le recenti riforme della l. fallimentare hanno valorizzato il principio di c.d. autotutela informata dei creditori concorsuali, confermando l'indirizzo già seguito del legislatore in occasione dei precedenti interventi riformatori.

8. La giurisprudenza dopo le S.U. 1521/2013.

A seguito della sentenza delle Sezioni Unite, la successiva giurisprudenza di legittimità e di merito si è sostanzialmente attenuta ai principi espressi dalla Suprema Corte.

Se i principi sanciti dai giudici di legittimità sono abbastanza chiari in teoria, più difficile è la loro applicazione in concreto. Si tratta di stabilire quali fatti siano idonei a integrare una assoluta e manifesta irrealizzabilità del piano proposto ai creditori. Risulta, pertanto, particolarmente utile l'analisi della giurisprudenza di legittimità successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite.

115 Così Cass., SS. UU., 3 gennaio 2013, n. 1521. Conf. App. Firenze, 10 febbraio 2014 che ha stabilito che la disposizione di cui all'art. 179, secondo comma, introduce la possibilità di esaminare e sottoporre ai creditori non solo modifiche peggiorative, ma anche migliorative.

Tra le pronunce successive all'intervento delle Sezioni Unite è senza dubbio degna di nota quella di Cass, 9 maggio 2013, n. 11014, (Est. Mercolino), che ha confermato la correttezza della pronuncia della Corte d'Appello di Firenze (3 aprile 2009), che aveva già censurato la dichiarazione di fallimento effettuata dal Tribunale di Lucca a seguito del rigetto della domanda di concordato preventivo proposta dal debitore. La Corte d'Appello aveva già evidenziato, infatti, che «l'ottimismo delle previsioni di vendita degli immobili formulate nella proposta concordataria e nella relazione allegata, pur ponendosi in contrasto con la grave crisi economica in atto, con il crescente immobilismo del mercato immobiliare e con la posizione geografica dei beni, incidesse sulla fattibilità del concordato in termini non già di certezza ma di mera probabilità».

La Suprema Corte, chiamata a valutare la correttezza della decisione dei giudici di secondo grado, ha confermato la decisione della Corte d'Appello, ritenendo che la stessa avesse valutato in modo ponderato i rischi e i vantaggi connessi alla liquidazione concorsuale dei beni aziendali e effettuato un corretto giudizio di merito in ordine all'intrinseca serietà logica della proposta concordataria, procedendo «ad una valutazione delle possibilità di attuazione della stessa, sotto il profilo della concreta realizzabilità delle previsioni di vendita degli immobili e delle connesse prospettive di soddisfacimento dei creditori, poste a confronto con i rischi ai quali questi ultimi sarebbero rimasti esposti in caso di fallimento».

«L'esclusione dell'irrealizzabilità» - ad avviso della Suprema Corte - «è di per sé sufficiente, sotto il profilo logico, a collocare l'attuazione del piano nell'arco delle probabilità astrattamente attingibili dal giudizio di fattibilità, la cui valutazione in concreto costituisce proprio l'oggetto dell'apprezzamento demandato al giudice di merito».

Ciò conferma e contestualizza quanto affermato dalle Sezioni Unite circa i limiti del sindacato del giudice sulla «fattibilità economica», possibile soltanto nel caso in cui emerga manifestamente l'impossibilità di attuare quanto contenuto nel piano concordatario; in caso contrario, il diniego dell'ammissione al concordato si tradurrebbe in un ingiustificato rischio di danno sia per il debitore che per i creditori, ai quali resterebbe preclusa la possibilità di esprimere il loro giudizio in ordine alla proposta e di prestare la propria collaborazione alla riuscita del piano.

Un'altra pronuncia molto interessante in relazione al tema in esame è la sentenza Cass., 6 novembre 2013, n. 24970, (Est. De Chiara), che ha il merito di aver effettuato la valutazione circa i limiti del sindacato giudiziale sulla fattibilità economica del piano di concordato in modo chiaro ed esplicito, analizzando singolarmente i rilievi evidenziati nella relazione finale del commissario, rilievi posti poi alla base della pronuncia del giudice di prime cure.

Nel caso all'esame della Suprema Corte, veniva negata l'omologazione del concordato preventivo in continuità proposto dal debitore e approvato dalla maggioranza dei creditori a seguito della rilevazione *ex officio* della non fattibilità del concordato stesso sulla base dei seguenti elementi, già evidenziati dal commissario giudiziale nel parere motivato di cui all'art. 180, secondo comma: **(a)** la mancanza di impegni cogenti da parte delle banche quanto all'apporto di nuova finanza dopo l'omologazione; **(b)** un deficit patrimoniale di oltre 850.000 Euro registrato nei mesi successivi al deposito del concordato preventivo in discorso, con conseguente perdita del capitale sociale in itinere; **(c)** la mancanza di garanzie circa le dismissioni di due immobili previste dal piano; **(d)** la mancanza di copertura del fabbisogno concordatario nel quinquennio 2011-2015 mediante le risorse previste nel piano.

Già i giudici della Corte d'Appello di Firenze (14 giugno 2012), investiti dell'esame del reclamo proposto dal debitore contro la sentenza che ne aveva dichiarato il fallimento, avevano accolto le

doglianze del debitore censurando l'illegittima valutazione da parte del giudice di primo grado sulla fattibilità del concordato, valutazione riservata ai soli creditori purché compiutamente informati e consapevoli delle criticità relative alla proposta di concordato loro presentata; e nel caso di specie, secondo i giudici di seconda istanza, «non sussisteva alcun deficit di consapevolezza da parte del ceto creditorio al momento della votazione, posto che gli elementi evidenziati dal commissario nel suo parere finale altro non erano che una riconsiderazione delle criticità già riferite in precedenza ai creditori, in particolare evidenziando l'aumento dell'entità dello sbilancio fra attività e fabbisogno concordatario».

Tali censure, devolute poi all'esame della Suprema Corte dal curatore del fallimento, venivano ritenute infondate anche dai giudici di legittimità. In particolare, secondo la Suprema Corte, la mancanza di impegni cogenti da parte delle banche per l'apporto di nuova finanza dopo l'omologazione e di garanzie circa le dismissioni di due immobili evidentemente previste nel piano non sono elementi tali da integrare una assoluta inattitudine del piano a realizzare quanto proposto, in quanto non può escludersi che in futuro si verificano, rispettivamente, apporti di nuova finanza ovvero la vendita degli immobili al prezzo ipotizzato.

D'altra parte, proseguono i giudici, anche i rilievi **sub (b - un deficit patrimoniale) e (d - la mancanza di copertura del fabbisogno concordatario)** non sono tali da escludere in assoluto la fattibilità economica del piano proposto, pur evidenziando un andamento negativo della società debitrice durante la procedura di concordato e sollevando dubbi circa la capacità della stessa di soddisfare il fabbisogno concordatario con le risorse derivanti dalla continuazione della sua attività.

Orbene, è evidente che un piano che si basa su dismissioni di immobili per loro natura incerte nei modi e nei tempi, che evidenzia la mancata copertura del fabbisogno concordatario con le risorse previste dal piano e, al contempo, non prevede impegni circa l'apporto di c.d. nuova finanza, genera comprensibili preoccupazioni circa la capacità di soddisfazione dei creditori indicata nella proposta. Tali preoccupazioni, tuttavia, non devono riguardare il giudice bensì i creditori stessi, ai quali compete la valutazione prognostica circa la realizzabilità del piano e la votazione della proposta.

Alla luce di tale suddivisione di competenze tra i diversi soggetti della procedura, è di tutta evidenza che assume una particolare rilevanza il tema della corretta informazione dei creditori chiamati a valutare la proposta di concordato. Tale aspetto, già compiutamente analizzato dalle Sezioni Unite e illustrato nei precedenti paragrafi, viene esaminato anche nella sentenza citata. In particolare, i giudici di legittimità, nel dichiarare inammissibile - in quanto giudizio di merito già effettuato dalla Corte d'Appello e precluso alla Suprema Corte - le doglianze del commissario circa il difetto di informazione dei creditori prima del voto, riaffermano l'importanza del fatto che la scelta di questi avvenga in un contesto chiaro e privo di asimmetrie informative, nella disponibilità del quadro più completo possibile della proposta che sono chiamati a votare.

Da qui i distinti ruoli del giudice delegato e del commissario giudiziale: il primo ha il compito di verificare la presenza dei presupposti richiesti per l'accesso alla procedura, attraverso un giudizio penetrante sulla principale condizione di ammissibilità al concordato, la relazione dell'attestatore sul piano, nonché di garantire che i creditori siano in condizione di esercitare il proprio voto con cognizione di causa sulla base di una corretta rappresentazione della realtà; il secondo, deve scandagliare il piano e prendere espressamente posizione sulla fattibilità di quanto proposto per fornire ai creditori, nelle relazioni ex artt. 172 e 180, gli elementi di valutazione necessari ad una votazione informata.

Anche la sentenza Cass., 14 marzo 2014, n. 6022, (Est. Cristiano) ha offerto un rilevante contributo nella comprensione dei principi affermati dalle Sezioni Unite.

La Suprema Corte - nel respingere il ricorso presentato dal debitore ammesso al concordato poi omologato ed eseguito, il quale pretendeva la restituzione delle somme ricavate dalla vendita degli immobili eccedenti rispetto alla percentuale di soddisfazione promessa ai creditori - ha ribadito che nel concordato con cessione dei beni l'imprenditore assume l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa e non di garantire il pagamento dei crediti in una misura percentuale prefissata.

Di conseguenza, ha affermato la Corte, «va escluso che in tale tipo di concordato, in cui l'entità del soddisfacimento deriva dal risultato della liquidazione, sul quale non può esservi alcuna preventiva certezza, i creditori che, ciò nonostante, hanno approvato la proposta, possano richiedere la risoluzione nell'ipotesi in cui la somma ricavata dalla vendita dei beni si discosti, anche notevolmente, da quella necessaria a garantire il pagamento dei loro crediti nella percentuale indicata, non potendosi configurare inadempimento rispetto ad un'obbligazione che il debitore non ha assunto». Ciò sembra confermare il principio per cui, anche in presenza di una notevole incertezza sugli esiti del piano presentato dal debitore, il giudice deve astenersi da un giudizio sulla fattibilità del piano e rimettere ai creditori tale valutazione, quali unici soggetti che possono disporre dei propri interessi di credito e votare positivamente un piano concordatario che, seppur incerto, ritengono migliore della alternativa rappresentata dal fallimento.

Di interesse per l'analisi del tema in esame sembra essere quanto affermato da Cass., 23 maggio 2014, n. 11497, (Est. De Chiara) che ha accolto il ricorso proposto dal debitore contro la sentenza di fallimento seguita alla dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato, proprio alla luce di quanto affermato dalle Sezioni Unite in relazione all'impossibilità per il giudice di sindacare la fattibilità economica del piano di concordato.

La Suprema Corte, nel censurare la pronuncia di primo grado in quanto basata sulla valutazione del probabile insuccesso del concordato, ha ricordato che «le Sezioni Unite, con riferimento alla fattibilità economica, individuano un solo profilo su cui si esercita il sindacato officioso del giudice [...]: quello della verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole».

Applicando poi tali principi al caso concreto in esame, i giudici di legittimità hanno rilevato che «sia l'incapacità della proponente di formalizzare l'acquisto - al quale, pure, non si disconosce il diritto - dei cespiti immobiliari, sia la mancata formalizzazione delle garanzie promesse da terzi, sia la ritenuta inattendibilità della valutazione degli immobili in quanto situati in zona agricola, costituiscono ragioni di probabile insuccesso del concordato sulla base di valutazioni di fatto spettanti in via esclusiva ai creditori, dei quali non è posta in discussione la compiuta informazione anche su tutti gli aspetti ad esse relativi; né, essendo basate su valutazioni opinabili, può dirsi che integrino un'assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dalla società debitrice a raggiungere gli obiettivi prefissati di soddisfazione dei creditori».

Tali affermazioni trovano poi ulteriore conferma in numerose altre sentenze di legittimità e merito relative al tema in esame, e sembrano segnare ormai il superamento delle incertezze che

hanno caratterizzato per lungo tempo il tema dei limiti del sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano di concordato anteriormente all'intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite¹¹⁶.

116 Si v. Cass., 4 luglio 2014, n. 15345, (Est. Di Amato) che ha ribadito che «dopo l'approvazione della proposta da parte dei creditori non è consentito al tribunale, e neppure alla corte di appello in sede di reclamo, verificare la probabilità di successo del concordato e non omologarlo quando appaia prevedibile un inadempimento del debitore che legittimerebbe i creditori a chiedere la risoluzione del concordato. [...] Il contrario non può sostenersi neppure ove la verifica del giudice facesse emergere l'inidoneità della proposta a soddisfare i diversi crediti nella misura e nei tempi promessi. [...] Questi ultimi, del resto, ben potrebbero avere accettato non solo il rischio ma anche l'eventualità di essere soddisfatti in una misura ed in tempi diversi da quelli preventivati nella approvata proposta di concordato. [...] In sede di omologazione il sindacato del tribunale, e della corte di appello nell'eventuale giudizio di reclamo, non può estendersi, attraverso una verifica istruttoria, alla probabilità di successo del concordato approvato dai creditori, e l'omologazione non può essere negata neppure quando, a giudizio del tribunale o della corte di appello, sia prevedibile l'inadempimento del concordato»; Cass., 23 maggio 2014, n. 11497 (De Chiara) che ha ribadito che l'unico profilo relativo alla fattibilità economica del concordato su cui il giudice può esercitare d'ufficio il proprio sindacato (fermo il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori con la proposta di concordato e i documenti allegati) è quello relativo alla «verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole (causa in astratto)» e ha censurato la decisione della Corte d'Appello impugnata in quanto «gli elementi sui quali ha basato la decisione d'inammissibilità della proposta di concordato non configurano ragioni d'incompatibilità del piano con norme inderogabili (difetto di "fattibilità giuridica") né d'altra parte evidenziano con chiarezza un deficit informativo per i creditori» quanto piuttosto «dubbi circa la possibilità della società affittuaria di produrre risultati imprenditoriali sufficienti ad assicurare il pagamento del canone d'affitto occorrente al soddisfacimento delle esigenze del concordato, dubbi che finisco per sconfinare nel merito della valutazione di fattibilità economica del piano, sul quale il giudice non può direttamente intervenire»; Cass., 16 maggio 2014, n. 10778 (Est. Di Virgilio); Cass. 30 aprile 2014, n. 9541, (Est. Di Virgilio); Cass., 14 marzo 2014, n. 6022 (Est. Cristiano); Cass., 31 gennaio 2014, n. 2130, (Di Amato); Cass. 25 settembre 2013, n. 21901 (Est. Cristiano); Cass., 27 maggio 2013, n. 13083, (Est. Di Amato) che, pur rigettando il ricorso per le ragioni illustrate infra, ha censurato la decisione della Corte d'Appello in quanto «pur premettendo di non voler sindacare il merito e la convenienza della proposta concordataria, ha svolto valutazioni di convenienza e di fattibilità economica con riferimento alla accettabilità della transazione fiscale da parte dell'amministrazione finanziaria, alla possibilità di vendere la partecipazione sociale nella [...] s.r.l. alle condizioni previste nel piano, alla certezza della realizzabilità della vendita di un ramo di azienda alla s.r.l. [...]»; Cass., 9 maggio 2013, n. 11014, (Est. Mercolino); App. Firenze, 10 febbraio 2014, che ha revocato la sentenza di fallimento pronunciata dal giudice di prime cure a seguito del rigetto dell'omologazione del concordato preventivo proposto dal debitore, ribadendo che «il giudizio di prognosi sulla fattibilità economica del piano - quale appunto quello sulla possibilità di incassare i crediti nei tempi prospettati e di dare soddisfazione ai creditori chirografari nella percentuale indicata - è rimesso esclusivamente alla valutazione dei creditori»; App. Bologna, 7 novembre 2013, che ha accolto il reclamo contro la dichiarazione di fallimento pronunciata dal giudice di prime cure evidenziando l'illegittimità del giudizio di questi sulla fattibilità del concordato proposto dal debitore, in quanto relativo alla «probabilità di successo economico del piano e dei rischi inerenti» e, dunque, esorbitante i limiti individuati dalle Sezioni Unite in tema; Trib. Piacenza, 6 giugno 2014, che in sede di giudizio di omologazione ha rigettato l'opposizione di un creditore - che lamentava una sopravvalutazione dei cespiti immobiliari il cui ricavato era destinato dal piano alla soddisfazione dei creditori, nonché l'assenza di potenziali acquirenti degli stessi, e paventava il rischio di una non realizzabilità del concordato con conseguente fallimento del debitore e perdita di tempo e di valore dei beni aziendali - evidenziando che l'argomento non è condivisibile in quanto, così ragionando, «si dovrebbe concludere che l'attuale crisi generale del settore, come di molti altri, per l'estrema difficoltà della vendita di detti beni, tradizionalmente considerati beni rifugio, impedirebbe qualsiasi concordato il cui oggetto della cessione fossero immobili, difficoltà che non sarebbe comunque evitata anche in caso di fallimento, non trattandosi tanto di una questione di prezzo, quanto di mancanza di domanda»; Trib. Pesaro, 29 maggio 2014; Trib. Prato, 30 aprile 2014, che ha precisato che normalmente il giudizio circa la fattibilità economica del piano di concordato spetta ai creditori, ma che «non può essere rimesso alla decisione della maggioranza dei creditori, con pregiudizio dei dissenzienti, il rischio di fattibilità di un piano i cui margini di opinabilità e di errore siano talmente ampi da inficiarne la ragionevole tenuta e la probabilità di successo. La presenza di opposizioni non muta l'oggetto del giudizio del tribunale, che rimane circoscritto alla fattibilità giuridica, ma determina la necessità di valutare in modo rigoroso la predetta adeguatezza e l'accettabilità del rischio da riversare sui creditori in sede di omologazione». E ha aggiunto, con riferimento alle censure dei creditori opposti in relazione al valore dei beni oggetto di

Si arriva quindi a Cass. 17 ottobre 2014, n. 22045, (Est. Mercolino) la quale, affrontando *ex professo* la questione del sindacato giudiziale sulla fattibilità del concordato, esplicita ancor meglio i limiti entro i quali va esercitato il potere-dovere del giudice di rilevare l'eventuale difetto di trasparenza, congruenza, logicità e realizzabilità del piano.

Nella fattispecie concreta, il giudice di legittimità manda esente dalla censura di violazione di legge (con riguardo agli artt. 160, 161, 162, 163, 172 e 180 l. fall.) la pronuncia con cui il giudice di merito aveva disatteso l'attestazione di fattibilità economica del piano, ritenendo inappaganti, «sotto il profilo della trasparenza», le giustificazioni addotte dal debitore sulla mancata svalutazione dei crediti (nel senso che la relativa riscossione sarebbe stata agevolata dalla cessione dell'azienda), in quanto i creditori non erano stati informati dell'avvenuta cessione del marchio (avvenuta pochi giorni prima della domanda), che avrebbe - in tesi - impedito alla debitrice la prosecuzione dell'attività.

Peraltro, la stessa Cassazione rileva l'erroneità - in fatto - di tale conclusione (poiché la cessione del marchio era avvenuta a favore della stessa società cessionaria dell'azienda, ed era perciò funzionale dell'adempimento degli obblighi assunti verso la cedente concordataria) e di conseguenza, in accoglimento del secondo motivo di ricorso (vizio motivazionale), rileva l'illogicità delle considerazioni che avevano indotto i giudici ad attribuire portata decisiva alla mancata informazione dei creditori sulla cessione del marchio, erroneamente ritenuta idonea ad ostacolare la continuità aziendale e a far quindi apparire improbabile la riscossione integrale dei crediti.

Di qui la conclusione che, sebbene la prospettata continuità aziendale non fosse «sufficiente a giustificare le ottimistiche previsioni di realizzazione dei crediti formulate nella proposta concordataria», tuttavia «l'avvenuta cessione del marchio non poteva essere considerata una circostanza ostativa al perseguimento di tale obiettivo», con la conseguenza che quella mancata comunicazione non integrava un «difetto di trasparenza così rilevante da giustificare l'apprezzamento negativo espresso dalla Corte di merito in ordine alla correttezza dell'informazione fornita ai creditori».

Dalla pronuncia può quindi trarsi la massima che, in tema di ammissione (e di omologazione) del concordato preventivo, fermi restando i controlli specificamente demandati al commissario giudiziale sull'attendibilità delle previsioni concordatarie, il tribunale e la corte d'appello (in sede di reclamo) hanno il potere-dovere di rilevare le eventuali carenze informative della documentazione che correda la domanda, nonché l'incongruenza o contraddittorietà del piano concordatario e della relazione del professionista attestatore, dovendo verificare la correttezza, coerenza e logicità del giudizio di fattibilità del piano, la "possibilità giuridica" di dare esecuzione alla proposta di concordato e l'eventuale inidoneità di quest'ultima, *prima facie*, a soddisfare in qualche misura i crediti, nel rispetto dei termini di adempimento previsti.

Come si può rilevare, pur esprimendosi con i medesimi termini adottati dalle Sezioni Unite (quanto a "causa concreta", "fattibilità giuridica" e valutazione di "inidoneità *prima facie*" della

dismissione, che «non vi è dubbio che la prima contestazione circa l'incertezza del ricavato della vendita costituisca un rischio normale nei concordati con cessione, anche parziale, dei beni e che, una volta accertata l'esistenza ed il valore di perizia del bene, sia giustificato che del medesimo rischio si facciano carico i creditori»; Trib. Modena, 7 aprile 2014, che ha negato l'omologazione di un concordato, pur in assenza di opposizioni, rilevando che fatti sopravvenuti (la risoluzione di alcuni contratti con conseguente iscrizione dei relativi crediti tra quelli prededucibili e aumento del passivo concordatario) avevano determinato l'impossibilità assoluta di soddisfare i creditori chirografari e, in parte, quelli privilegiati, con conseguente sopravvenuta non fattibilità del piano di concordato già positivamente valutato dai creditori; Trib. Roma, 29 gennaio 2014.

proposta) la Suprema Corte, nell'ammettere che i giudici di merito possano pervenire - anche attraverso la valutazione della condotta del debitore - ad una prognosi di (non) fattibilità del piano, per l'irragionevolezza delle previsioni di realizzo dei crediti, sembra accorciare le distanze rispetto al profilo della "fattibilità economica".

Inoltre, pur rimanendo nel solco della "causa concreta" del concordato, inaugurata dalle Sezioni Unite, essa lega l'idoneità della proposta al soddisfacimento dei creditori non più al rispetto dei «tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti», bensì al rispetto dei «termini di adempimento previsti».

La pronuncia lascia dunque trasparire una dilatazione - rispetto alle Sezioni Unite - del controllo giudiziale sulla fattibilità del concordato, poiché: **a)** ammette un sindacato giudiziale sulla fattibilità (anche) economica del piano concordatario, fondato sull'esame non solo della relazione attestativa, ma anche della complessiva condotta del debitore; **b)** consente che, a fronte di un deficit di informazione ai creditori, il giudice non si limiti a rigettare de plano la domanda, ma scenda a sindacare la concreta rilevanza di quel deficit nell'economia dell'iter concordatario, procedendo eventualmente - in via sostitutiva - all'apprezzamento della fattibilità economica del piano concordatario.

9. Le sentenze della Cassazione dal 2015 a oggi.

Nel 2015 la Cassazione è tornata a pronunciarsi circa i limiti del sindacato giudiziale sulla fattibilità del concordato preventivo, puntualizzando, in particolare, il concetto di "fattibilità giuridica".

Si tratta di Cass. 29 gennaio 2015, n. 1726 (Est. Cristiano) la quale afferma, in primo luogo, che si ha una domanda di concordato "deceittiva" - in quanto tale inammissibile, per difetto dei requisiti di cui all'articolo 161, comma 1, lett. a) e b) l.fall. - solo laddove risultino omessi o falsamente rappresentati i dati aziendali sui quali si fondano la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, l'analisi e la stima delle attività e la formazione dell'elenco nominativo dei creditori.

Al contrario, non ha natura deceittiva il piano concordatario che offra un'esatta ricognizione di quei dati, inclusa la ricostruzione completa dei rapporti negoziali dai quali scaturiscono le posizioni creditorie (comprese quelle in ipotesi erroneamente individuate come tali), poiché in tal caso non si ha un deficit informativo pregiudizievole ai creditori, i quali dispongono di tutti gli strumenti per verificare la convenienza della proposta ed esprimere un consenso consapevole ed informato.

In secondo luogo la Corte sottolinea l'essenzialità del controllo giudiziale sulla "fattibilità giuridica" del piano concordatario - intesa come «compatibilità delle modalità di attuazione della proposta con le norme giuridiche vigenti» - in quanto essa costituisce una «imprescindibile condizione di ammissibilità del concordato, la cui mancanza, comportando l'impossibilità di dare esecuzione alla proposta, può e deve essere rilevata dal giudice d'ufficio - in ogni fase del procedimento - indipendentemente dalle preclusioni già verificatesi a carico delle parti».

"In realtà, inquadrando la tematica in una prospettiva di più ampio respiro, non può mancare di osservarsi che, sotto il profilo linguistico, la "fattibilità giuridica" rappresenta una sorta di ossimoro che resterebbe sicuramente "incompreso" nel più pragmatico contesto europeo" (VELLA).

Non sembra quindi da escludere una revisione della fraseologia che ha sinora accompagnato l'indagine ermeneutica su ambito e confini del sindacato giudiziale sulla fattibilità del concordato.

Nel medesimo solco si colloca Cass., 13 marzo 2015, n. 5107 (Est. Ragonesi) secondo cui "La fattibilità del piano è uno dei presupposti di ammissibilità della proposta di concordato preventivo, sulla cui esistenza il giudice è tenuto a pronunciarsi, a prescindere dalle valutazioni espresse al riguardo dal professionista designato dal debitore. Tale sindacato non incontra limiti con riguardo alla cosiddetta fattibilità giuridica - intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili - mentre ai fini della cosiddetta fattibilità economica - intesa come concreta realizzabilità del piano - esso resta circoscritto al riscontro dell'eventuale manifesta ed assoluta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi in concreto prefissati, in relazione alle modalità indicate dal proponente per il superamento della crisi, mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari, in tempi ragionevoli.

Il dovere del giudice di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato non resta escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito di detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano e la sua convenienza, tenuto conto dei rischi inerenti. A tal fine il giudice è però chiamato a verificare la completezza ed affidabilità dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato ed i documenti ad essa allegati, per assicurare una consapevole espressione del loro voto".

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto manifestamente inadeguata la relazione del professionista che non consentiva di individuare l'attivo ricavabile in caso di liquidazione, a causa di una estrema prudenza nelle valutazioni, di una stima solo atomistica dei beni, piuttosto che del complesso aziendale funzionante, ed infine della mancanza di qualsivoglia riferimento alla possibilità di esperire eventuali azioni risarcitorie o revocatorie.

Anche nel 2016 la Cassazione (Cass. 12 agosto 2016, n. 17079, Est. Di Virgilio), tornando sul tema della fattibilità, ha ripreso i capisaldi delle Sezioni Unite. Si trattava di una fattispecie di concordato con cessione dei beni, dinanzi alla quale la Corte di merito aveva confermato il decreto impugnato, la cui prognosi negativa in ordine all'esito della nuova proposta concordataria si fondava sulla ritenuta manifesta inadeguatezza ed illogicità della relazione dell'attestatore, il quale aveva ommesso di spiegare perché un piano, fondato sulla cessione dei beni agli stessi soggetti che non erano stati in grado di acquistarli nel corso di un precedente concordato, potesse trovare realizzazione pochi mesi dopo l'esito negativo di quest'ultimo.

La Cassazione ha affermato che "Nel concordato preventivo, il giudice deve controllare la legittimità del giudizio di fattibilità della proposta concordataria, competendo, invece, esclusivamente ai creditori la valutazione della probabilità di successo economico del piano e dei relativi rischi. Il controllo, da effettuarsi in tutte le fasi in cui si articola la procedura, si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, priva di contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, e dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori".

Andando a scavare nell'opera dell'attestatore Cass. 12 agosto 2016, n. 17079, (Est. Di Virgilio) ha statuito che "In tema di relazione del professionista ex art. 161 L.F., allo scopo di porre i creditori in condizione di esprimere un consenso informato è necessario che l'attestatore, non

solo verifichi, valuti ed attesti, ma anche riferisca le sue fonti conoscitive e descriva i controlli specificatamente effettuati per giungere alle proprie conclusioni, che comunque non può esprimere in forma dubitativa o apodittica.” Nella specie, i dati utilizzati dal professionista erano stati semplicemente recepiti sulla base di quanto indicato dalla società debitrice e nessun elemento di giudizio era stato fornito per porre i creditori in grado di valutare l'effettiva realizzabilità dei crediti, costituenti la voce principale del fabbisogno concordatario.

Anche Cass., 14 settembre 2016, n. 18091 (Est. Didone), si è soffermata sulla funzione dell'attestazione e sul controllo del giudice stabilendo che “Il professionista attestatore, come professionista indipendente, svolge funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice ed all'attestazione deve essere attribuita la funzione di fornire dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall'interno, elementi tutti che sarebbero altrimenti acquisibili esclusivamente soltanto tramite un consulente tecnico nominato dal giudice.

Da ciò va tratta la conseguenza per la quale va escluso che destinatari naturali della funzione attestatrice siano soltanto i creditori e, viceversa, che il giudicante ben possa discostarsi dal relativo giudizio, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario.

E' certo, peraltro, che il controllo del giudice non è di secondo grado, ossia destinato realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato del professionista, potendo invece estendersi sino alla verifica del collegamento effettivo fra i dati riscontrati ed il conseguente giudizio.

Saldamente ancorata a S.U. 1521/2013, Cass. 18091/2016 ribadisce che nel concordato preventivo, al giudice compete di verificare la fattibilità giuridica del concordato e quindi esprimere un giudizio negativo in ordine all'ammissibilità quando determinate modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili, mentre, laddove entrino in discussione gli aspetti relativi alla fattibilità economica, di ogni rischio si fanno esclusivo carico i creditori, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto.

La proposta di concordato preventivo deve necessariamente avere ad oggetto la regolazione della crisi, la quale a sua volta può assumere concretezza soltanto attraverso le indicazioni delle modalità di soddisfacimento dei crediti (in esse comprese quindi le relative percentuali ed i tempi di adempimento), rispetto alla quale la relativa valutazione (sotto i diversi aspetti della verosimiglianza dell'esito e della sua convenienza) è rimessa al giudizio dei creditori, in quanto diretti interessati. Giudizio che presuppone che i creditori ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni, incumbenti che assumono un ruolo centrale nello svolgimento della procedura in questione ed al cui soddisfacimento sono per l'appunto deputati a provvedere dapprima il professionista attestatore, in funzione dell'ammissibilità al concordato (art. 161 l.f.), e quindi il commissario giudiziale prima dell'adunanza per il voto (art. 172 l.f.)”.

Sulla fattibilità giuridica della proposta come presupposto di ammissibilità della proposta anche Cass., 20 dicembre 2016 n. 26329 (Rel. Terrusi).

10. L'evoluzione della disciplina dal 2012 ad oggi.

Dal 2005 ad oggi ne è passata di acqua sotto il ponte del concordato preventivo. Vi sono stati frequenti e importanti interventi legislativi: da un lato quello che ha introdotto una disciplina *ad hoc* per il concordato in continuità (d.l. 83/2012 convertito con modificazioni nella legge 134/2012) e, dall'altro quello che ha inserito (d.l. 69/2013 conv. Nella L. 98/2013) il

preconcordato. Di conseguenza abbiamo assistito ad una intensificazione – direi a una pervasività - delle attestazioni/autorizzazioni, e all'introduzione della figura del commissario fin dalla fase del preconcordato.

C'è chi ha letto negli interventi che si sono succeduti a partire dal 2012 una sorta di controriforma con la quale il legislatore avrebbe valorizzato il ruolo dell'organo giudiziario, attribuendogli una serie di poteri autorizzatori ignoti anche alla precedente connotazione pubblicistica dell'istituto e tali da lambire in alcuni casi lo stesso profilo della convenienza che (se si esclude il cram down in sede di omologa) sembrava fuori dal perimetro dei controlli giudiziari (VELLA).

Non vi è dubbio che si sono moltiplicati gli interventi del giudice, supportato da attestazioni del professionista: ora ai fini dell'autorizzazione del debitore; ora al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione, previa eventuale assunzione di sommarie informazioni (art. 161, co. 7); ora all'ottenimento di finanziamenti prededucibili (art. 182-*quater* e 182 *quinquies*, co. 1), ora alla sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione e nel concordato in continuità, anche al pagamento di crediti anteriori, o alla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici, sino al potere-dovere di revoca d'ufficio della procedura, ex art. 173, non solo in caso di cessazione dell'attività d'impresa ma anche in ipotesi di manifesta dannosità della sua continuazione per i creditori (art. 186-*bis*, ult. co.).

Le suddette autorizzazioni del giudice blindano gli atti oggetto di autorizzazione rendendoli impermeabili a future contestazioni.

Anche gli interventi del 2013 potrebbero essere letti come affermazione di un rinvigorito ruolo del tribunale (Vella): **1)** obbligo del debitore di depositare l'elenco dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti; **2)** facoltà del tribunale di nominare un commissario giudiziale anche durante il concordato con riserva; **3)** l'attribuzione al precommissario del compito di accertare e riferire al tribunale eventuali condotte fraudolente ex art. 173; **4)** imposizione di obblighi informativi più stringenti a carico del debitore anche con riferimento alla gestione finanziaria e alla predisposizione della proposta e del piano concordatario; **5)** l'obbligo del debitore di depositare, con periodicità mensile una situazione finanziaria soggetta a pubblicazione nel registro delle imprese; **6)** il potere officioso del tribunale, sentito debitore e precommissario, di abbreviare il termine fissato per il deposito della proposta (e del piano), quando risulti che l'attività compiuta dal debitore sia manifestamente inadeguata alla sua predisposizione; **7)** la possibilità per il tribunale di sentire in ogni momento i creditori.

Non vi è dubbio che la nuova disciplina (posta 2012-2013-2015) nel suo complesso potrebbe dare l'impressione di un ritorno al passato anche se – è importante sottolinearlo – non è ricomparsa la dichiarazione di fallimento d'ufficio (o quanto meno ad opera del commissario giudiziale) ai fini della risoluzione (AMBROSINI).

“Va da sé che, se la proposta prevede una percentuale inferiore al 20%, o se dall'esame del ricorso e della documentazione allegata emerge *ictu oculi* che essa non è raggiungibile (tipicamente, perché l'attivo disponibile non risulta sufficiente a coprire il fabbisogno, di là da quanto – in ipotesi erroneamente – indicato dal debitore), il tribunale è tenuto a decretare l'inammissibilità della domanda. Fuori da questi casi il tribunale continua a dover condurre le verifiche che la (ormai consolidata) giurisprudenza in materia prevede, da cui esula – com'è noto – lo scrutinio in ordine alla fattibilità economica del piano, non essendovi ragione, pur alla luce della

novellata disciplina (che non a caso nulla dice in merito ai poteri del tribunale), per disattendere i principi sanciti sul punto dalla citata decisione delle Sezioni Unite (1521/2013)».

Non è quindi mutato il perimetro dei poteri giudiziali nelle fasi dei controlli, che risultano viceversa assai ampliati nella fase di esecuzione del concordato in virtù della previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 185, in base al quale il tribunale, al fine di dare compiuta esecuzione alla proposta presentata dal terzo e omologata, può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario (salvo attribuire i poteri propri di quest'organo al liquidatore giudiziale, ove nominato).

Altro profilo, intimamente collegato al precedente, attiene all'eventualità in cui, secondo le risultanze della relazione commissariale ex art. 172, non sia possibile conseguire la percentuale indicata dal debitore, bensì altra minore percentuale. Ebbene, così come il tribunale non fa alcun atto di fede relativamente al contenuto del piano e dell'attestazione, analogamente non può prendere "per oro colato" quanto sostenuto, sebbene da una posizione di terzietà (che è cosa diversa dall'indipendenza: fatto, questo, oggettivamente non trascurabile), dal commissario giudiziale, ma è chiamato a valutare comparativamente le due prospettazioni e ad accordare la propria preferenza, in termini di maggiore attendibilità, a quella più coerente, completa e congruamente motivata.

Solo nell'ipotesi di conclamata non fattibilità del piano nella misura assicurata dal debitore può dunque farsi luogo, non diversamente da quanto accaduto fino a oggi, alla revoca dell'ammissione al concordato ex art. 173. E altrettanto dicasi, evidentemente, per quanto concerne i poteri del tribunale in sede di omologazione" (AMBROSINI).

Dopo l'intervento del 2015 (ispirato, dall'un lato, all'esigenza di riequilibrare il rapporto tra debitore e creditori in favore dei secondi, tramite l'introduzione di strumenti di contendibilità dell'impresa in crisi, quali sono le proposte e le offerte concorrenti; dall'altro, dall'intenzione di porre un freno agli abusi dello strumento concordatario, tramite l'introduzione di una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari nel concordato liquidatorio), la giurisprudenza di merito ha sottolineato, in alcune pronunce, l'intento delle nuove norme: così Tribunale di Ravenna del 27 novembre 2015 ha espressamente affermato che «la riforma del 2015 ha avuto lo scopo di portare ad un complessivo riequilibrio delle posizioni e degli interessi dei creditori rispetto a quelli dell'imprenditore in crisi, con il non nascosto fine di eliminare alcune "storture" applicative, quando non veri e propri "abusi" nell'utilizzo dello strumento concordatario» mentre Tribunale di Pistoia, 29 ottobre 2015, ha sostenuto che le disposizioni di cui agli artt. 160, 4° co. e 161, 2° co. lett. e) l. fall rappresentano «un filtro voluto dal legislatore per selezionare in senso restrittivo la presentazione delle proposte concordatarie, negando l'accesso a quelle che non apparissero idonee a consentire una congrua soddisfazione dei creditori, così reagendo alla tendenza emersa nelle prassi di offrire ai creditori percentuali irrisorie di soddisfazione poi destinate a vanificarsi del tutto nella fase esecutiva.

In buona sostanza, secondo i giudici pistoiesi, l'intervento legislativo del 2015 è diretto ad impedire l'abuso dello strumento concordatario ed il suo progressivo svilimento attraverso una determinazione per via normativa di ciò che debba intendersi per riconoscimento ai creditori di una "sia pur minimale consistenza del credito..." quale requisito di idoneità della proposta a consentire il superamento dello stato di crisi e a realizzare la cosiddetta "causa concreta" del concordato (SSUU 1521/13)» .

Come è ovvio, l'introduzione delle previsioni qui rapidamente esaminate ha posto in discussione la natura del vaglio di ammissibilità del concordato preventivo effettuato dal Tribunale ed i poteri di indagine del giudice in tale fase, conducendo dottrina e giurisprudenza a interrogarsi sulla perdurante stabilità o meno dei principi sanciti dalla ormai storica sentenza 1521/2013 della Cassazione, che aveva distinto tra giudizio di fattibilità giuridica, di competenza del giudice, e di fattibilità economica, di competenza dei creditori, limitando al vaglio sul rispetto della causa concreta del concordato l'ingerenza del tribunale sulla convenienza economica di quest'ultimo.

La giurisprudenza di merito, ancora una volta guidata dalla pronuncia del Tribunale di Pistoia, 29 ottobre 2015, confermata dal Tribunale di Firenze, 8 gennaio 2016, ha sostenuto che la distinzione tra fattibilità economica e fattibilità giuridica non è stata superata, riconducendo al vaglio di fattibilità giuridica la verifica del rispetto della soglia minima di cui all'art. 160, 4° co. l. fall. In sostanza, "oggi, come in precedenza, si tratta pur sempre per il Tribunale di verificare che la soddisfazione indicata nella proposta rappresenti una seppur minimale soddisfazione dei creditori chirografari, così realizzando la causa concreta del concordato. Che per molte tipologie concordatarie vi sia una determinazione legale di ciò che debba intendersi per tale requisito, non muta la natura qualitativa dell'indagine, ma soltanto la semplifica non dovendosi più porre la questione se percentuali infime di soddisfazione siano idonee allo scopo".

11. Le prospettive dopo la Raccomandazione della Commissione Europea e i lavori per una Riforma.

In verità già dal 14 marzo 2015, l'ordinamento interno avrebbe dovuto adeguarsi ai principi contenuti nella Raccomandazione della Commissione europea 12 marzo 2014, n. 2014/135/UE - "Raccomandazione della commissione europea su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza"- la quale ad esempio, sul tema della "omologazione giudiziaria del piano di ristrutturazione", contempla un approccio valutativo prognostico assai simile a quello tracciato nel nostro ordinamento per l'ipotesi (eccezionale) del c.d. *cram down*, piuttosto che a quello ordinariamente riservato al controllo di fattibilità, quale è stato inteso dalla S.C.

Il 19° Considerando prevede, infatti, che "il giudice dovrebbe respingere il piano di ristrutturazione se è probabile che il tentativo di ristrutturazione limiti i diritti dei creditori dissenzienti in misura superiore rispetto a quanto questi potrebbero ragionevolmente prevedere in assenza di ristrutturazione dell'impresa del debitore".

Da ciò possiamo intravedere una valutazione di convenienza affidata al giudice senza alcuna limitazione di percentuali, né di classi.

Ancor più ampi sono i termini dell'adeguamento ai principi fissati dalla Commissione UE e, di recente (22 novembre 2016), dalla Proposta di direttiva sulla ristrutturazione delle imprese, sull'insolvenza e sulla concessione di una seconda opportunità – primo fra tutti l'obiettivo della "ristrutturazione precoce" di imprese che siano ancora sane, anche se in difficoltà finanziarie – in vista della integrazione tra i sistemi dei singoli Stati membri, in un assetto concorsuale europeo che aspira ad essere tendenzialmente omogeneo. Si tratta di un'aspirazione che dovrà concretizzarsi ove si voglia far assurgere il diritto concorsuale a elemento fondamentale per la crescita del mercato. Ed allora per eliminare incertezze che danneggiano l'applicazione della normativa, anche sulla scia dei risultati della Commissione Rordorf, si dovrà esplicitare i poteri del

tribunale, con particolare riguardo: “i) alla valutazione della fattibilità del piano, tenuto conto della specifica utilità indicata nella proposta ed alla luce dei criteri desumibili da consolidati orientamenti del giudice di legittimità; ii) alla verifica sulla correttezza dei criteri di formazione delle classi”.

**LAS POTESTADES JURISDICCIONALES DEL JUEZ CONCURSAL: LA SITUACIÓN EN EL DERECHO
ESPAÑOL**

Jesús QUIJANO GONZÁLEZ¹¹⁷ y Juan Carlos RODRÍGUEZ MASEDA¹¹⁸

SUMARIO: I. Introducción: el concurso como procedimiento judicial. 1. Evolución del Derecho español. 2. El modelo procedimental de la vigente Ley Concursal: Juzgados de lo Mercantil; jurisdicción y competencia del juez del concurso; otros aspectos - *por Jesús Quijano González.*

II. La fase preconcursal: 1. El acuerdo extrajudicial de pagos. 2. Los acuerdos de refinanciación y su homologación judicial: la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal. 3. Consideraciones finales - *por Juan Carlos Rodríguez Maseda.*

III. La intervención judicial a lo largo del concurso: breve examen de las principales potestades judiciales a lo largo de las distintas fases del procedimiento concursal (en la declaración del concurso; en la fase común; en la fase de convenio; en la fase de liquidación; en la calificación del concurso; en la conclusión, reapertura y segunda oportunidad) - *por Jesús Quijano González.*

I. INTRODUCCIÓN: EL CONCURSO COMO PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

1. Evolución del Derecho español.

El concurso de acreedores es, por encima de cualquier otra consideración, un procedimiento judicial, y como tal se inicia, se desarrolla y concluye. Así es, y ha así ha sido tradicionalmente en el Derecho español, al igual que sucede en otros muchos ordenamientos.

¹¹⁷ Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid.

¹¹⁸ Abogado, especialista en Derecho Concursal. Socio de Dictum/Abogados. Madrid

En efecto, los procedimientos previstos para el tratamiento ordenado de la situación de insolvencia del deudor en la evolución histórica han tenido ese carácter, singularmente en la etapa que podemos considerar como antecedente más inmediato de la situación actual. Tanto la quiebra de los Códigos de Comercio del siglo XIX (Códigos de 1829 y de 1885), como la institución alternativa que, con algunos precedentes anteriores, se consolidó en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, estaban configuradas como procedimientos judiciales, con una doble peculiaridad.

Por un lado, eran privativos de deudores que tuvieran la condición de comerciantes (empresarios, en la terminología posterior), pues tal condición constituía un presupuesto subjetivo para la declaración judicial de un deudor en quiebra o en suspensión de pagos, requisito que a menudo planteaba el conocido debate sobre el alcance de tal condición; a los deudores civiles les eran de aplicación entonces los instrumentos propios del Derecho común (del Código Civil, en nuestro caso) para el tratamiento de la situación del deudor insolvente (los convenios de quita y espera; las reglas de prelación de créditos en ejecuciones colectivas, etc.).

Por otro lado, el Derecho concursal español siempre consideró que el procedimiento concursal judicial sólo podía abrirse a instancia de parte, fuera voluntariamente por el deudor en insolvencia, fuera necesariamente por sus acreedores insatisfechos; no cabía que el juez, de oficio, declarara a un deudor en quiebra o en suspensión de pagos, por mucho que le constara su situación de iliquidez o incluso de insolvencia patrimonial irreversible, debido a que ya hubiera tramitado otros juicios o embargos contra ese deudor quedando de manifiesto tal situación en forma palmaria e indubitada.

Por lo demás, a lo largo de esta amplia etapa histórica que ocupa buena parte del siglo XIX y todo el siglo XX, la competencia para conocer de los procedimientos concursales, tanto el de quiebra, como el de suspensión de pagos, correspondió a los jueces y tribunales ordinarios (los del orden civil), una vez que los Tribunales de Comercio quedaron abolidos en la segunda mitad del siglo XIX y con la paradoja de que las instituciones concursales privativas de los comerciantes fueran competencia de la jurisdicción civil.

Finalmente, hay que destacar que el Derecho histórico español, más allá de la función que podía cumplir el convenio con los acreedores dentro de la suspensión de pagos, no conoció instituciones preconcursales específicas, ni judiciales, ni extrajudiciales, más allá de lo que pudiera suponer la utilización de acuerdos o convenios privados entre el deudor y algunos o todos sus acreedores, con los efectos relativos propios de un pacto de naturaleza contractual, que sólo alcanzan a quienes lo han suscrito; por el contrario, sí estuvo abierto a incorporar especialidades procedimentales, antecedentes de lo que luego ha sido un amplio y variado Derecho paraconcursal, aplicables a empresas o sectores que se consideraban merecedores de tratamiento especial por razones diversas de interés general (la ley reguladora de la quiebra de las compañías de ferrocarriles, o de obras públicas; luego la normativa sectorial de la ordenación bancaria, de las compañías aseguradoras, etc., son ejemplos bien significativos); como también ocurre, de manera creciente, en la actualidad, este Derecho paraconcursal se desarrollaba mediante procedimientos de intervención administrativa más que judicial, estando dirigido a sectores sometidos a supervisión jurídico-económica.

La situación brevemente descrita ha permanecido vigente, con escasas modificaciones, hasta la aprobación, publicación y entrada en vigor de la reciente Ley Concursal actualmente vigente (la Ley Concursal tiene fecha de 9 de julio de 2003 y entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, si bien en el tiempo transcurrido hasta la actualidad ha sido ampliamente modificada en diversas

ocasiones, en general con ocasión del desenvolvimiento de la crisis económica, como habrá ocasión de señalar)

2. El modelo procedimental de la vigente ley concursal: los juzgados de lo mercantil; jurisdicción y competencia del juez del concurso; otros aspectos.

El procedimiento concursal en la ley española responde a un modelo de procedimiento judicial típico, en el que el juez del concurso desempeña una función central; cabe decir en ese sentido que el procedimiento, además de ser judicial, está intensamente judicializado en todo su itinerario, de modo que el juez competente para declarar al deudor en situación legal de concurso es también competente para adoptar la mayor parte de las decisiones con relevancia, tanto procesal como material, según tendremos ocasión de examinar.

La competencia para tramitar los procedimientos concursales corresponde de forma general a los Juzgados de lo Mercantil. Estos Juzgados fueron creados precisamente con ocasión de la aprobación de la Ley Concursal, mediante una denominada Ley Orgánica para la Reforma Concursal, de la misma fecha (9 de julio de 2003), ya que era necesaria esa modalidad legislativa de “ley orgánica” porque resultaba modificada la estructura judicial prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Conviene, no obstante, aclarar que la puesta en marcha de esos Juzgados de lo Mercantil, ubicados con distintas fórmulas flexibles en las capitales de provincia o en otras localidades importantes, a partir del 1 de septiembre de 2004, no supone exactamente una recuperación de los viejos Tribunales de Comercio desaparecidos en el siglo XIX, ni tampoco la creación ex novo de una “jurisdicción mercantil” completa, en el sentido en que lo son las jurisdicciones civil, penal, etc. Se trata más bien de juzgados especializados en materia mercantil (concursal, societaria, contractual, etc.) que deciden en primera instancia, pues los recursos de apelación siguen siendo resueltos por las Salas de lo Civil de las Audiencias Provinciales y los recursos de casación por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sin perjuicio de que en unas y en otra se promuevan magistrados especialistas en Derecho Mercantil.

Una vez creados estos Juzgados de lo Mercantil la competencia genérica para conocer de los concursos de acreedores, cualquiera que fuera la naturaleza civil o mercantil del deudor, ya que la Ley Concursal les es aplicable indistintamente a ambos, conforme a su artículo 1, les quedó atribuida en el artículo 8 de la Ley Concursal. Con posterioridad, una doble reforma, en 2015, en las Leyes Orgánica del Poder Judicial (artículos 85 y 86) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 45) ha modificado esa situación, otorgando competencia para conocer del concurso a los Juzgados de Primera Instancia (que son los juzgados competentes en materia civil), cuando el deudor sea persona natural no empresario. De manera que actualmente son competentes para tramitar el concurso de personas jurídicas (sociedades mercantiles principalmente) y de personas naturales empresarios (empresarios individuales y asimilados) los Juzgados de lo Mercantil, mientras que los Juzgados de Primera Instancia son competentes para tramitar el concurso de personas naturales no empresario (consumidores); pero la distinción es sólo en cuanto a la competencia, no en cuanto al procedimiento concursal ni en cuanto al régimen jurídico que en él se aplica, salvo en lo que ya la propia Ley Concursal contenga como especialidad para uno u otro caso.

La jurisdicción del juez del concurso está sin duda potenciada por una intensa “vis atractiva” que, pretendiendo concentrar la mayor parte de las decisiones relacionadas con el procedimiento concursal en el mismo juez, extiende su competencia con notable amplitud. El artículo 8 de la Ley Concursal, en paralelo a como también lo hace el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, enumera las materias a las que alcanza la jurisdicción del juez del concurso, y califica a

ésta como exclusiva y excluyente respecto de esas materias. El listado comprende hasta siete apartados que cabe sintetizar así: acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado; acciones sociales relacionadas con los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado; ejecución de bienes y derechos del concursado; medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado; asistencia jurídica gratuita en el seno del procedimiento concursal; acciones contra socios para reclamar deudas a los que sean subsidiariamente responsables de los créditos contra la sociedad o para exigir el desembolso de aportaciones pendientes o el cumplimiento de prestaciones accesorias; acciones de responsabilidad por daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores, liquidadores y auditores. Más aún, el artículo 9 reconoce igualmente competencia al juez del concurso en todas las cuestiones prejudiciales civiles, administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso, aunque las decisiones que recaigan en esos casos no tienen efecto fuera del procedimiento concursal en que se produzcan. Fuera de la jurisdicción del juez del concurso, además de determinadas cuestiones concretas de naturaleza administrativa y tributaria, queda principalmente la materia penal, pues la competencia para conocer de los delitos de insolvencia punible, tipificados en los artículos 259 y siguientes del Código penal, corresponde íntegramente a la jurisdicción penal en sus distintos grados; incluso el artículo 163, 2, de la Ley Concursal, al referirse a la calificación del concurso como fortuito o culpable, establece que la calificación que haga el juez del concurso no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito. Queda de este modo definitivamente superado el modelo que estuvo presente en los Códigos del siglo XIX, que, sobre la base de la distinción entre quiebra fortuita, culpable y fraudulenta, incorporaba en el régimen mercantil los supuestos que constituían delito en el ámbito penal.

Configurada así la jurisdicción, la competencia particular para declarar y tramitar el concurso, conforme al artículo 10 de la ley, corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales (con la excepción ya indicada para deudores persona natural no empresario). Al juez corresponde, pues, las principales decisiones en materia concursal, si bien no todas tienen la misma forma ni el mismo alcance, como queda de manifiesto a lo largo de la Ley: determinadas decisiones adquieren forma de providencia de trámite, o de auto judicial (la propia declaración del concurso se efectúa por auto), mientras que otras tienen que resolverse por sentencia (la calificación del concurso como fortuito o culpable se decide por sentencia), lo que influirá en la posibilidad o no de recurso. También hay que observar que ha sido notoria la tendencia a descargar al juez de ciertas decisiones, especialmente las de trámite, que se han ido encomendado en sucesivas reformas al secretario judicial, actualmente designado como Letrado de la Administración de Justicia, tras la reforma de la denominada Oficina Judicial por Ley de 3 de noviembre de 2009.

Más allá del ámbito más propiamente judicial en la atribución y desarrollo de la competencia y dirección del procedimiento, hay que tener en cuenta que, en dicho procedimiento, intervienen, de muy distinta manera y con muy distinto alcance, otros órganos o instancias de diversa naturaleza a los que la Ley Concursal asigna funciones de mayor o menor trascendencia procedimental. El órgano más relevante a estos efectos es, sin duda, la administración concursal, hoy constituida como regla general por un único miembro profesional (abogado o economista, y tanto persona física como jurídica), en los términos del artículo 27, si bien la última reforma legal en la materia, operada en 2014, está aún pendiente de desarrollo reglamentario que condiciona su entrada en vigor. El artículo 33 clasifica y enumera de forma sorprendentemente exhaustiva, y

bastante innecesaria, pues ya están asignadas a lo largo del texto legal y en el momento oportuno, las funciones del administrador concursal (de carácter procesal; propias del deudor; en materia laboral; relativas a derechos de los acreedores; de realización de valor y liquidación; de secretaría; y otras varias), lo que da una idea suficiente de las materias, momentos y aspectos en que la intervención, iniciativa, informe, etc., del administrador concursal es relevante. Además del administrador concursal, hay que mencionar la posibilidad de que, en ciertos casos que indica el artículo 31, sean designados auxiliares delegados que colaboren en su función, o más excepcionalmente, expertos que informen sobre aspectos determinados. Como también, a ciertos efectos, está prevista la intervención del Ministerio Fiscal (informando sobre la calificación del concurso, por ejemplo), lo mismo que hay que mencionar la posible relación intraprocesal entre el juez del concurso y el ejercicio de otras jurisdicciones cuando legalmente sea posible (jueces civiles que continúan hasta sentencia procedimientos iniciados antes del concurso; jueces penales, aunque su actuación no suspende el procedimiento judicial conforme al artículo 189, jueces de lo contencioso administrativo en relación con contratos del deudor con la Administración; jueces de lo social, etc.), o la intervención de otras autoridades administrativas (tributaria, de la Seguridad Social, Administraciones y Entidades Públicas sectoriales, etc.). Especialmente significativa será también la intervención de autoridades de supervisión y control de empresas (bancarias, financieras, de seguros, de servicios de inversión, etc.), y no tanto en el procedimiento concursal, sino más bien aplicando el Derecho paraconcursal específico, como así lo contempla la Disposición Adicional Segunda de la Ley Concursal.

Por otro lado, el citado artículo 10 contiene también varias matizaciones de interés: si el deudor tiene domicilio en España y no coincide con el centro de sus intereses principales, el acreedor que solicite el concurso puede optar entre cualquiera de los dos lugares; el centro de los intereses principales es el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses, si bien en el caso de las personas jurídicas se presume que el centro de intereses principales está en el lugar del domicilio social, sin que se tengan en cuenta los cambios de domicilio en los seis meses anteriores al concurso, para evitar maniobras de cambio de foro.

Con estas reglas se ordena también el alcance del “concurso principal”, declarado por el juez competente con carácter universal y con afectación de todos los bienes del deudor, dentro o fuera de España, que produce efectos, como “concurso territorial”, en el ámbito internacional, teniendo en cuenta las reglas de coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia que se hayan declarado respecto de un mismo deudor en España y en el extranjero, conforme a los artículos 227 y siguientes de la Ley Concursal, que es donde se establece el deber de cooperación, con la debida reciprocidad, entre jueces, tribunales y autoridades competentes. A tal efecto, la ley española contiene un Título IX, sobre normas de Derecho Internacional Privado (artículos 199 y siguientes), donde se establece como regla general que la ley española rige los presupuestos, efectos, desarrollo y conclusión del concurso declarado en España; igualmente se delimitan los criterios para determinar la ley aplicable, tanto en el procedimiento principal como en el territorial, las reglas comunes a ambos procedimientos y las de reconocimiento de procedimientos judiciales de insolvencia, además de las citadas reglas de coordinación entre procedimientos paralelos. Obviamente, este conjunto de reglas que establecen el alcance internacional de la competencia del juez del concurso, reconocen un ámbito especial de supranacionalidad concursal cuando los efectos del procedimiento de insolvencia vayan a producirse en los Estados miembros de la Unión Europea, ya que entonces será de aplicación el Reglamento europeo de procedimientos de insolvencia de 20 de mayo de 2015, que sustituirá al precedente de 29 de mayo de 2000 una vez

que sea aplicable a partir del 26 de junio de 2017. Su artículo 3 atribuye competencia para abrir el procedimiento de insolvencia principal a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor insolvente, a partir del cual se ordenan los procedimientos de insolvencia secundarios, en los artículos 34 y siguientes del citado Reglamento.

Finalmente, hay que subrayar, como cuestión de interés en la configuración del procedimiento concursal, que la Ley Concursal española distingue, por un lado, el procedimiento judicial ordinario, al que están dirigidas las normas procesales generales sobre tramitación (artículos 183 y siguientes) y la ordenación del procedimiento en Secciones (seis en concreto referidas a la declaración del concurso, la administración concursal, la masa activa, la masa pasiva, el convenio y la liquidación, y la calificación del concurso), y, por otro, el procedimiento abreviado, con los criterios cuantitativos del artículo 190 (menos de 50 acreedores y menos de cinco millones de euros de pasivo y activo), en el que se reducen los plazos y en el que cabe aplicar especialidades singulares cuando, al solicitar el concurso, se acompaña ya propuesta de convenio o plan de liquidación. Por lo demás, el régimen de los incidentes concursales, como cauce general para el tratamiento de cualquier cuestión que no tenga tratamiento procesal propio; de los recursos posibles, ya que no toda decisión judicial en el concurso es recurrible; y de la organización y funcionamiento del Registro Público Concursal, de libre acceso on line, completan los aspectos de más relevancia en la configuración del modelo procedimental en la Ley española. Este Registro, desarrollado por un Real Decreto de 15 de noviembre de 2013, constituye un instrumento fundamental para la publicidad de las resoluciones concursales, sin perjuicio de la que proceda en cada caso a través de otros Registros públicos (Civil, Mercantil, etc.), a través de edictos, o a través del Boletín Oficial del Estado. Baste observar el amplio detalle con que los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal regulan la publicidad que debe darse al auto de declaración del concurso, a la vista del conjunto de pronunciamientos que debe contener, conforme al artículo 21.

II. FASE PRECONCURSAL.

Desde el año 2012, en el marco de un proceso de intensa actividad legislativa, en el Ordenamiento Jurídico español comienza una dinámica pretendidamente desjudicializadora para implementar soluciones a la preinsolvencia, procurando aprovechar los indudables beneficios temporales, reputacionales, y de costes, que, eventualmente, pueden aportar los convenios privados¹¹⁹. Si perjuicio de observar, en algunas de estas reformas, soluciones propias de coyunturales modas jurídicas, meramente estéticas, en ocasiones ajenas, no solamente a nuestra tradición jurídica, sino, también, a nuestras estructuras técnicas, generando disrupciones en el funcionamiento de las instituciones. En todo caso, a la vista de la normativa que vamos a describir, es fácil concluir que la *viabilidad empresarial* o la recuperación del deudor se configura como el núcleo, quizás la causa, entendiendo causa como fin, de toda la regulación en materia de refinanciación en el contexto básicamente prejudicial.

1. El Acuerdo Extrajudicial de Pagos

119En el marco del Derecho Comparado encontramos la “prevención francesa: conciliación y salvaguarda de empresas. Los “schemes of arrangements del Derecho Inglés. Los acuerdos de reestructuración de deuda del Derecho Argentino. Los escudos protectores del Derecho italiano. Derecho norteamericano: “reorganization”, “workouts”, “prepackagedbankruptcy”.

Constituye un procedimiento introducido por la Ley 14/2013 de 27 de setiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por el que se adhiere un nuevo título X a la Ley Concursal. Es un procedimiento concursal puesto que, su presupuesto objetivo es la insolvencia actual o inminente. Pero también lo es por su naturaleza universal ya que afecta, a todos los acreedores, según lo establecido en la Ley¹²⁰. Igualmente puede ser subsumido en la categoría de los llamados “*institutos preconcursales*” puesto que es una alternativa al proceso judicial concursal, articulando de forma prejudicial, una vía de refinanciación¹²¹ en aquellos supuestos en que es posible remover la insolvencia con el plan de pagos propuesto por el mediador y aceptado por el quórum necesario de acreedores.

La norma nos dice que el deudor, persona natural, o persona natural empresario, o persona jurídica (art 231.2 LC) que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Concursal, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que se cumplan ciertos parámetros que lo configuren como de *limitada cuantía o trascendencia*¹²².

Esta vía permite al deudor, persona física, alcanzar la exoneración total del pasivo ordinario (nunca del privilegiado y los créditos contra la masa), accediendo a la denominada *second chance*. El centro del funcionamiento del sistema es la figura del *mediador*. Una figura de la que se ha dicho que no es realmente un mediador¹²³, ya que se configura como un profesional especializado en materia concursal al que la Ley atribuye funciones concretas, técnicamente muy relevantes y complejas como es la elaboración de un *plan de pagos* y la preparación del denominado *concurso consecutivo*. Dice la Ley (art 236 LC) que tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión con los acreedores, el mediador concursal remitirá, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. La propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas: **a)** Esperas por un plazo no superior a diez años; **b)** Quitas; **c)** Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos; **d)** La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. **e)** La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo

120 SÁNCHEZ-CALERO, J. “El acuerdo extrajudicial de pagos”. Anuario de Derecho Concursal, 32, mayo agosto 2014, p. 11.

121 BOLDÓ RODA, C. “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”. La Mediación en Asuntos Mercantiles. Dir. Carmen Boldó Roda. Tirant Lo Blanch. 2015, p.391.

122 La estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros, para las personas físicas. Pero el acuerdo extrajudicial de pagos es un vehículo para las personas físicas, puesto que también (art 231.2 LC) podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que (i) se encuentren en estado de insolvencia, (ii) en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial trascendencia. El artículo 190 LC regula el procedimiento abreviado, para concursos que no revisten especial complejidad, determinados por la constancia de menos de 50 trabajadores y con un pasivo y un activo que no superen los cinco millones de euros.

123 LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA. “La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal”. Diario La Ley nº 8225, de 9 de enero de 2014. Especialmente crítico resulta el profesor CARRASCO PERERA, en “Los nuevos mediadores concursales”. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 872/2013. Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

mencionado en el apartado 3 de este artículo, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente.

La intervención judicial se estructura en vía de impugnación del acuerdo (art 239), otorgando legitimación únicamente a los acreedores que no hubieran sido convocados y a los que no hubieran votado a favor del acuerdo. La cognición de la impugnación es limitada¹²⁴. La primera causa para impugnar el acuerdo que puede hacer valer el acreedor legitimado es la circunstancia de la *falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados*. Con esta previsión se actúa la posibilidad de un control procedimental o de la legalidad del procedimiento seguido en la formación del acuerdo. La segunda causa que permite la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos es *la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 del texto legal*. Estos son los límites con que se disciplina la espera (plazo no superior a diez años) y la conversión de deuda en préstamos participativos (que no podrán sujetarse a un plazo superior a diez años). Mayor trascendencia puede presentar la tercera y última causa de impugnación que contempla el artículo 239.2 de la Ley Concursal, a cuyo tenor, procederá la impugnación del acuerdo *cuando medie una desproporción de las medidas acordadas*. Con esta causa se actúa un control material de los contenidos del acuerdo extrajudicial de pagos. Concurrirá la exigida "desproporción", y el acuerdo será impugnabile por tal causa, cuando el significado material de lo pactado suponga para los acreedores un "sacrificio patrimonial excesivo" respecto de las posibilidades reales de pago efectivo en función de sus activos, que puede ofrecer el deudor. Pudiéndose valorar la concurrencia de quitas excesivas que puedan ser innecesarias para dar cumplimiento al plan de viabilidad y el plan de pagos. También, es posible, en un escenario legal de paridad entre los acreedores, por inexistencia de una previa clasificación voluntaria de sus créditos, a la hora de valorar la posible desproporción intrínseca de las condiciones establecidas, también deba atenderse como término de comparación al trato dispensado a determinados acreedores frente a los disidentes. El juicio de desproporción vendría a justificarse, en tal caso, en la existencia de un trato desigual entre los acreedores partícipes en el acuerdo.

Si bien la impugnación no suspende la ejecución el acuerdo, dentro de estos límites cognitivos, el trámite procesal del incidente concursal garantiza la posibilidad de práctica de prueba y suficiente contradicción, con cumplimiento de la tutela judicial efectiva. La prueba relevante será la pericial económica, que se constituye como el cauce que permitirá al juez valorar el marco técnico en el que debe desarrollar su cognición. En cuanto a la consecuencia de la Sentencia que estime la impugnación el texto legal se limita a indicar dos extremos, pues la estimación de la impugnación tendrá como consecuencia la "anulación" del acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 239.4 LC), la cual, a su vez, "dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242" (artículo 239.6 LC).

En definitiva, la intervención del juez es relevante, en un marco necesariamente garantista dado el efecto de arrastre que permite el acuerdo extrajudicial si se alcanzan las mayorías legales establecidas, y la superación de los efectos de la relatividad de los contratos inherente a toda institución concursal. Pero lo es al final del procedimiento extrajudicial, y para el caso de impugnación. Tiene sentido el esquema dada la intervención reglada de un mediador, que en

124 GARCÍA CRUCES, JA. "La Ineficacia del Acuerdo Extrajudicial de Pagos". Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. LiberAmicorum. TIRANT. 2015.

cuanto profesional independiente, y conforme a unas normas legales bastante desarrolladas, promueve un plan de pago y un acuerdo amparado en mayorías relevantes. Esa relevancia judicial no se puede considerar mediatizada por el carácter limitado de su cognición. Al contrario, el funcionamiento de la institución requiere que la discrecionalidad judicial incorpore en su proceso de toma de decisión, como principio, un cierto ámbito de presunción de validez y suficiencia del acuerdo alcanzado por acreedores, profundamente afectados en la integridad de sus créditos.

2. Los acuerdos de refinanciación y su homologación: la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal.

Con la introducción de la vía de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal y su homologación judicial, se configura un *instituto preconcursal*, cuyo contexto fáctico viene determinado por un acuerdo de una mayoría de acreedores financieros¹²⁵ frente a un deudor en situación de insolvencia actual o inminente, pero no en concurso¹²⁶

Con este instituto, se profundiza en la cuestionable diferenciación entre *acreedores financieros* y los *restantes acreedores*¹²⁷. Es decir se otorga un cauce especial al *acreedor profesional*, fundamentalmente entidades financieras, de las que se espera, o se podría exigir, al menos, la máxima proactividad en la obtención del acuerdo. El Decreto Ley 3/2009, introduce la Disposición Adicional Cuarta, y la trascendente Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal, que constituye una norma estrella en el desarrollo de las instituciones preconcursales, lo desarrolla¹²⁸. En definitiva, la finalidad del procedimiento extrajudicial preventivo es la homologación judicial. Se configura la intervención judicial como un mero control ex post para el caso de que en sede de

125 QUIJANO, J. "La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación". Estudios Jurídicos. En memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum. TIRANT. 2015. En esta obra se analiza con claridad el funcionamiento de esta institución, destacando el estudio sobre la evolución y el concepto de acreedor financiero, y sobre los efectos del acuerdo de homologación, su incumplimiento y su irrevocabilidad.

126 VALPUESTA GASTAMIZA, E. "Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de la Ley Concursal". RCP nº 15, 2011, pp. 162-165.

127 En su apartado 1, la Disposición Adicional Cuarta, dice que a los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. Además recoge una posibilidad que, de alguna forma, viene a mediatizar el efecto discriminatorio que estamos denunciando, al establecer que voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. En todo caso, la adhesión está configurada en términos muy amplios y genera muchos interrogantes. El primero, es si se trata de una adhesión unilateral, por manifestación y vinculante para el resto de acreedores. Ciertamente, tal adhesión puede no resultar inocua para las aspiraciones de los restantes. Pensemos en un acuerdo de capitalización de deuda; una adhesión no inicialmente contemplada ni prevista, modificará, evidentemente, la posición relativa de los que inicialmente configuraron el acuerdo. En el mismo sentido, la pregunta procede en relación con las nuevas garantías otorgadas en el proceso de refinanciación. Quizás, la solución la encontremos en la incorporación de pactos concretos, en los acuerdos de refinanciación que limiten la adhesión a determinados pactos, o a determinados contenidos. Téngase en cuenta que únicamente tienen facultad de impugnar los acreedores de pasivos financieros, por lo que ninguno de los acreedores que no lo sean, tendrían oportunidad de reivindicar ningún derecho frente a una limitación pactada y homologada de su facultad de adhesión.

128 BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio. "Materiales de la Reforma Concursal". Emilio Beltrán. Ana B. Campuzano. Coord. TIRANT LO BLANCH. Valencia. 2012. Pag. 662. "Los acuerdos de refinanciación avanzan hacia un verdadero procedimiento concursal alternativo/preventivo, mediante la homologación judicial, la paralización de acciones, la imposición de las esperas acordadas a los acreedores financieros no firmantes y la concesión de preferencia a los refinanciadores en caso de declaración de concurso ...". FERNANDO CERDÁ. "La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes". Anuario de Derecho Concursal num.33/2014. Editorial Civitas, SA. 2014.

impugnación alguno de los acreedores lo alegue y lo pruebe¹²⁹. La intervención del juez resulta restrictiva, puesto que simplemente se debe limitar a homologar o no homologar el acuerdo presentado¹³⁰.

Dice la norma que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros –no representativos, necesariamente de deudas líquidas y exigibles-, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a)¹³¹ y en los números 2.º y 3.º de la letra b)¹³² del apartado 1 del artículo 71 bis. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita alcanzarán el primer efecto que se pretende, su protección frente a cualquier acción de rescisión. Para extender sus efectos serán necesarias las mayorías exigidas en la norma, que se ha ido reduciendo paulatinamente en sucesivas reformas: (i) 51% para obtener la homologación; (ii) para obtener los efectos de extensión para acuerdos que representen esperas no superiores a 5 años o la conversión de deuda en préstamos participativos, el 60%; (iii) para esperas de 5 a 10 años, quitas, capitalización, conversión de deuda en préstamos participativos de más de 5 años de duración, la cesión de bienes, el 75%. La extensión de efectos en caso de acreedores financieros con garantía real, las mayorías se incrementan al 65%, en el supuesto (ii), y al 80%, en los casos que exponemos como (iii).

La competencia para conocer de la homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores. En este sentido también resulta relevante el efecto de paralización de ejecuciones que a diferencia de la regulada en el artículo 5 bis, corresponde al juez competente, y una vez que es admitida a trámite la solicitud de homologación.¹³³

Finalmente, el juez otorgará – la norma lo establece en términos imperativos- la homologación, siempre que el acuerdo reúna los requisitos formales anteriormente referenciados y declarará – también en términos imperativos se expresa la norma- la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas.

El presupuesto de la viabilidad empresarial futura del deudor, viene impuesto al juez como presupuesto de toda homologación que, además, como hemos visto, debe cumplir con la

129 CERVERA, Marta. “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”. Anuario de Derecho Concursal 33. Setiembre-Diciembre 2014. Pag.120.

130 LOPEZ SÁNCHEZ, Javier. “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”. Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la Empresas en Crisis. GARCÍA CRUCES (dir.). BOSCH 2013. Pag. 304.

131 Artículo 71 bis 1 a): “En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo”.

132 Artículo 71 bis 1 b): 2.º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo . De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante. 3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores .

133 La publicidad en este tipo de procedimientos resulta esencial. Por ello la norma establece que el secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

adhesión, al menos, del porcentaje del 51 por ciento del pasivo financiero. No obsta a tal conclusión el hecho de que el RD-L 4/2014 haya otorgado carácter potestativo a la intervención del experto independiente, en la búsqueda de mayor celeridad y menores costes. Ciertamente puede dificultar la labor judicial, pero no puede el órgano judicial obviar, como contenido esencial del acuerdo, la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

Que el órgano judicial deba velar por el cumplimiento de los requisitos materiales y formales del acuerdo, resulta esencial puesto que se observa un estrechamiento¹³⁴ evidente de los motivos de oposición, limitados, exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido. Sin duda alguna, la limitación de causas de impugnación tiene sentido en un acuerdo protagonizado por acreedores profesionales, expertos – o por lo menos deberían serlo- en insolvencia y profundos conocedores de las patologías financieras que afectan a sus clientes -o por lo menos, deberían serlo-.

Por lo tanto el juez que en su momento homologó el acuerdo y valoró la legalidad del mismo, en caso de impugnación, deberá comprobar la concurrencia de las mayorías necesarias en cada caso, teniendo en cuenta los efectos de arrastre que en cada proceso refinanciador se pretendan. Especial consideración merece el denominado sacrificio desproporcionado para los acreedores financieros no firmantes del acuerdo. Así se puede considerar que (i) será desproporcionado el sacrificio si su cuota de satisfacción esperada o previsible en un escenario de concurso o de liquidación fuera superior a la resultante de la extensión coactiva de los efectos del acuerdo (bestinterest test) (ii) si resulta un trato asimétrico entre acreedores homogéneos, más perjudicial para el acreedor disidente, (iii) la imposición de medidas que puedan ser consideradas desmesuradas. En su consecuencia, no habrá sacrificio desproporcionado cuando pueda constatarse que las posibilidades de cobrar de los acreedores disidentes son mayores con la homologación del acuerdo de refinanciación que sin ella, puesto que sin tal acuerdo el escenario concursal determinaría que las posibilidades de cobro de los disidentes disminuirían en lugar de incrementarse¹³⁵; o en aquellos casos en que se conceden garantías a los acreedores afectados que les asegura su recuperación¹³⁶.

No aclara la norma que tipo de procedimiento se va a seguir para la emisión de la resolución judicial de homologación. No contempla el apartado 6 de la Disposición Adicional Cuarta, traslado a los acreedores disidentes, previo a la emisión del Auto de homologación. Es decir, se puede concluir que el acuerdo homologado, no es una solución heterocompositiva, sino autocompositiva, que podríamos calificar como jurisdicción voluntaria¹³⁷. Aunque algunas resoluciones judiciales atribuyen a la homologación judicial naturaleza de transacción judicial. En todo caso, se convierte en un proceso si existe impugnación. Un proceso judicial, especial, con cognición limitada, con efectos de cosa juzgada frente a los acreedores financieros disidentes.

3. Consideraciones finales.

134 AZOFRA VEGAS, F. “La Homologación Judicial de Acuerdos de Refinanciación”, pp. 62-63. REUS. 2016.

135 Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Barcelona de 28 de junio del 2013. Se puede consultar en el Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 157, de 2 de julio del 2013, p. 33770.

136 Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 23 de enero del 2013. Se puede consultar en el Boletín del Estado (BOE) nº 127, de 28 de mayo de 2013.

137 SENÉS MOTILLA, C. “La homologación de los acuerdos de refinanciación”, ACom nº 30, 2013.

En el Ordenamiento jurídico español, el protagonismo del órgano judicial está diseñado, fundamentalmente en vía de recurso, con cognición limitada, tal como hemos visto, pero con capacidad para analizar la concurrencia de los requisitos materiales y formales del acuerdo; y, en caso de impugnación, la concurrencia de las mayorías legales, y la compleja determinación de la proporcionalidad del acuerdo.

En otras normas que tienen naturaleza de instituto preconcursal, como el famoso 5 bis, que se limita a regular la comunicación al órgano judicial de la existencia de un proceso negociador, con algunos efectos suspensivos, incorporados por las Leyes 17/2014 y 9/2015, que configuran la actual redacción del precepto¹³⁸, regulando la prohibición de ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzcan unas circunstancias que están en estricta relación con cada una de las vías que el escudo del 5 bis ampara: i) se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis 1; ii) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; iii) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; iv) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; v) tenga lugar la declaración de concurso. Podemos destacar que este efecto suspensivo se establece en el Decreto del Secretario Judicial que tiene por hecha la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores. Aquí se produce la única intervención directa del Juez en este escenario del 5 bis: en caso de controversia sobre el carácter necesario del bien al que afecta la ejecución suspendida, mediante recurso al Decreto del Secretario, ante el Juez competente para conocer del concurso. Algunos autores cuestionaron la competencia del Secretario que el 5 bis consagra, por la concurrencia de bienes necesarios¹³⁹ y la evidente necesidad de intervención judicial en la propia valoración de la comunicación.

138 LUCEÑO OLIVA, José Luis. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 887/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. "La valoración de la reforma ha de ser positiva ya que protege, frente a las ejecuciones judiciales, la continuidad de la actividad del deudor en esta fase de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Impide también la nueva norma el que pueda hacerse un uso abusivo de la misma limitando las comunicaciones sucesivas, y obligando a que transcurra al menos el periodo de un año entre las mismas. No obstante, apreciamos dos deficiencias importantes: la primera que el legislador sigue tratando privilegiadamente a los créditos de derecho público lo que impedirá que, incluso en esta fase, pueda continuarse la actividad si existen ejecuciones sobre bienes necesarios para el desarrollo de la actividad que provengan de créditos de aquella naturaleza, y la segunda deficiencia, bajo nuestro punto de vista, es el «olvido» de no otorgar protección a los bienes del deudor respecto a las ejecuciones extrajudiciales notariales que se encuentran inexplicablemente fuera del ámbito de la norma."

139 GONZÁLEZ NAVARRO. Blas Alberto. "El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014". Revista Aranzadi Doctrinal num. 2/2014 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2014: La reforma de 2014 no parece haber reparado en que, al mantener intacta la competencia del Secretario Judicial para dejar constancia de la comunicación previa, y desde ahora para gestionar la publicación de su resolución de constancia, deja fuera del precepto la necesaria intervención judicial que el precepto exige ahora. Y es que, si bien la diligencia de constancia, o la resolución que pide el artículo 5 bis al Secretario, no precisa de control ni intervención judicial ninguna, parece claro que no será el Secretario quien pueda valorar si los bienes afectados por la ejecución son necesarios o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Solamente los bienes que son necesarios para la continuidad de la compañía son los que habilitan al Juzgado mercantil a paralizar las ejecuciones contra el deudor. Podría pensarse, entonces, que el sistema de la comunicación previa sigue siendo el de la reforma de 2011; una ventanilla de sellado, en la que el Secretario deja constancia meramente de la comunicación del inicio de las negociaciones. Será el deudor el que, con este papel, acuda a los Juzgados de 1ª Instancia instando la consiguiente paralización de las ejecutorias sobre bienes necesarios. Sin embargo, es obvio que ese sistema no puede perdurar: según una doctrina reiterada del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, que acabó por consagrarse en el artículo 56.5 de la LC, «(a) los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». Por tanto, ello obliga al juez civil a preguntar al juez mercantil sobre el carácter de los bienes

Por último, no podemos concluir sin volver la vista a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de Medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, norma que viene precedida del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo. Tal como consta en su preámbulo, la finalidad de la Ley es la de adoptar medidas que permitan aliviar la carga financiera a la que se encuentran sometidas determinadas empresas que podrían llegar a ser viables, permitiendo que éstas sigan atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Con esta confesada finalidad, se intenta mejorar el marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación; acuerdos que, siendo fruto del consenso entre el deudor y sus acreedores, pretenden maximizar el valor de los activos, evitando el concurso de la entidad y la reducción y los aplazamientos pasivos. La norma habla de preconcursalidad, de evitación del concurso, reconociendo que un marco extrajudicial privado, permite una mejor gestión de los activos y de la propia situación de insolvencia o de preinsolvencia.

En este marco, el artículo 71 bis LC, responde a la regulación de lo que se ha venido a denominar “escudos protectores”¹⁴⁰ que permitirían articular estos acuerdos de refinanciación sin el riesgo de posteriores acciones de reintegración, consagrando así, una defensa preventiva, para el mantenimiento de los mismos. Es decir, se trata ahora, con esta vía, de una regulación reactiva que se estructura para evitar la rescisión de los acuerdos de financiación otorgados durante un período sospechoso. En España durante el período de dos años anteriores al auto de declaración del concurso (art. 71 LC).

Probablemente por ello, la actual redacción del artículo 72.2 LC, evidencia la voluntad de legislador de limitar, de forma sustancial, la rescindibilidad de los acuerdos de financiación y de refinanciación, puesto que tal acción únicamente podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones legales, con legitimación exclusiva de la administración concursal. Con esta redacción,

de necesarios o no para la continuidad de la actividad de la empresa, lo que supone un coste temporal incompatible con la protección que otorga el artículo 5 bis.

Es en consecuencia el Juez de lo Mercantil que recibe la comunicación el que debe valorar la necesidad de los bienes; evidentemente, en el caso de existir ejecutorias en marcha: es posible que las ejecuciones ni siquiera se hayan activado cuando se presenta la comunicación previa, por lo que no se pida valoración de necesidad ninguna, en cuyo caso no sería precisa intervención judicial. No obstante, cabe pensar en lo recomendable que sería que, en relación a bienes estratégicos sujetos a garantías reales, incluso sujetos al riesgo de ejecuciones por embargos ordinarios, se solicite del Juzgado que se declare su necesidad para la continuidad de la empresa, a los efectos de que, de iniciarse luego la ejecución, el Juez de 1ª Instancia no tenga que consumir un tiempo precioso preguntando al Juez del eventual concurso posterior, de modo que, presentando el deudor el auto del juez en que se declaran los bienes necesarios y se cierra el paso a cualquier ejecución durante el plazo del artículo 5 bis, ese debate ni siquiera se abriría.”

140Destacamos los trabajos de la profesora PULGAR EZQUERRA, J., quien ha venido sosteniendo en numerosas ocasiones la necesidad de avanzar en esta línea, destacando la necesidad de establecer legislativamente «escudos protectores» para los acuerdos de refinanciación. Acuerdos que, por su propia naturaleza y la versatilidad de su contenido, podrían incluir pactos o requerir actos para su ejecución fácilmente subsumibles en el ámbito de las presunciones que en relación a la concurrencia de perjuicio patrimonial para la masa activa se establecen en el artículo 71 de la Ley Concursal. Así, puede verse, entre otros, en los siguientes trabajos de esta autora: «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 5, julio 2006; «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de “escudos protectores” y el fraude del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», Diario La Ley nº 6963, 9 de junio de 2008 (La Ley 23016/2008); «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», Diario La Ley nº 7097, Sección Doctrina, 29 de enero de 2009 (La Ley 41791/2008); «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 14, Primer semestre 2011, (La Ley 1235/2011) y «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciaciones y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto Ley 11/2014, de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», Diario La Ley nº 8391, 3 de octubre de 2014 (La Ley 7151/2014).

se hace imposible la rescisión por razones materiales, de fondo. Se trata de bloquear la rescisión, otorgando la máxima seguridad jurídica a los acuerdos alcanzados por alguna de las vías *típicas* estructuradas por la Ley.

Sin perjuicio de ello, no se nos escapa la posibilidad del ejercicio de acciones de nulidad – simulación, fraude de ley, vicio del consentimiento- o, incluso, acción pauliana. En todo caso, desde el punto de vista práctico, resulta casi imposible impugnar un acuerdo de refinanciación que cumpla con las condiciones legales¹⁴¹, formales. Las extraordinarias acciones de nulidad o fraude, no resultan óptimas para procesos que tendrán un marco negociador previo, suficientemente contradictorio como para eludir cualquier vicio de este tipo. En definitiva, no serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, que cumplan con lo establecido y previsto en el artículo 71 LC.

III. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL CONCURSO: BREVE EXAMEN DE LAS PRINCIPALES FACULTADES JUDICIALES A LO LARGO DE LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

Una vez analizado el modelo de procedimiento concursal en la Ley española, procede realizar un recorrido sintético por las distintas fases del concurso con el fin de subrayar, cuando menos, las facultades judiciales principales que cabe ejercer en cada de esas fases. A tal efecto, conviene indicar previamente que, aunque tales facultades se expondrán de modo consecutivo, agrupadas con un criterio de sucesión temporal a lo largo del procedimiento, no todas responden a la misma finalidad ni participan de la misma naturaleza. Cabrían, por tanto, criterios de clasificación diversos, que tomaran en consideración no tanto el momento en que recaen las decisiones y el efecto que producen en ese contexto, sino el carácter formal de la decisión o del acto judicial, o la función que pretenden cumplir; así, por ejemplo, hay resoluciones judiciales que implican el ejercicio de la potestad jurisdiccional propiamente dicha, en forma de auto o de sentencia, con efecto generalmente decisorio en la resolución de una determinada controversia que afecta a las partes del procedimiento concursal, y otras que no tienen tal carácter jurisdiccional, sino que tienen una finalidad de impulso del procedimiento, buena parte de las cuales, como decisiones de trámite que son, están ahora encomendadas al secretario judicial/letrado de la administración de justicia; hay otras decisiones, de nombramiento, cese, etc., de órganos el concurso, de autorización de actos, negocios, enajenaciones, etc., que, normalmente, están relacionadas con la actividad de la administración concursal; hay, en fin, decisiones de alcance más personal, cuyos efectos se proyectan en la esfera personal del deudor, sea éste persona física o jurídica, de sus socios o administradores, y decisiones de alcance patrimonial, que se proyectan sobre la masa activa, la masa pasiva, los contratos vigentes, los actos perjudiciales objeto de revocación, las responsabilidades exigibles por distintas causas, etc. En suma, la variedad de funciones que se expresan en resolución judicial es tan amplia, que la posibilidad de clasificación o de agrupación en categorías con criterios diversos es igualmente amplia.

141PARRA LUCÁN, M.A. «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos del Derecho Común», Anuario de Derecho Concursal nº 19, 2010 (BIB 2010, 2), pág. 11. En sentido contrario se pronuncia CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Anuario de Derecho Concursal num. 35/2015 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2015. Esta autora desarrolla un interesante estudio sobre la compatibilidad y posibilidades de ejercicio de la acción pauliana.

Hecha esta precisión, la exposición de las principales facultades judiciales a lo largo del procedimiento se ordenará siguiendo el itinerario legalmente previsto, aunque no siempre el real o efectivo en muchos concursos. A tal fin, los momentos y fases a distinguir serían los siguientes: la declaración del concurso; la fase común; la fase de convenio; la fase de liquidación; la calificación del concurso; la conclusión.

La *declaración del concurso* es una decisión nítidamente judicial; sólo el juez puede declarar al deudor insolvente en concurso y sólo hay formalmente concurso si lo declara el juez competente, por más que el deudor se encuentre en una situación de patente insolvencia actual, o vaya a estarlo de manera inminente. En la Ley española (artículos 13 a 24), la decisión judicial, que reviste forma de auto, se adopta tras un breve procedimiento que tiene distinta función si la solicitud ha sido presentada por el deudor, en caso de concurso voluntario, o por los acreedores, en caso de concurso necesario. En el primer caso, la declaración es prácticamente automática (la solicitud del propio deudor reviste cierto carácter de confesión judicial), si la documentación aportada pone de manifiesto alguna de las circunstancias que acreditan la insolvencia (los llamados “hechos de concurso”) conforme al artículo 2, apartado 4. En el segundo, la declaración es también prácticamente automática si la solicitud de acreedor se funda en embargos infructuosos o en previa estimación judicial o administrativa de la insolvencia, pudiendo el deudor recurrir el auto que le declara en concurso; si se funda en otras causas ha de notificarse al deudor y emplazarle, ya que puede oponerse a la solicitud, en cuyo caso caben medidas cautelares, práctica de prueba y vista previa, antes de que el juez resuelva, aceptando o rechazando la solicitud, y sin perjuicio de posterior recurso por la parte correspondiente; obviamente, si el deudor se allana o no se opone a la solicitud, la declaración en concurso procede sin más. Como ya se indicó, la declaración de concurso se realiza mediante auto judicial, en el que han de figurar los pronunciamientos que indica el artículo 21 (carácter voluntario o necesario del concurso; efectos iniciales sobre las facultades patrimoniales del deudor; nombramiento de administrador concursal; requerimiento de documentos; posibles medidas cautelares; llamamiento a los acreedores para que comuniquen su crédito; medidas de publicidad; previsiones cuando haya sociedad matrimonial de gananciales; posible aplicación de procedimiento simplificado). Notificado el auto a las partes y efectuada la publicidad que ya se indicó (artículos 23 y 24), la situación concursal queda formalmente establecida y se producen, en consecuencia, los efectos que la ley determina, comenzando el desarrollo de la fase común del concurso, pero siempre teniendo en cuenta que la ley permite presentar junto con la solicitud una propuesta anticipada de convenio (104 y siguientes) y también solicitar desde ya la liquidación (142).

En lo que podemos considerar *fase común*, la función judicial se manifiesta en el ejercicio de facultades ciertamente relevantes. Por el orden en que aparece contempladas en el texto legal, cabe señalar: la declaración conjunta de varios concursos o la acumulación de concursos ya declarados (se trata de los denominados concursos conexos, de especial aplicación en los grupos de sociedades, artículos 25, bis y ter) y la designación de administrador concursal, y de auxiliares delegados cuando proceda, así como su separación del cargo, con nuevo nombramiento (artículos 27 a 39).

A continuación se desarrolla un bloque muy amplio de preceptos (desde el artículo 40 al artículo 97 ter) en que se van ordenando los efectos que la declaración de concurso produce en los distintos ámbitos personales y patrimoniales, activos y pasivos. En relación con cada una de las categorías de esos efectos, el juez dispone de atribuciones fundamentales, en las que con frecuencia se ve acompañado de la administración concursal en las variadas formas en que puede

producirse la intervención de este órgano en el procedimiento. Una relación exhaustiva de todas y cada una de las atribuciones y facultades judiciales en esta materia de los efectos del concurso puede obtenerse a partir del análisis puntual del texto legal. Cabe aquí sintetizar las potestades judiciales principales, tomando como criterio de agrupación el mismo que la propia Ley utiliza para ordenar los efectos del concurso.

En primer lugar, están los efectos sobre el deudor (artículos 40 a 48 quáter): el juez decide sobre las facultades patrimoniales del deudor, si las mantiene con intervención del administrador concursal, o le quedan suspendidas, con sustitución en esas facultades por el administrador concursal; la regla general es que la primera opción es la ordinaria en el concurso voluntario, la segunda en el concurso necesario; pero el juez puede razonadamente invertir la opción, o modificar posteriormente la opción inicialmente acordada. También al juez corresponde autorizar enajenaciones de activos, como medida un tanto excepcional y sometida a condiciones, en esta fase; proponer medidas de restricción de comunicaciones, residencia y circulación, con las debidas garantías; decidir si, a pesar del principio general de continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado, procede el cierre total o parcial de explotaciones; fijar el alcance del derecho de alimentos del concursado y su familia; y, finalmente, en caso de deudor persona jurídica, tramitar las acciones contra socios y administradores, auditores o liquidadores, para exigir el desembolso pendiente de la aportación o la responsabilidad por daños a la sociedad, respectivamente, así como decretar los embargos cautelares que permite la ley en estos casos.

En segundo lugar, se contemplan los efectos sobre los acreedores, integrados ope legis en la masa pasiva del concurso (artículos 49 a 60), si bien en este ámbito los efectos proceden más directamente de la ley, sin que sea necesario el ejercicio de potestad judicial con carácter general. Así ocurre con la aplicación de las reglas sobre ejercicio de acciones individuales contra el concursado, en las que se contienen mandatos de inhibición de jueces distintos al del concurso, en beneficio de la jurisdicción de éste, y de no admisión de nuevos juicios declarativos, sin perjuicio de que continúen hasta la sentencia los que ya estuvieren iniciados, con algunas excepciones, o de que tal continuación se haga mediante acumulación de oficio al concurso en algunos casos. También los procedimientos arbitrales en curso siguen la misma regla de continuidad hasta el laudo, aunque es cierto que el juez del concurso podría suspender la eficacia de un pacto o convenio arbitral que entendiera perjudicial. Más especialidad tiene el régimen de las ejecuciones singulares y los apremios administrativos y tributarios, donde se siguen reglas diversas de continuidad de procedimientos iniciados de ejecución administrativa o laboral, si el embargo recae sobre bienes no necesarios para la confinidad de la actividad del concursado, y de paralización preventiva de ejecución de garantías reales sobre bienes necesarios hasta que se apruebe un convenio que no las afecte o hasta que transcurra un año desde la declaración del concurso, tras lo cual se podrán iniciar o reanudar si ya estaban iniciadas cuando se paralizaron. Las demás reglas en esta materia (prohibición de la compensación tras el concurso; suspensión del devengo de intereses y del derecho de retención; interrupción de la prescripción) son también de aplicación legal directa y no tanto de decisión jurisdiccional, salvo que generen conflicto que haya que resolver en esta vía.

Mayor ámbito de decisión judicial aparece en el grupo de efectos que se proyectan tanto sobre los contratos vigentes en que fuera parte el concursado (artículos 61 a 70), como sobre los actos perjudiciales realizados por el deudor en la época anterior al concurso, frente a los que cabe ejercitar las conocidas acciones revocatorias o de reintegración de la masa activa (artículos 71 a 73). En el primer caso, porque las diversas decisiones sobre resolución de contratos, sea a

instancia de la administración concursal, sea de la otra parte del contrato, corresponden al juez del concurso, teniendo carácter muy especial la atribución judicial en relación con los contratos de trabajo vigentes, ya que el juez del concurso asume la competencia para tramitar un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones laborales de carácter colectivo, sea traslado, despido, suspensión o reducción de jornada, una vez declarado el concurso, conforme lo establece el extenso artículo 64 de la Ley. En el caso de la revocación concursal, las acciones de reintegración contra actos perjudiciales realizados por el deudor hasta en los dos años anteriores al concurso se ejercitan ante el juez del concurso en todo caso, conforme al artículo 72, siendo muy de destacar en esta materia la excepción configurada en el artículo 71 bis a fin de que los acuerdos de refinanciación preconcursales, en su distinta tipología, queden exentos de la revocación concursal, si reúnen los requisitos legales, como también ocurre con los acuerdos de refinanciación con acreedores financieros que fueran judicialmente homologados, conforme a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal.

Finalmente, en las operaciones de determinación de la masa activa (artículos 76 a 83) y de la masa pasiva (artículos 84 a 97), con que concluye la fase común, una vez que el administrador concursal presenta su informe, con el inventario de bienes y la lista de acreedores (artículos 74 y 75), la intervención judicial es intensa y altamente determinante. En efecto, la decisión última sobre integración de bienes en la masa pasiva y sobre procedencia del ejercicio del derecho de separación de bienes por terceros que lo aleguen, corresponde al juez del concurso. Como también es notorio el ejercicio de potestades jurisdiccionales para determinar definitivamente la composición de la masa pasiva, que sigue los trámites de la comunicación, el reconocimiento y la clasificación de créditos concursales en privilegiados, ordinarios y subordinados, una vez hecha la distinción entre créditos contra la masa y créditos concursales. La litigiosidad potencial de estas operaciones, inicialmente atribuidas a la administración concursal, es grande, de modo que han de ser frecuentes las decisiones judiciales que resuelven definitivamente los incidentes concursales a que dan lugar las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, con las consiguientes modificaciones previstas en los artículos 97 y siguientes.

Se desarrolla a continuación la *fase de convenio*, en el caso de que así proceda por existir propuesta de convenio, sea en este momento procesal, o sea en forma anticipada, presentada ya con la solicitud del concurso. Y de nuevo en esta fase el protagonismo judicial es evidente; lo justifica un doble motivo: de un lado, el propio control del contenido y del cumplimiento del convenio; de otro, y principalmente, la propia utilidad del convenio, que requiere que sus efectos puedan extenderse más allá del pasivo que formó la mayoría de aceptación, extensión que, debido a la naturaleza contractual y de alcance relativo entre las partes, requiere de la aprobación judicial como instrumento de vinculación de otros acreedores. De ahí que la fase de convenio (artículos 98 a 141) esté especialmente judicializada en toda su extensión.

La intervención judicial es ya notoria en relación con la propuesta anticipada de convenio que puede presentarse con la solicitud del concurso: al juez corresponde admitir a trámite la propuesta y, si obtiene la mayoría suficiente, aprobarla (artículos 106 y 109, respectivamente), previo informe de evaluación de la propuesta por la administración concursal.

En lo que podemos considerar tramitación ordinaria del convenio, la propia apertura de la fase de convenio se produce mediante auto judicial, que ordena convocar la junta de acreedores a la que se someterán las posibles propuestas de convenio para su aceptación, aunque también es posible la tramitación escrita, con adhesiones, si el número de acreedores supera los 300. Al juez del concurso corresponde admitir a trámite las propuestas de convenio que pueden presentar

tanto el deudor, como acreedores cuyos créditos alcancen un quinto del pasivo, verificando que se cumplen los requisitos de tiempo, forma y contenido de las propuestas, ya que el artículo 100, aunque fue modificado para ampliar los límites del convenio, especialmente en lo que hace a la quita y espera, sigue teniendo algunas restricciones que el juez debe someter a control. Al juez corresponde también presidir la junta de acreedores y supervisar su celebración, ordenando los debates y las votaciones (artículos 116 y 121), si bien es posible la delegación en la administración concursal.

La propuesta que resulte aceptada por la mayoría requerida en virtud de su contenido, ha de someterse a la aprobación judicial, siendo posible en este momento la oposición de acreedores que el juez habrá de resolver (artículos 127 y 128). Pero es importante observar lo siguiente: haya habido o no oposición de acreedores, la facultad de aprobación del convenio por el juez es autónoma; esto es: si el juez estima la oposición, el convenio será rechazado; pero si no hay oposición, o ésta no es estimada, ello no supone que el convenio sea aprobado automáticamente por el juez; el juez, incluso en esos casos, puede rechazarlo de oficio por cualquiera de las causas que indica el artículo 131 (infracción de normas sobre el contenido del convenio o de las adhesiones, sobre la forma, o sobre la tramitación escrita o en junta, por defectos en la constitución o en la celebración de ésta). Con el fin de reforzar el efecto extensivo de la aprobación judicial del convenio, ésta se produce mediante sentencia, de la que deriva la fuerza vinculante para el deudor y los acreedores ordinarios y subordinados, y, con las especialidades legales que les afectan, los acreedores privilegiados, en función de su voto y del porcentaje de aceptación (artículo 134).

Finalmente, una vez que el convenio aceptado por los acreedores y aprobado por el juez entra en fase de cumplimiento, al juez corresponde también el control de su correcta ejecución. Cada seis meses recibe un informe del deudor sobre la marcha del cumplimiento; y al propio juez corresponde declarar formalmente que el convenio está íntegramente cumplido, a solicitud del deudor, determinando entonces la conclusión del concurso, como también, a instancia de cualquier acreedor, que ha sido incumplido, procediéndose entonces a la apertura de oficio de la fase de liquidación.

En la práctica concursal española durante los años de la aguda crisis económica acaecida a partir de 2008, la proporción de procedimientos concursales que han concluido con liquidación ha sido elevadísima, alcanzando medias del 90% de los concursos declarados. En el modelo legal inicial, a la *fase de liquidación* se llegaba tras fracasar la fase convenio (por falta de propuestas, por no aceptación de ninguna, por no aprobación judicial, por incumplimiento de la aceptada y aprobada); la realidad fue imponiendo la conveniencia de facilitar la anticipación de la liquidación, incluso facilitando que a solicitud del deudor la liquidación se abra inmediatamente después de la propia declaración del concurso (artículo 142), o permitiéndola en cualquier momento posterior, una vez que se pusiera de manifiesto la insuficiencia de masa activa para satisfacer siquiera las propias deudas de la masa (artículo 176 bis).

Así configurada la fase de liquidación, es explicable que también en este tramo del procedimiento haya una intensa actividad judicial. Es el juez quien declara por auto la apertura de la fase de liquidación, a solicitud del propio deudor, de los acreedores o de la administración concursal, en cada uno de los supuestos que contempla el artículo 142; pero hay aquí una importante singularidad: cabe la posibilidad en ciertos supuestos que el propio juez abra la fase de liquidación de oficio, justamente en los casos en que el modelo legal inicial entendía frustrada o fracasada la fase de convenio, que ahora ya no es necesario agotar, como antes se señaló.

Con la apertura de la fase de liquidación, se desencadenan un conjunto de efectos y operaciones bajo la directa supervisión del juez. Así, si el deudor es persona jurídica, se produce su disolución, si no hubiera llegado al concurso ya disuelta (tégase en cuenta que en el Derecho español actual la declaración de una sociedad e concurso no es causa de disolución; lo es la apertura de la fase de liquidación concursal; y tégase en cuenta que al concurso puede llegar una sociedad ya disuelta y en trance de liquidación societaria, donde se haya puesto de manifiesto la situación de insolvencia que impide culminar la liquidación societaria y obliga a pasar a la liquidación concursal para que la sociedad quede extinguida y cancelada en el Registro Mercantil).

La liquidación se desarrolla conforme a un plan de liquidación elaborado por la administración concursal y aprobado por el juez, que cabe completar con las reglas legales supletorias y con otras normas especiales, entre las que destaca actualmente la posibilidad de transmitir unidades productivas de la masa activa con subrogación del adquirente, a su voluntad, en las relaciones contractuales vigentes (artículos 146, 148, 149). Puesto en aplicación el plan de liquidación, el juez recibe un informe trimestral sobre su desarrollo, así como una rendición de cuentas final, previendo la ley un plazo de un año para su terminación y facultando al juez para separar al administrador concursal por dilación indebida, y para nombrar un nuevo administrador. Finalmente, el pago a los acreedores se produce conforme a las reglas legales que establecen el orden de prioridades por clases y dentro de las clases, así como la proporción (artículos 154 a 162), estando igualmente facultado el juez para autorizar determinadas excepciones o especialidades en la aplicación de las reglas generales.

La calificación del concurso, y sus consecuencias, es materia, por obvios motivos de contenido eventualmente sancionador, especialmente apropiada para la intervención judicial y también para el litigio, como lo prueba la abundante jurisprudencia acumulada en sentencias del Tribunal Supremo, resolviendo recursos de casación interpuestos contra sentencias de apelación de las Audiencias provinciales ante las que se recurre la sentencia inicial del Juez de lo Mercantil competente en el concurso (artículos 163 a 175). En efecto, la calificación del concurso, cuando se den las circunstancias que abren la denominada “sección de calificación” (principalmente cuando haya liquidación o se alcance un convenio gravoso, conforme al artículo 167), es una decisión marcadamente judicial, que se materializa en una sentencia del juez del concurso, que lo declara fortuito o culpable, sin que tal calificación vincule a los jueces penales que intervengan en supuestos de delito de insolvencia punible.

La calificación del concurso como culpable es, en el modelo legal español, una decisión judicial ciertamente compleja en su fundamentación y rigurosa en sus efectos. Los artículos 164 y 165 combinan tres elementos para determinar la calificación del concurso como culpable: una cláusula general (el concurso es culpable cuando en la generación o agravación de la insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del deudor, o de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales, de los dos años anteriores, si es persona jurídica); un conjunto de supuestos en los que cabe presumir, salvo prueba en contrario, la culpabilidad (en general, incumplimientos del deudor, sus administradores, socios, en los casos del artículo 165); un listado de hechos concretos que, si concurren, determinan sin más la calificación del concurso como culpable (son los casos más graves del 164, 2: ausencia o irregularidad contable, inexactitud documental, incumplimiento culpable del convenio, alzamiento de bienes, fraude o simulación patrimonial). La apreciación de este conjunto de elementos propicia, como se señaló, la elevada litigiosidad que rodea la calificación del concurso.

Una vez tramitada la calificación, conforme a los artículos 167 y siguientes, la sentencia que declare culpable el concurso incluye un conjunto de pronunciamientos de elevado rigor jurídico (artículo 172 y 172 bis): determina las personas afectadas por tal calificación, con alcance a administradores, etc., e incluso socios, de la sociedad concursada; esas personas afectadas pueden ser inhabilitadas para administrar bienes ajenos por plazo de entre 2 y 15 años, con cese y sustitución en sus cargos; pierden los derechos que tuvieren como acreedores y deben devolver lo indebidamente obtenido del patrimonio del deudor e indemnizar daños y perjuicios. Cabe igualmente la posibilidad de declarar cómplices del concurso culpable, acreedores o no, con las correspondientes sanciones. Además, pueden ser condenados, en los términos que indica el complejo artículo 172 bis a la grave y rigurosa responsabilidad concursal, que consiste en una auténtica responsabilidad de cobertura del déficit concursal (la parte de la masa pasiva no satisfecha con la liquidación de la masa activa), en cuantía individualizada para cada persona afectada condenada, teniendo en cuenta su grado de contribución a los hechos que hicieron que el concurso se calificara como culpable

Finalmente, el itinerario del procedimiento concursal culmina con la *conclusión* del concurso, sin perjuicio de la posibilidad de su *reapertura* posterior. Es en este tramo final del concurso donde ha tenido encaje más recientemente (reforma de 2015) la limitada *segunda oportunidad* para deudores personas naturales, a través de una peculiar técnica del llamado “beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho”, en el artículo 178 bis.

La conclusión del concurso se establece también por auto judicial cuando concurra alguna de las causas legales previstas en el artículo 176 (revocación de la declaración del concurso; cumplimiento del convenio; pago íntegro de los créditos; desistimiento o renuncia de todos los acreedores); pero hay también una vía especial de conclusión cuando en cualquier estado del procedimiento se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la propia masa, aplicándose entonces las reglas especiales de pago recogidas en el artículo 176 bis. A la conclusión habrá de presentarse al juez la completa rendición de cuentas que pide el artículo 181; y el juez habrá de aprobarla o desaprobarla, con negativas consecuencias de inhabilitación temporal para el administrador concursal en ese caso (artículo 181).

La conclusión del concurso supone la extinción del deudor persona jurídica, mientras que el deudor persona natural continúa respondiendo del pago de los créditos restantes (artículo 178), conforme al principio tradicional de la responsabilidad ilimitada del deudor con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1911 del Código Civil), sin perjuicio de la posibilidad de obtener el beneficio de exoneración de pasivo pendiente, en los términos del artículo 178 bis. Tal beneficio puede ser concedido por decisión judicial a deudores persona natural, empresarios o no, previa solicitud de éstos, tras haber concluido su concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa; el beneficio está sometido a un conjunto de requisitos, tanto personales (condición de buen deudor), como económico-patrimoniales (satisfacción de créditos contra la masa y privilegiados, con variantes en los ordinarios en función de la situación), aunque cabe también una concesión provisional del beneficio, a falta del requisito de pago de esos créditos, si el buen deudor, junto a otras condiciones, acepta un plan de pagos de cinco años de duración, durante el cual el beneficio podría ser revocado si tal plan de pagos se incumple, o incluso si el deudor mejora de fortuna por herencia, legado, donación o por juego de suerte, envite o azar. Si el plan se cumple y no resulta revocado el beneficio, el juez podrá concederlo con carácter definitivo, si bien se admite en este aspecto cierta flexibilidad para deudores que, no pudiendo cumplir el plan, han destinado la mitad de sus ingresos, o la cuarta parte en casos de riesgo de exclusión social, al

cumplimiento del plan. En conjunto se trata de una modalidad de segunda oportunidad ciertamente limitada, si se observa que el primer requisito es que el deudor haya transitado ya por un concurso que terminó con liquidación, pues no se contempla una segunda oportunidad obtenida en fase preconcursal de dificultad económica, o ya de insolvencia, salvo lo que puede derivar en forma de quita de acuerdos preconcursales de financiación, poco aptos para personas naturales, o de acuerdos extrajudiciales de pagos.

Finalmente, cabe la posibilidad (artículos 179 y 180) de reapertura de un concurso de persona natural, si vuelve a ser declarada en concurso en el plazo de cinco años desde la conclusión del anterior, o de persona jurídica, cuando aparezcan nuevos bienes, pero sólo en este caso a los efectos de liquidar el patrimonio aparecido con posterioridad a la conclusión del concurso anterior, que ya extinguió a la persona jurídica.

EL SISTEMA DE INFORMACIÓN EN EL CONCURSO (ESPAÑA)

Jesús QUIJANO GONZÁLEZ¹⁴²

Teniendo en cuenta la pluralidad de intereses afectados por una declaración de concurso, y la necesidad de que tal acto jurídico, por su trascendencia jurídica y patrimonial, resulte difundido de la forma más amplia posible, de manera que pueda llegar a conocimiento de los acreedores del deudor concursado y de otros muchos interesados que puedan resultar afectados, es evidente que deben disponerse instrumentos y medidas de publicidad legal que funcionen con eficacia y aporten seguridad y certeza al desarrollo del procedimiento concursal.

El sistema de información previsto al efecto debe estar operativo no sólo en el momento inicial de puesta en marcha del procedimiento concursal, sino también a lo largo de todo su desarrollo, y especialmente en los momentos más relevantes en que es necesaria mayor difusión, como lo son, por ejemplo, la aprobación del convenio o la apertura de la fase de liquidación, entre otros.

La Ley Concursal española establece un principio inicial de preferencia por la información telemática, informática y electrónica, en su artículo 23, que lo extiende a la publicidad de la declaración del concurso y a las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones.

A tal efecto, existe una REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL, de carácter oficial y dependiente del Ministerio de Justicia, regulado en el artículo 198 de la Ley y desarrollado por un Real Decreto de 15 de noviembre de 2013. El RPC se organiza en cuatro secciones a fin de ordenar sistemáticamente la información acumulada (resoluciones concursales, resoluciones remitidas a otros registros públicos, acuerdos extrajudiciales y administración concursal). En todo caso, la publicidad tiene carácter informativo (meramente declarativo y no constitutivo para la validez o la eficacia del acto publicado), puede realizarse en extracto y en coordinación con otros Registros públicos (Civil y Mercantil, principalmente) y debe ser accesible de forma gratuita por internet u otro medio equivalente de consulta telemática.

142 Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid (España).

El detalle sobre la estructura, contenido, sistema de publicidad y procedimiento de inserción y acceso está desarrollado en la citada norma reglamentaria, que se adjunta a este texto para mejor conocimiento, junto con los artículos de la Ley Concursal referidos principalmente a la materia (23, 24 y 198).

Por otro lado, los artículos 23 y 24, sobre publicidad general y publicidad registral, establecen las medidas informativas que deben adoptarse por las distintas vías (Boletín Oficial del Estado, edictos judiciales, RPC citado, Registros de personas, Civil y Mercantil, de cosas, de la propiedad, de Bienes Muebles, etc.) en función del tipo de publicidad requerida, del acto a publicitar y de la persona o bien afectado.

ANEXOS

I) LEY CONCURSAL

Artículo 23. Publicidad.

1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones. El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el “Boletín Oficial del Estado”, y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el juzgado competente, el número de autos y el Número de Identificación General del procedimiento, la fecha del auto de declaración de concurso, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, la identidad de los administradores concursales, el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos de conformidad con el artículo 85, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.

2. En el mismo auto de declaración del concurso o en resolución posterior, el juez, de oficio o a instancia de interesado, podrá acordar cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso.

3. El traslado de los oficios con los edictos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los medios de publicidad correspondientes. Excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, quien deberá remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes. Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el Secretario judicial a los medios de publicidad.

4. Las demás resoluciones que, conforme a esta Ley, deban ser publicadas por medio de edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado.

5. El auto de declaración del concurso así como el resto de resoluciones concursales que conforme a las disposiciones de esta Ley deban ser objeto de publicidad, se insertarán en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Artículo 24. Publicidad registral.

1. Si el deudor fuera persona natural, se inscribirán preferentemente, por medios telemáticos, en el Registro Civil la declaración de concurso, con indicación de su fecha, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.

2. Si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, serán objeto de inscripción en la hoja abierta a la entidad, preferentemente por medios telemáticos, los autos y sentencias de declaración y reapertura del concurso voluntario o necesario, de apertura de la fase de convenio, de aprobación de convenio, la apertura de la fase de liquidación, la aprobación del plan de liquidación, la conclusión del concurso y la resolución de la impugnación del auto de conclusión, la formación de la pieza de calificación y la sentencia de calificación del concurso como culpable, así como cuantas resoluciones dictadas en materia de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa. Cuando no constase hoja abierta a la entidad, se practicará previamente la inscripción en el Registro.

3. Si se tratase de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que consten en otro registro público, el secretario judicial mandará inscribir o anotar, preferentemente por medios telemáticos, en éste las mismas circunstancias señaladas en el apartado anterior.

4. Si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se inscribirán en el folio correspondiente a cada uno de ellos la declaración de concurso, con indicación de su fecha, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales. Practicada la anotación preventiva o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1.

5. Los asientos a que se refieren los apartados anteriores se practicarán en virtud de mandamiento librado por el secretario judicial. En el mandamiento se expresará si la correspondiente resolución es firme o no. En todo caso, las anotaciones preventivas que deban extenderse en los registros públicos de personas o de bienes por falta de firmeza de la resolución caducarán a los cuatro años desde la fecha de la anotación misma y se cancelarán de oficio o a instancia de cualquier interesado. El secretario judicial podrá decretar la prórroga de las mismas por cuatro años más.

6. El traslado de la documentación necesaria para la práctica de los asientos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los registros correspondientes. Excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo. Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado de oficio se realizará directamente por el juzgado a los correspondientes registros.

7. Reglamentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que, con arreglo a lo previsto en los apartados anteriores, habrán de hacerse constar el auto de declaración y las demás vicisitudes de concurso.

Artículo 198. Registro Público Concursal.

1. El Registro Público Concursal se llevará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y constará de cuatro secciones: a) En la sección primera, de edictos concursales, se insertarán ordenados por concursado y fechas, las resoluciones que deban publicarse conforme a lo previsto en el artículo 23 y en virtud de mandamiento remitido por el Secretario Judicial. b) En la sección segunda, de publicidad registral, se harán constar, ordenadas por concursado y fechas, las resoluciones registrales anotadas o inscritas en todos los registros públicos de personas referidos en el artículo 24.1, 2 y 3, incluidas las que declaren concursados culpables y en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del registro una vez practicado el correspondiente asiento. c) En la sección tercera, de acuerdos extrajudiciales, se hará constar la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos y su finalización. d) En la sección cuarta, de administradores concursales y auxiliares delegados, se inscribirán las personas físicas y jurídicas que cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente para poder ser designado administrador concursal y hayan manifestado su voluntad de ejercer como administrador concursal, con indicación del administrador cuya designación secuencial corresponda en cada juzgado mercantil y en función del tamaño de cada concurso. También se inscribirán los autos por los que se designen, inhabiliten o separen a los administradores concursales, así como los autos en los que se fije o modifique su remuneración. Cuando un administrador concursal sea separado en los términos del artículo 37, se procederá a la baja cautelar del administrador concursal separado. En el caso de personas físicas, se indicará el nombre, dirección profesional, correo electrónico, número de identificación fiscal, ámbito territorial en el que se declara la disposición para ejercer y se señalarán todas las personas jurídicas inscritas en la sección cuarta con las que se encuentre relacionada. Adicionalmente se indicará la experiencia en todos los concursos previos, señalando la identidad del deudor, el sector de actividad de su razón social y el tipo de procedimiento y la remuneración percibida. En el caso de las personas jurídicas se indicará el nombre, domicilio social, forma jurídica, correo electrónico, dirección de cada oficina en la que se realice su actividad y el ámbito territorial en el que se declara la disposición para ejercer. También se señalará el nombre, dirección de cada uno de los socios y de cualquier persona física inscrita en la sección cuarta que preste sus servicios para la persona jurídica. Asimismo, se consignará toda la información sobre la experiencia en los concursos previos del párrafo anterior, indicando la persona física encargada de la dirección de los trabajos y de la representación de la persona jurídica.

2. La publicación de las resoluciones judiciales o sus extractos tendrá un valor meramente informativo o de publicidad notoria.

3. Reglamentariamente se desarrollarán la estructura, contenido y sistema de publicidad a través de este registro y los procedimientos de inserción y acceso, bajo los principios siguientes: 1.º Las resoluciones judiciales podrán publicarse en extracto, en el que se recojan los datos indispensables para la determinación del contenido y alcance de la resolución con indicación de los datos registrables cuando aquéllas hubieran causado anotación o inscripción en los correspondientes registros públicos. 2.º La inserción de las resoluciones o sus extractos se realizará preferentemente, a través de mecanismos de coordinación con el Registro Civil, el Registro Mercantil o los restantes registros de personas en que constare el concursado persona jurídica, conforme a los modelos que se aprueben reglamentariamente. 3.º El registro deberá contar con un dispositivo que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de las resoluciones e información que se incluyan en el mismo. 4.º El contenido del

registro será accesible de forma gratuita por Internet u otros medios equivalentes de consulta telemática.

II) REAL DECRETO DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2013 QUE REGULA EL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL.

I. DISPOSICIONES GENERALES

I

La publicidad de los concursos de acreedores es una consecuencia necesaria del carácter universal de los efectos del concurso de acreedores, que exige que el conocimiento de su declaración y de los pormenores de su tramitación llegue a todos los posibles interesados. Es por ello que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha prestado especial atención a la publicidad del concurso de acreedores, que ha de permitir a estos conocer no sólo la existencia de un concurso que les afecta, sino también la de todas las resoluciones que se aprueben a lo largo del proceso concursal y de las anotaciones que se han de practicar en los registros públicos jurídicos de personas y bienes.

Los problemas que se fueron detectando tras la entrada en vigor de la Ley Concursal pusieron de manifiesto la necesidad de reforzar el papel que aquí ha de cumplir el Registro Público Concursal. El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, ya modificó el artículo 198 de la Ley Concursal, con esa finalidad. Igualmente, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha profundizado en esta cuestión modificando no sólo el artículo 198, sino también el 24 relativo a la publicidad registral. Asimismo, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha modificado la Ley Concursal para añadir un nuevo título X que regula los llamados acuerdos extrajudiciales de pagos, para cuya publicidad se ha creado una nueva sección en el Registro Público Concursal.

El calado de estas reformas obliga a establecer un régimen nuevo para el Registro Público Concursal, que, por un lado, se adapte a su nueva configuración en el artículo 198 de la Ley Concursal y, por otro lado, instaure los mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos que prevé el apartado 7 del artículo 24 de la Ley. Estos preceptos contienen las novedades que explican el contenido de este real decreto.

II

El Registro Público Concursal que ahora se configura responde, en primer lugar, a un principio de unidad de información, de tal forma que tanto las resoluciones procesales que se adopten a lo largo del proceso concursal, como las que implican la apertura de negociaciones para alcanzar los acuerdos extrajudiciales y su finalización, y los asientos registrales derivados de los mismos encuentren un punto de encuentro a efectos de su publicidad. El Registro es el instrumento que asegura esa coordinación entre los Juzgados de lo Mercantil y los distintos registros públicos, así como con los expedientes sobre acuerdos extrajudiciales de pagos.

Y, en segundo lugar, que esa publicidad se obtenga a través de Internet, lo que facilita la accesibilidad a la información concursal. El resultado ha de ser la puesta a disposición de los interesados de una información coordinada y completa.

La puesta en marcha y el mantenimiento del Registro Público Concursal corresponde al Ministerio de Justicia, que encomienda su gestión al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. En lo que se refiere al funcionamiento del Registro Público Concursal, son los Juzgados, los Registradores Mercantiles, los Notarios y los registros públicos los que proporcionan la información de los distintos concursos y expedientes de acuerdo extrajudicial que se ha de incorporar al Registro.

Al Registro Público Concursal corresponde el almacenamiento y sistematización de toda esa información, facilitando la interconexión con los demás registros, cumpliendo así la función coordinadora prevista en el apartado 7 del artículo 24 de la Ley Concursal.

La publicidad correspondiente a cada procedimiento se producirá con la resolución por la que se deje constancia de la comunicación de negociaciones prevista en el artículo 5 bis o con la apertura de cada concurso, cuyo auto, al igual que las demás resoluciones que se adopten en el proceso concursal, se remitirán al Registro Público Concursal, así como a los correspondientes a los registros públicos que corresponda, de los cuales procederá, a su vez, la información que integrará la sección segunda del Registro.

Otro tanto sucede con la publicidad correspondiente a la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, que se producirá con la certificación o copia del acta que acuerde dicha apertura. Y que al igual que los restantes anuncios, actas o resoluciones que se adopten sobre ese expediente, se remitirán al Registro Público Concursal, así como a los correspondientes a los registros públicos que corresponda, de los cuales procederá, a su vez, la información que integrará la sección segunda del Registro.

En cumplimiento del artículo 24 de la Ley Concursal, los asientos que se practiquen como consecuencia de las anteriores comunicaciones en los distintos registros públicos se remitirán también al Registro Público Concursal, de acuerdo con un criterio de integración y coherencia de la información, a la que todos tendrán acceso. Lo mismo sucederá para el Juzgado que tramite el concurso, que irá dando publicidad a las resoluciones que de acuerdo con la Ley Concursal han de incluirse en el Registro Público Concursal.

III

La estructura del Registro Público Concursal es la que se establece en el artículo 198 de la Ley Concursal y consta de tres secciones.

La sección primera dará la publicidad correspondiente a las resoluciones procesales dictadas durante el proceso concursal y a las que deba darse publicidad de acuerdo con la ley. En esta sección se incluyen también aquellas resoluciones que ordene el Juez al amparo de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Ley Concursal.

La sección segunda contiene las resoluciones registrales anotadas en los distintos registros públicos, incluyendo las que declaren la culpabilidad del concursado y las designen o inhabiliten a los administradores concursales.

La sección tercera, relativa a los acuerdos extrajudiciales, contiene la información precisa sobre la iniciación y finalización de los procedimientos para alcanzar los cuerdos extrajudiciales de pagos regulados en el título X de la Ley Concursal, así como las previsiones de publicidad edictal del proceso de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.

IV

Finalmente, este real decreto incluye una previsión relativa a la interconexión del Registro Público Concursal con los registros de resoluciones concursales de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, la cual habrá de realizarse de conformidad con las normas europeas que la regulen. De esta forma, en el contexto europeo se reconoce el papel de estos registros como una fuente de información jurídica esencial para facilitar las gestiones de ciudadanos, juristas, Administraciones Públicas, empresas y otros interesados. Estos registros permiten a los bancos, los acreedores, los socios comerciales y los consumidores acceder a información oficial y fiable sobre casos de insolvencia, garantizando la transparencia y la seguridad jurídica en los mercados de la Unión Europea. Esta previsión se refleja también en la regulación de la sección primera del registro, en la que se prevé la publicidad de la apertura de un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro cuando así lo inste el síndico de dicho concurso.

Con esta nueva regulación, el Registro Público Concursal se configura como una herramienta a disposición de los diversos acreedores del concursado y también de la Administración de Justicia, que cuenta con un instrumento que le facilita la comunicación de las resoluciones que adopten los Juzgados de lo Mercantil a los distintos registros públicos, el conocimiento de otras situaciones concursales con las que pueda guardar conexión y de los expedientes de negociación de los acuerdos extrajudiciales de pago.

Todo ello debe contribuir a la mejora de la seguridad jurídica en lo que concierne a los concursos de acreedores o sus procedimientos preventivos y a una mayor agilidad procesal.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 15 de noviembre de 2013,

DISPONGO:

CAPÍTULO I

De las disposiciones generales para el funcionamiento del Registro Público Concursal

Artículo 1. Objeto y finalidad.

1. Este real decreto contiene el régimen de funcionamiento del Registro Público Concursal, al objeto de asegurar la difusión y publicidad de las resoluciones procesales dictadas al amparo de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y de los asientos registrales derivados del proceso concursal, así como los mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que deban constar la declaración del concurso y sus vicisitudes.

2. El régimen de funcionamiento del Registro Público Concursal asegurará la difusión, coordinación y publicidad de las actas, anuncios y resoluciones procesales dictadas al

amparo de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sobre los acuerdos extrajudiciales, procedimiento de homologación y de los asientos registrales derivados de los mismos.

Artículo 2. Gestión y organización del Registro Público Concursal.

1. La publicidad de las resoluciones concursales publicadas en el Registro Público Concursal se realizará a través de un portal en Internet que se localizará dentro de la sede electrónica que determine el Ministerio de Justicia.

2. El Registro Público Concursal depende del Ministerio de Justicia y se encuentra adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, a la que corresponde dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico y técnico den soporte a la actividad del Registro.

3. La gestión material del servicio de publicidad se encomienda al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, que la realizará a sus expensas y bajo la dependencia del Ministerio de Justicia.

4. Las comunicaciones que se efectúen a través del Registro Público Concursal serán siempre electrónicas, utilizándose canales de comunicación securizados. Las comunicaciones deberán asegurar la seguridad y la integridad de su contenido. Sólo en caso de imposibilidad de emplear medios electrónicos se podrán efectuar las comunicaciones a través de otro medio, de acuerdo con la legislación que resulte aplicable, que asegure, asimismo, la seguridad e integridad de su contenido.

Artículo 3. Acceso a la información del Registro Público Concursal.

1. El acceso al Registro Público Concursal será público, gratuito y permanente, sin que requiera justificar o manifestar interés legítimo alguno.

2. Las resoluciones procesales se publicarán en el Registro en extracto, que incluirá los datos indispensables para la determinación de su contenido y alcance con indicación de los datos registrables cuando aquéllas hubieran causado anotación o inscripción en los correspondientes registros públicos.

Se adoptarán medidas orientadas a evitar la indexación y recuperación automática de los datos contenidos en el Registro a través de motores de búsqueda desde Internet.

3. En el caso de que la resolución publicable en las secciones primera y tercera fuere susceptible de inscripción en un registro público de personas se indicará que la inscripción o anotación está pendiente o, una vez acceda el certificado correspondiente a la sección segunda, que la resolución en cuestión ha causado asiento de inscripción o anotación con referencia a los correspondientes datos registrales.

4. El Registro contendrá un dispositivo de sellado temporal que permita acreditar de una manera auténtica el inicio de la difusión pública de las resoluciones o información que se incluyan en el mismo.

5. La publicidad de las inhabilitaciones contenidas en las sentencias de calificación que no sean firmes sólo será accesible a los órganos jurisdiccionales y las Administraciones Públicas habilitadas legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, a menos que no siendo firmes tuvieran acceso al Registro Mercantil u otros registros públicos de personas. A estos efectos, el Director General de los Registros y del

Notariado, en colaboración con los responsables de los distintos registros públicos y de conformidad con el Consejo General del Poder Judicial, adoptará las medidas necesarias para asegurar la identidad de los solicitantes de información.

Artículo 4. Estructura y contenido del Registro.

1. El portal se estructura en tres secciones:

a) Sección primera, de edictos concursales.

b) Sección segunda, de publicidad registral de resoluciones concursales.

c) Sección tercera, de acuerdos extrajudiciales.

2. La publicidad tanto de la primera como de la segunda sección permitirá realizar consultas en atención al nombre, denominación o número de identificación fiscal del deudor o concursado y, con referencia a los correspondientes concursos y resoluciones procesales, por el nombre o denominación de las personas físicas o jurídicas que hubieren sido nombrados o separados como administradores concursales, así como por el número de autos y el número de identificación general del procedimiento y el Juzgado competente. Respecto de las inhabilitaciones de las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable se insertará la parte dispositiva de la sentencia de calificación que las hubiere acordado.

3. La sección tercera comprenderá la información y los anuncios que se regulan en el capítulo IV. Su publicidad permitirá realizar consultas en atención al nombre o denominación del deudor y, con referencia a los correspondientes expedientes, por el nombre o denominación del mediador concursal que hubieren aceptado, así como por el número de identificación fiscal, el número de expediente o procedimiento y el Notario o Registrador Mercantil que lo tramite. En el caso de procedimientos de homologación, por el número de autos y el número de identificación general del procedimiento y el Juzgado competente.

Artículo 5. Protección de datos personales.

A los efectos de lo establecido por la normativa de protección de datos de carácter personal:

a) La finalidad y uso de los datos incorporados al Registro Público Concursal son los previstos en la Ley Concursal, sin que puedan emplearse para un fin distinto.

b) Las personas de las que se obtendrán datos serán las declaradas en concurso y todas aquellas a que se refieran las resoluciones que se publican de conformidad con la Ley Concursal que no son concursados.

c) Los datos serán los remitidos por los Juzgados de lo Mercantil, los Registradores Mercantiles, los Notarios y por los registros públicos en los que se realicen los asientos previstos en la Ley Concursal.

d) La estructura del Registro y los datos personales incluidos en él se ajustarán a lo establecido en los artículos 3 y 4.

e) Los datos indicados serán públicos, conforme al artículo 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en la forma indicada en el artículo 6 de este real decreto.

f) El responsable del Registro Público Concursal es el Ministerio de Justicia.

g) El encargado del tratamiento de los datos del Registro Público Concursal es el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, y ante él se ejercerán derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

h) Se aplicarán a los datos incorporados al Registro Público Concursal las medidas de seguridad de nivel medio.

Artículo 6. Duración de la publicidad en el Registro Público Concursal y cancelación de sus datos.

Los datos de carácter personal incluidos en las resoluciones concursales y en los asientos registrales insertados en el Registro Público Concursal en cualquiera de sus secciones serán cancelados dentro del mes siguiente a que finalicen sus efectos, sin perjuicio de su disociación para su utilización posterior. En concreto:

a) Los datos relativos a las sentencias firmes en que se ordena la inhabilitación para administrar bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona en los términos previstos en el número 2.º del apartado 2 del artículo 172 de la Ley Concursal, serán cancelados de oficio en el plazo de dos meses contados desde que hubiere transcurrido el período de inhabilitación establecido en la misma sentencia.

b) También se cancelarán de oficio dentro del mismo plazo anterior los datos relativos a la inhabilitación temporal para ser nombrado administrador en otros concursos en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 181 de la Ley Concursal y una vez terminen los efectos de la inhabilitación según lo que se establece en la sentencia de desaprobación de cuentas.

c) Los datos relativos al cese de los administradores concursales o auxiliares delegados en aplicación de lo que establecen los artículos 37, 151, 152 y 153 de la Ley Concursal, se cancelarán transcurrido un plazo de tres años desde la firmeza del auto o de la resolución judicial.

d) Los datos relativos al acuerdo extrajudicial de pagos se cancelarán de oficio transcurridos dos meses desde la publicación del acta notarial de cumplimiento del plan de pagos o desde la firmeza de la resolución judicial que declare la conclusión del concurso consecutivo.

CAPÍTULO II

De la sección primera de edictos concursales

Artículo 7. Contenido de la sección primera del Registro Público concursal.

1. En la sección primera, de edictos concursales, del Registro Público Concursal se insertarán, ordenadas por deudor o concursado y dentro de cada procedimiento por fecha de su adopción, la resolución por la que se deje constancia de la comunicación de negociaciones prevista en el artículo 5 bis y las resoluciones procesales que deban publicarse conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Ley Concursal y demás preceptos que a aquél se remiten.

2. En la sección primera del Registro se insertarán también las resoluciones correspondientes al proceso concursal a las que, por decisión judicial, se deba dar publicidad de acuerdo con la Ley Concursal.

3. También se dará publicidad en esta sección a la apertura de un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro de la Unión Europea cuando así lo solicite el síndico designado por el Tribunal competente de ese Estado o, en su caso, el propio Tribunal, con arreglo a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia.

Artículo 8. Remisión de las resoluciones procesales al Registro Público Concursal.

1. Las resoluciones que deban publicarse en la sección primera del Registro Público concursal se remitirán desde los Sistemas de Gestión Procesal por el personal del Juzgado de lo Mercantil, bajo la dirección del Secretario judicial, a través de la aplicación electrónica y el modelo que el Registro pondrá a su disposición.

No obstante, cuando no sea posible el traslado de las resoluciones a través de la aplicación electrónica, las mismas serán entregadas al procurador del solicitante del concurso que de inmediato los remitirá al Registro Público Concursal. En estos casos, cuando el concurso se hubiera solicitado por una Administración Pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, la inserción de las resoluciones judiciales se hará en virtud de mandamiento remitido por el Secretario judicial al Registro.

2. En relación con cada una de las resoluciones objeto de publicidad en la sección primera el documento remitido contendrá los siguientes datos:

a) Clase de resolución procesal en atención a su contenido tipificado.

b) Identidad del deudor o concursado por su nombre o denominación social y el número de identidad fiscal si lo tuviere. En caso de concurso de acreedores declarado conjuntamente o acumulados, se expresará esta circunstancia con identificación de los demás concursados.

c) La denominación y número de Juzgado, del Tribunal u Oficina judicial que la hubiere dictado, la identidad del Juez o, en caso de Tribunales colegiados, del ponente o del Secretario judicial cuando se trate de un decreto, el número de autos y la fecha de la resolución, con expresa indicación de si es o no firme.

d) El contenido literal del edicto.

e) Firma del secretario.

Artículo 9. Remisión de las resoluciones procesales a los registros públicos y a otros registros.

1. Corresponde al personal del Juzgado de lo Mercantil, bajo la dirección del Secretario judicial remitir las resoluciones que se dicten en su Juzgado a los registros públicos de personas y de bienes en los que deban aquéllas inscribirse o anotarse a través de la aplicación electrónica y con el modelo que el Registro pondrá a su disposición. A tal efecto, para el cumplimiento electrónico de los trámites fiscales y registrales y, eventualmente, para la subsanación de los defectos advertidos en la calificación podrá interesarse la

tramitación telemática a través de cualquier profesional colaborador de la Administración de Justicia que cuente con los medios adecuados.

No obstante, cuando no sea posible el traslado de las resoluciones a través de la aplicación electrónica será de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior.

2. Si los datos que obran en las actuaciones y el mandamiento se refieren a un sujeto inscribible en el Registro Mercantil, el Secretario judicial, en la forma y con los requisitos previstos en el apartado anterior, solicitará del Registrador Mercantil competente que remita, el mismo día en que se hubiera practicado el correspondiente asiento, certificación telemática del contenido de la resolución dictada por el Juez del concurso al Registro de la Propiedad, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro registro público de bienes competente, de conformidad con lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil.

3. De igual forma, el personal de la Oficina judicial, bajo la dirección del Secretario judicial remitirá, en función de la naturaleza del concursado, las resoluciones a cualesquiera otros registros en los que se encuentre inscrito, incluidos los registros administrativos.

CAPÍTULO III

De la sección segunda de publicidad registral

Artículo 10. Contenido de la sección segunda del Registro Público concursal.

En la sección segunda, de publicidad registral, se harán constar en extracto y ordenadas por concursado y fechas, las resoluciones registrales anotadas o inscritas en todos los registros públicos de personas referidos en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 24 de la Ley Concursal, incluidos los asientos registrales relativos a las sentencias que declaren concursados culpables o acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales, y en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del Registro una vez practicado el correspondiente asiento. También se hará constar en la misma forma las resoluciones registrales anotadas o inscritas en los registros públicos de personas reseñados en el apartado 3 del artículo 233 de la Ley Concursal.

Artículo 11. Remisión de asientos de los registros públicos al Registro Público Concursal.

1. El mismo día en que se hubiere practicado la inscripción o anotación preventiva de las resoluciones que deban publicarse en la sección segunda, el Registrador competente que estuviere a cargo del correspondiente registro público a que se refiere el artículo 24 de la Ley Concursal expedirá una certificación en extracto del contenido del asiento autorizada con su firma y la remitirá al Registro Público Concursal.

2. La certificación en extracto del Registrador se ajustará al formato que se proporcione por el Registro Público Concursal y contendrá la indicación del tipo de asiento practicado y los datos de inscripción.

3. El encargado del Registro Público Concursal comprobará que la remisión permite la inserción de la resolución en la sección segunda del Registro y, en su caso, comunicará los defectos que impiden su difusión a los efectos de publicidad noticia. La inserción debe practicarse en formato estandarizado en el mismo día de la recepción, con excepción de los supuestos en que el documento ingrese en el Registro en soporte papel, en cuyo caso su publicidad se producirá dentro de los dos días hábiles siguientes.

CAPÍTULO IV

De la sección tercera de acuerdos extrajudiciales

Artículo 12. Contenido de la sección tercera del Registro Público concursal.

1. En la sección tercera, de acuerdos extrajudiciales, se hará constar, ordenados por deudor, los procedimientos para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, con indicación del nombre o denominación del deudor y del mediador concursal, del número de identificación fiscal de ambos, de las fechas de solicitud, de apertura del expediente, de inicio de negociaciones y de finalización de las mismas, así como la información que se indica en los artículos siguientes.

2. En la sección tercera, ordenadas por entidades deudoras, se publicarán el anuncio con el extracto del decreto del Secretario judicial por el que se admite a trámite la solicitud de la homologación, del auto judicial por el que se aprueba la homologación de los acuerdos de refinanciación y de la sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación en los términos previstos en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.

Artículo 13. Remisión de información al Registro Público Concursal.

1. El Notario o el Registrador Mercantil remitirá certificación o copia del acta al Registro Público Concursal para su publicación en la sección tercera de la apertura del expediente, debiendo indicar:

- a) La identidad del deudor, incluido su número de identificación fiscal.*
- b) La fecha en que se ha presentado la solicitud del deudor.*
- c) La fecha en que se ha admitido la apertura del procedimiento.*
- d) La fecha de aceptación del mediador concursal.*

e) La identidad del mediador concursal, incluido su número de identificación fiscal, y la dirección electrónica en la que los acreedores podrán realizar cualquier comunicación o notificación.

2. El Notario o el Registrador Mercantil comunicará al Registro Público Concursal la finalización de las negociaciones. En los supuestos del apartado 6 del artículo 235, el apartado 4 del artículo 236 y el apartado 3 del artículo 238, una vez que el mediador concursal haga constar estas circunstancias por acta, el Notario o Registrador Mercantil comunicará la fecha del cierre del expediente y, en su caso, si se ha solicitado declaración de concurso.

3. La información señalada en este precepto que se haya de remitir por el Notario o Registrador Mercantil se ajustará al formato que se proporcione por el Registro Público Concursal.

Artículo 14. Publicidad del acuerdo extrajudicial de pagos y sus incidencias.

1. Cuando las negociaciones concluyan con la adopción de un acuerdo extrajudicial de pagos, el Notario o Registrador remitirá para su publicación en el Registro Público Concursal anuncio que contendrá los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su número de identificación fiscal, el Notario o Registrador competente, el número de

expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal, incluyendo su número de identificación fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil o Notaría correspondiente para la publicidad de su contenido.

2. En caso de anulación por sentencia del acuerdo extrajudicial de pagos, dicha resolución será remitida para su publicación en la sección tercera del Registro Público Concursal desde los Sistemas de Gestión Procesal por el personal del Juzgado de lo Mercantil, bajo la dirección del Secretario judicial, en la forma prevista en el capítulo II.

3. Cuando el plan de pagos incluido en el acuerdo extrajudicial fuera íntegramente cumplido, el Notario que levante el acta prevista en el artículo 241 de la Ley Concursal remitirá la misma al Registro Público Concursal para su publicación en la sección tercera, de conformidad con el formato que se proporcione por el Registro.

4. Cuando el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, una vez que el mediador concursal haga constar esta circunstancia por acta, el Notario o el Registrador Mercantil lo comunicará al Registro Público Concursal. En todo caso, la publicación en la sección primera del Registro Público Concursal de la declaración de concurso prevista en el artículo 241 de la Ley Concursal se publicará igualmente en la sección tercera, de conformidad con el formato que se proporcione por el Registro.

5. En caso de imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o de incumplimiento del plan de pagos aprobado, la resolución que declare el concurso consecutivo, en los términos del artículo 242 de la Ley Concursal, se publicará en la forma prevista en el capítulo II. Dicha publicación determinará el cierre de la sección tercera.

Artículo 15. Publicidad de la homologación de los acuerdos de refinanciación.

1. Para la remisión al Registro Público Concursal de las resoluciones procesales relativas a la homologación de los acuerdos de refinanciación y de la sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación será de aplicación lo previsto en el artículo 8.

2. Cuando por sentencia se declare la anulación de la homologación o el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado, dicha resolución será remitida para su publicación en la sección tercera del Registro Público Concursal desde los Sistemas de Gestión Procesal por el personal del Juzgado de lo Mercantil, bajo la dirección del Secretario judicial, en la forma prevista en el capítulo II.

Disposición adicional primera. Interconexión con los registros de resoluciones concursales de la Unión Europea.

De conformidad con las normas de la Unión Europea que lo regulen, el Registro Público Concursal podrá conectarse con los registros de resoluciones concursales de los demás Estados miembros, así como con las plataformas comunitarias que al efecto se establezcan, al objeto de facilitar las consultas en materia concursal en la Unión Europea y permitir el conocimiento de los procesos concursales en este ámbito, con los efectos que se prevean.

El acceso al registro concursal desde la plataforma dispuesta al efecto por la Unión Europea se regirá por su normativa específica.

Disposición adicional segunda. Estadística concursal.

Se habilita al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España para que elabore anualmente una estadística concursal, que se remitirá al Instituto Nacional de Estadística y a la Comisión Nacional de Estadística Judicial. A tal fin, se coordinará la actuación del Colegio de Registradores con el Instituto Nacional de Estadística, contando con la colaboración que presta el Consejo General del Poder Judicial para la elaboración de estadísticas en materia de concursal.

Por resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Instituto Nacional de Estadística se establecerá el contenido y el procedimiento de envío a éste último de la información relevante a los efectos del cumplimiento de sus funciones.

Disposición transitoria primera. Resoluciones concursales anteriores a este real decreto.

1. El Ministerio de Justicia adoptará las medidas necesarias para incluir en el Registro Público Concursal el contenido de las resoluciones concursales correspondientes a procesos que no hayan terminado en la fecha de su entrada en vigor.

2. Hasta la implantación definitiva del Registro Público Concursal seguirá subsistente el sistema de publicidad concursal regulado en el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio.

Disposición transitoria segunda. Sistema de envío automático.

En cuanto las condiciones técnicas lo permitan, la transmisión de la información prevista en este Real Decreto se realizará directamente desde las aplicaciones de gestión procesal, en la forma que reglamentariamente se determine.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa del Real Decreto 685/2005, de 10 de junio.

Queda derogado el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales, sin perjuicio de su aplicación provisional en los términos del apartado 2 de la disposición transitoria primero.

También quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango resulten contradictorias e incompatibles con la regulación que se contiene en este real decreto.

Disposición final primera. Habilitación al Ministro de Justicia.

Se habilita al Ministro de Justicia para dictar cuantas normas sean necesarias para la ejecución de lo dispuesto en este real decreto.

Disposición final segunda. Competencia del Estado.

Este real decreto se dicta en virtud de las competencias que atribuye al Estado el artículo 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución Española, en materia de legislación mercantil y de ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

El presente real decreto entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 15 de noviembre de 2013. JUAN CARLOS R. El Ministro de Justicia, ALBERTO RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ.

“EL PAPEL DEL JUEZ EN EL CONCURSO: UNA APROXIMACION DESDE EL DERECHO CONCURSAL PERUANO”

Jean Paul BROUSSET¹⁴³

I. TEORIAS GENERALES SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ

Las teorías que tratan de sustentar el papel del derecho en las sociedades modernas tienen dos extremos que se han ido aproximando conforme han ido evolucionando dichas sociedades. Así, las teorías iusnaturalistas han ido dejando de lado el derecho natural o el divino para aproximarse a conceptos como los principios universales (llámense derechos humanos, principios generales del derecho, etc.)¹⁴⁴, que desde una posición externa a las legislaciones son entendidos como entes que ordenan y hacen lógicas las normativas internas de cada país. Del otro lado, las teorías positivistas modernas (sobre todo las conocidas como positivismo incluyentes¹⁴⁵) parten de la norma formal como eje fundamental del quehacer jurídico, pero aceptando que los principios pueden complementar dichos constructos con el objeto de regular adecuadamente todas las conductas que son relevantes para el mundo jurídico. Así, el problema de la discrecionalidad de los jueces -que es una de las grandes discusiones que antaño alejaba a ambas corrientes filosóficas- está tratando de ser solucionado por ambas teorías validando los principios desde distintos enfoques, pero entendiendo a los mismos como conceptos fundamentales para la resolución de los problemas de la manera más segura y justa como sea posible.

143 Debo agradecer a la señorita FABIOLA TUNA, quien me asiste en la cátedra de Derecho Concursal en la Universidad Tecnológica del Perú, quien me apoyó no solo en la recopilación de los datos bibliográficos del presente artículo, sino con quien discutimos los alcances y contingencias del mismo.

144 CORIPUNA A. Razonamiento constitucional: críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional, PUCP, Lima, 2014

145 HART, H.L.A. El Concepto de Derecho. 3ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

En ese sentido, para los positivistas los principios jurídicos constituyen una herramienta secundaria que complementa el texto normativo, mientras que para los iusnaturalistas dichos principios constituyen en el punto de partida de cualquier regulación de comportamientos humanos.

En el derecho concursal anglosajón BAIRD¹⁴⁶ incluye la existencia de dos tipos de concursualistas según su enfoque jurídico filosófico: Los tradicionalistas y los procedimentalistas.

Entiende por los primeros a aquellos doctrinarios que creen en que el papel del derecho concursal debe ser la protección de la empresa, al ser ésta el núcleo económico fundamental de la sociedad, partiendo para ello de un análisis "sensible" del fenómeno de la crisis empresarial, en el sentido de que este análisis intenta paliar los efectos negativos de dicha crisis en todos los actores del concurso (acreedores, deudor, trabajadores, empresas proveedoras, familias, etc.). En suma, este enfoque privilegia el principio de justicia social por encima de cualquier enfoque utilitarista coincidiendo con la posición filosófica de Rawls en la teoría de la justicia.¹⁴⁷

De otro lado, va a entender como procedimentalistas a aquellos doctrinarios que creen que el papel del derecho concursal es meramente formal, un proceso diseñado para acercar a las partes y motivarlas a la solución del conflicto, -no más- pues es el mercado el que debe libremente regular las contingencias de la crisis empresarial. Así, la toma de decisiones se debe dejar a los sujetos más afectados de la crisis, en este caso -según estos doctrinarios- a los acreedores. Esta teoría está cerca a postulados utilitaristas, pues busca el beneficio de la mayoría de los sujetos del concurso, sin importar si el resultado regulatorio es justo o no lo es, al entender que es suficiente la solución que ellos toman en mayoría y en supuesta libertad de decisión.

Como se ve, la distinción de BAIRD¹⁴⁸ coincide en esencia con la distinción entre iusnaturalistas y positivistas, siendo los primeros cercanos a los tradicionalistas, estando los segundos cercanos a los procedimentalistas.

Pero lo que resulta relevante para el tema pretendemos desarrollar en el presente artículo es el papel del juez en el concurso, y esta dicotomía descrita implica dos visiones distintas sobre ello:

- En la visión positivista procedimentalista, el juez debe tener un papel dual: ser un motivador que aproxime a las partes del conflicto, y ser un fiscalizador de las formas procesales generales del concurso. Es extraño a su función verificar la validez sustantiva del acuerdo (porque sí puede reparar la formalidad del mismo).

El proceso concursal es -en esta visión neo liberal del mismo- un mero proceso positivo formal, en donde se trata de evitar que este juez tenga mayores discrecionalidades respecto al tema de fondo: la decisión sobre la crisis. Esta decisión le compete única y exclusivamente a aquellos agentes económicos que -supuestamente- han sido más afectados por la misma, a saber, los acreedores.

- En la visión iusnaturalista moderna (que Baird denomina tradicionalista), por el contrario, el juez tiene un papel más activo, pues es el encargado de verificar no solo que

146 BAIRD D. Axiomas concursales aceptados. Revista Themis No.45. PUCP. 2014. Pgs. 7-24.

147 RAWLS J. Teoría de la justicia. 2da Ed. México DF. FCE. 1995.

148 BAIRD D. Op cit. pg. 10

la norma positiva se active de manera adecuada, sino que, en cada caso en concreto, se respeten de manera genérica y específica los principios generales que regulan nuestras sociedades, en especial el principio de justicia inter partes, el mismo que -para esta corriente- no puede ser dejado en manos de particulares que solo verifican sus propios intereses y no los intereses de la colectividad.

Así, la búsqueda del acuerdo justo es el *leif motif* del juez, quien no restringe su acción para ello en las normas positivas, sino que actúa con la discrecionalidad suficiente para sobrepasarlas en caso que las mismas generen inequidades entre las partes reguladas.

Con este marco teórico general, pasaremos a revisar lo ocurrido en el caso peruano.

II. EL CASO PERUANO: LA ADMINISTRACION COMO ELECCIÓN COMPLEJA EN UN CONTEXTO POLÍTICO Y SOCIAL ADVERSO AL PODER JUDICIAL

El derecho concursal como rama novísima del derecho comercial irrumpe en nuestro país el año 1993. En efecto este año se publica la Ley 26116, Ley de Reestructuración Patrimonial en cuyo contenido verificamos las ideas centrales de este derecho innovador.

Pero los acontecimientos históricos que precedieron a la promulgación de la referida norma nos sirven para entender mejor el contenido final de la misma, así como el de las sucesivas normas que la modificaron, y sobre todo nos sirven para comprender la decisión de retirar del fuero jurisdiccional común la regulación de la crisis empresarial y entregársela a un órgano administrativo.

Y es que el gobierno de Alberto Fujimori -que ganó las elecciones democráticas del año 1990 con ideas de centro izquierda- dio un viraje de 180 grados y terminó no solo postulando políticas neoliberales radicales, sino que, -con el pretexto de que su implementación era obstruida por los otros poderes del estado- terminó dando un golpe de estado (autogolpe) desde el mismo gobierno, disolviendo los poderes legislativo y judicial y convocando a un nuevo pacto constitucional. Es así como se promulga la nueva constitución de 1993, generándose bajo su marco diversas normas que pretendían sustentar la nueva visión de sociedad que tenía esta dictadura. Una de esas normas fue la referida Ley 26116.

Entonces podemos ver que el derecho concursal se impone en el Perú como una rama de derecho que sustenta un cambio de visión general del Estado. Las políticas neoliberales que sustentan esta visión son las que le dan el marco principista a esta rama del derecho.

En este contexto, el antiguo poder judicial era un estorbo para el dictador, pues en él se mantenían los jueces designados por los anteriores gobiernos que eran enemigos del régimen. Es por ello que uno de los objetivos del gobierno fue reducir la influencia y la capacidad de decisión de dicho poder del Estado. Así, se inició una purga del mismo, calificando a sus integrantes de corruptos. Miles de jueces fueron despedidos y se colocaron en su lugar abogados que tenían la confianza del régimen. Pero este proceso era demasiado lento, y la dictadura deseaba correr con el acaparamiento del poder.

Los teóricos que rodeaban a Fujimori idearon entonces un plan que implicaba asentar de una manera radical los poderes del ejecutivo frente a los otros poderes del Estado.

Así, en el ámbito del poder legislativo, se eliminó una de las cámaras y se diseñó a la que quedaba como un poder títere que se limitaba a tibias acciones políticas de control, dejando para el ejecutivo la mayor labore en la expedición de normas con rango de ley. Mecanismos como la delegación de facultades son los que -a partir de ese momento- priman a nivel legislativo en nuestro país, habiéndose convertido al Congreso en un órgano casi meramente decorativo en materia legislativa, siendo el poder ejecutivo el que verdaderamente expide las normas que regulan los comportamientos de los ciudadanos en nuestro país.

Pero estos mismos teóricos también diseñaron acciones para que el poder ejecutivo se impusiera y tomara la batuta en diversos asuntos que le competían al poder judicial. Este copamiento de funciones jurisdiccionales comenzó la designación de jueces “amigos del régimen” (la llamada provisionalidad que todavía constituye un grave problema en nuestro poder judicial) y siguió con la creación de nuevos organismos administrativos, a los que la dictadura les delegó funciones que eran originariamente de los jueces. Uno de esos organismos fue el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia INDECOPI, que asumió la resolución de diversos temas que le correspondían por esencia a la jurisdicción originaria del poder judicial.

Hasta acá hemos hecho un análisis somero de las razones que llevaron a la dictadura a entregar la regulación del concurso a un órgano administrativo. Ahora trataremos de rastrear las razones que sustentaron la forma como dicho proceso fue regulado.

Nuestra primera intuición es que el neoliberalismo como concepto le venía muy bien a la dictadura. Vender los activos del estado a precios lucrativos (privatizaciones de la mayor parte de actividades económicas), asumir funciones limitadas (estado pequeño) y focalizar las mismas en actividades electoreras (como inauguración de colegios, postas médicas y carreteras que luego se fueron cayendo a pedazos por su endeble construcción debido a los negociados y las coimas) era el negocio ideal para este grupo de poder que asaltó el estado peruano.

Es en el marco de estas intencionalidades dudosas y amorales que se diseñaron las funciones jurisdiccionales de los nuevos organismos (entre ellos el INDECOPI). Es por ello que, en el caso del concurso, EL INDECOPI tiene fundamentalmente una función de veedor y buen componedor del conflicto originado por la crisis del deudor, dejando a la junta de acreedores las funciones de evaluar y decidir sobre el destino y la administración de la empresa en problemas. El INDECOPI en ese sentido es una institución que no tiene demasiadas discrecionalidades en esta materia (coincidiendo por lo tanto con el modelo positivista procedimentalista explicado en la primera parte), siendo más un ejecutor del derecho positivo contenido en la norma concursal la cual, - como ya lo dijimos- deviene en una norma simplemente procedimental que estructura el proceso que tienen que seguir los particulares (deudor y acreedores) para solucionar la crisis económica del deudor.

El modelo neoliberal por lo tanto se aplicó, no necesariamente en búsqueda de eficiencia de mercado o maximización de la justicia inter partes, sino porque -a nuestro concepto- resultaba conveniente para este grupo de personajes que buscaba lucrarse del estado en la venta de sus principales activos, lo que implicaba la disminución paulatina de sus principales actividades,

manteniendo algunas de carácter casi decorativo, como la de fiscalización de los procesos de empresas en crisis.

Esta situación no ha variado en todos los años que tiene vigente la norma concursal.

Los grandes problemas que ha implicado este diseño han sido resaltados por la doctrina peruana y los podemos resumir en los siguientes:

- Al ser una jurisdicción delegada, el INDECOPI no puede fallar en última instancia jurisdiccional, no teniendo tampoco la capacidad de identificar y sancionar directamente (en materia civil o penal) a las personas que hayan actuado con dolo o culpa inexcusable afectando al patrimonio concursado o a terceros.
- En concreto, en materia penal, cada vez que el INDECOPI ha detectado algún comportamiento ilícito, ha tenido que requerir la intervención del poder judicial para que este recién inicie acciones punitivas contra los responsables del mismo.
- En materia civil, quien lidera las investigaciones por actos ineficaces es el poder judicial, dada la limitación jurisdiccional que tiene el INDECOPI para ver estos asuntos, que la misma Ley concursal delega al poder originario. Por ello, todas las indagaciones sobre actos en período de sospecha, o actos ineficaces posteriores al inicio de concurso es desarrollada en un proceso sumarisimo seguido ante las cortes regulares.
- Los procesos concursales son constantemente paralizados por acciones constitucionales. Estas paralizaciones en la mayor parte de los casos son bastante largas y hacen que se desnaturalice la labor de manejo de la crisis del deudor -que es una labor de rescate inmediata-, dado que, luego de alguna de estas largas interrupciones, el patrimonio ya ha sido depredado o ha quedado mermado, así como la empresa totalmente desprestigiada para continuar acciones en su mercado.
- Cualquier decisión que tome la administración puede ser revocada por el proceso contencioso administrativo que puede seguirse ante el poder judicial. Así, las decisiones del INDECOPI son absolutamente relativas, restándole certeza a las mismas, dado que pueden ser revocadas por los órganos jurisdiccionales regulares.

Todos estos hechos fácticos han producido una serie de ineficiencias en la práctica que vamos a ver a continuación.

III. EFICIENCIA DEL MODELO ADMINISTRATIVO EN EL TIEMPO

Uno de los grandes reparos al proceso de quiebra vigente antes de que el concurso regulara las crisis patrimoniales de comerciantes en el Perú, era que este tenía una extensión en el tiempo excesiva. Así, la Ley concursal propugnaba una norma expeditiva que implicaba que este tipo de procesos podía concluir en un plazo absolutamente reducido de tiempo.

Las últimas evaluaciones efectuadas por el mismo organismo demuestran que esta propuesta inicial esta siendo incumplida. Los procesos concursales demoran en promedio 8 años¹⁴⁹, contados desde que se presenta la solicitud hasta que el proceso concluye en la vía administrativa (por levantamiento de concurso o por quiebra). Esta estadística no incluye el proceso de quiebra seguido ante el poder judicial, por lo que habría que agregarle ese plazo, que no es menor.

149 Puelles G. y De la Puente C. Reforma que deforma: Decreto Legislativo 1189 y la oportunidad de mejorar el sistema concursal. *Ius et veritas* No.52. Julio 2016. PUCP. Pg. 320

De otro lado, consideramos que el INECOPI como organismo autónomo es uno de los más eficientes en nuestro medio, contando con profesionales conocedores de sus labores técnicas y en su mayor parte personas éticas. Así, las resoluciones expedidas por sus órganos principales, son adecuadamente sustentadas, inclusive con criterios técnicos elevados. El problema es, como ya lo dejamos intuir, que estas resoluciones no son concluyentes, que tratan sobre cuestiones meramente formales (coincidiendo con el modelo positivista propuesto), y que las actividades fiscalizadoras no solo son menores, sino que no pueden ser vistas de manera global por el mismo organismo, pues su verificación última tiene que derivarse a los órganos de justicia regular, con el aletargamiento en las investigaciones que esto implica.

Un tema relacionado con este es el hecho de que, al ser el concurso competencia del poder ejecutivo, este poder -a lo largo de todo este tiempo- ha caído en innumerables tentaciones de politizar los casos concursales, con el objeto de beneficiar al gobierno de turno y a sus amigos. Así, intervenciones groseras por parte del Estado se han producido en muchos de los procesos concursales emblemáticos (ya sea por los montos involucrados o por el tipo de empresas concursadas). Son conocidas las extrañas maniobras estatales en los casos de los concursos de los canales de televisión (canal cuatro y canal 5), -quitando y volviendo a poner acreedores vinculados dependiendo del beneficio del gobernante de turno- o motivando concursos para controlar clubes deportivos populares (con los casos de Alianza Lima y Universitario de deportes que fueron manejados durante mucho tiempo por los representantes estatales). Como se puede ver, dejar los temas concursales en manos de un poder ejecutivo inescrupuloso acrecienta severamente estos abusos de poder que son inaceptables en sociedades democráticas como las nuestras.

Finalmente, los procesos concursales en el Perú concluyen mayoritariamente en la quiebra (las estadísticas del mismo INDECOPI reportan un 95% de procesos culminados en ese estado¹⁵⁰), por lo que es claro que se trata de procedimientos con una clara tendencia liquidatoria. Esta situación -que supuestamente debió ser revertida por el derecho concursal-, ratifica que en el Perú, esta rama del derecho no se ha alejado casi nada de los objetivos del antiguo derecho de quiebra. Es decir, en la práctica, las normas concursales sirven primordialmente para desaparecer empresas, sin que sea claro -y esto es lo grave- que las mismas hayan estado en una situación de crisis empresarial tal que resultaban ineficientes para el mercado.

En conclusión, del análisis efectuado, podemos afirmar que el hecho de que el INDECOPI sea el que lleve adelante los concursos, presenta mucho más problemas y contingencias que beneficios para el desarrollo eficiente del derecho concursal en el Perú. Es por ello que consideramos pertinente retornar al fuero judicial, lo que permitiría un mejor manejo del proceso y una adecuada sanción de las inconductas que son reiteradas en los concursos peruanos, tanto a nivel civil (con el control de los fraudes civiles en el concurso) como penal (con el control y sanción de los delitos que puedan cometer los actores concursales antes y durante el proceso concursal).

Pero, este cambio no solo debería efectuarse a nivel formal. Debe cambiarse también la visión filosófica del derecho concursal, sustituyendo un proceso meramente formalista por un proceso en donde el juez busque realmente la justicia interpartes (la cual no solo incluye a los actores del concurso, sino a los terceros que dependen del núcleo empresarial en problemas), fin último del

150 <https://www.indecopi.gob.pe/estadisticas>

derecho que no puede dejarse de lado para asumir posiciones positivistas que entienden al derecho como un simple mecanismo de conexión entre dos partes en conflicto.

“LAS POTESTADES JURISDICCIONALES DEL JUEZ CONCURSAL EN EL DERECHO MEXICANO”

DR. Antonio SILVA OROPEZA¹⁵¹

I. Características del Procedimiento Concursal en México. II. Jurisdicción de los jueces concursal, Sistema Jurídico Mexicano. III. La potestad jurisdiccional del juzgador en los procedimientos concursal en México. IV. Procedimiento especial ante concursal. V. Conclusión.

I. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL EN MEXICO.

La crisis que golpeó al mundo en los años noventa y cuatro – noventa y cinco, marcó al sector productivo y a la economía mundial, a raíz de esto, se crearon diversos sistemas o mecanismos de insolvencia que a la fecha no han resuelto el problema de las empresas para que éstas no caigan de nueva cuenta en la misma situación y el derecho de los acreedores continúe vulnerando su seguridad jurídica.

El poco crecimiento en la generación de empleos y una menor circulación de la riqueza, son consecuencias que han perjudicado tanto al sector público, como al privado personas físicas (naturales) y morales (jurídicas) desde pequeñas, medianas o grandes empresas, es decir, no se ha exentado ningún sector de la economía de esta problemática.

En México, el instrumento concursal creado para combatir el incumplimiento generalizado, en principio fue la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, hoy llamada “Ley de Concursos Mercantiles (LCM)”, publicada el doce de mayo del año dos mil, actualmente en vigor, con dos reformas, la primera en el año dos mil siete y la segunda en el dos mil catorce.

151 Abogado Postulante y Asesor de Empresas, en las materias de Derecho Civil, Familiar, Mercantil, Quiebras y Suspensión de Pagos, Concursos Mercantiles, Corporativo, Financiero e Inmobiliario, así como Medios Alternos de Solución de Controversias, Mediación, Conciliación y Arbitraje. Doctorando en la Universidad Panamericana. Se desempeña como Catedrático y Conferencista en diversas Instituciones y Universidades del País y el extranjero en materia de Quiebras y Suspensión de Pagos, Concursos Mercantiles, Amparo, Derecho Civil y Mercantil y Medios Alternos de Solución de Controversias

El objetivo de la Ley de Concursos Mercantiles, como se establece en términos de la Exposición de Motivos de la misma y su artículo 1º, es que el procedimiento de Concurso Mercantil es de Interés Público, el cual se configura en la Conservación de la empresa, viabilidad y maximización de la misma, a efecto de evitar el Incumplimiento Generalizado de Obligaciones.

Por otro lado, el procedimiento concursal vigente en la República Mexicana, solamente está contemplado de manera exclusiva para comerciantes. La ley realiza una distinción y señala que es comerciante, aquella Persona Física o Moral, que su deuda sea mayor a 400 mil Unidades de Inversión (UDIs) al momento de la solicitud o demanda, además de las Empresas de Participación Estatal constituidas como sociedades mercantiles, las Organización Auxiliares del Crédito, aquellos que prestan Servicios Públicos Concesionados e Instituciones Financieras (con excepción de Las Instituciones de Crédito, que se rigen por la Ley de Instituciones de Crédito para los casos de Insolvencia).

En este sentido, existe una clara discriminación de la LCM, sobre la calidad de comerciantes, determinándola exclusiva para el caso del monto de su deuda, excluyendo a la pequeña y mediana empresa, así mismo, deja de lado la protección de la Jurisdicción Concursal al consumidor persona física y en el correspondiente a la deuda soberana y municipal.

El concurso mercantil, trata de ser visto como un juicio de carácter universal a trayente, se puede ver en dos formas; en primer lugar, como un juicio mediante el cual un comerciante que se encuentre en una crisis económica y financiera, pueda solicitar al Estado por conducto del Órgano Jurisdiccional paralizar cualquier tipo de ejecución y llamar a sus acreedores a efecto de llegar a un convenio de pago o en su caso para realizar los activos de la empresa y pagarles; en segundo lugar, puede ser visto como un juicio mediante el cual, cualquier acreedor que tengan créditos no pagados por comerciante en determinado tiempo y que representen un porcentaje significativo del pasivo total del deudor, puedan demandar ante el Organismo Jurisdiccional el pago de su crédito mediante la realización de un convenio o la realización de sus activos.

Los Artículos 9¹⁵² y 10¹⁵³ de la Ley de Concursos Mercantiles establecen que para declarar a un comerciante en Concurso Mercantil cuando éste incumpla generalizadamente con sus obligaciones.

152 Artículo 9º. Será declarado en concurso mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones. Se entenderá que un Comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones cuando:

I. El Comerciante solicite su declaración en concurso mercantil y se ubique en alguno de los supuestos consignados en las fracciones I o II del artículo siguiente, o

II. Cualquiera acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil del Comerciante y éste se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones I y II del artículo siguiente

153 Artículo 10.- Para los efectos de esta Ley, el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un Comerciante a que se refiere el artículo anterior, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones:

I. Que de aquellas obligaciones vencidas a las que se refiere el párrafo anterior, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del Comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y

II. El Comerciante no tenga activos enunciados en el párrafo siguiente, para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.

Los activos que se deberán considerar para los efectos de lo establecido en la fracción II de este artículo serán:

a) El efectivo en caja y los depósitos a la vista;

Se entiende que hay incumplimiento generalizado de sus obligaciones cuando el comerciante que lo solicite o cuando se demande por cualquier acreedor o por el Ministerio Público, se encuentren en los siguientes supuestos:

Que exista un incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y que de aquellas obligaciones vencidas las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido, representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del Comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso y que no tenga activos para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de la demanda o solicitud.

En razón de las circunstancias que podrían permitir al comerciante tratar de evadir el dictamen de la contabilidad y estados financieros con los cuales se encuadren los supuesto señalados en el punto anterior, el artículo 11 de la Ley de Concurso Mercantiles establece que se puede declarar en concurso a un comerciante presumiendo sobre su incumplimiento generalizado de sus obligaciones, cuando se presente alguno de los siguientes casos:

I. Inexistencia o insuficiencia de bienes en qué trabar ejecución al practicarse un embargo por el incumplimiento de una obligación o al pretender ejecutar una sentencia en su contra con autoridad de cosa juzgada;

II. Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos;

III. Ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la administración u operación de su empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones;

IV. En iguales circunstancias que en el caso anterior, el cierre de los locales de su empresa.

V. Acudir a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones;

VI. Incumplimiento de obligaciones pecuniarias contenidas en un convenio celebrado en términos del Título Quinto de esta Ley, y

VII. En cualesquiera otros casos de naturaleza análoga.

El comerciante que considere encontrarse dentro de cualquiera de los supuestos señalados en las fracciones I y II del artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles, se actualizará de manera inevitable dentro de los noventa días siguientes a la solicitud.¹⁵⁴

b) Los depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud;

c) Clientes y cuentas por cobrar cuyo plazo de vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud, y

d) Los títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones de compra y venta en los mercados relevantes, que pudieran ser vendidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda o solicitud sea conocida.

El dictamen del visitador y las opiniones de expertos que en su caso ofrezcan las partes, deberán referirse expresamente a los supuestos establecidos en las fracciones anteriores.

154 Artículo 20 Bis. El Comerciante podrá también solicitar el concurso mercantil, manifestando bajo protesta de decir verdad, que es inminente que se encuentre dentro de cualquiera de los supuestos señalados en las fracciones I y II del artículo 10º de esta Ley.

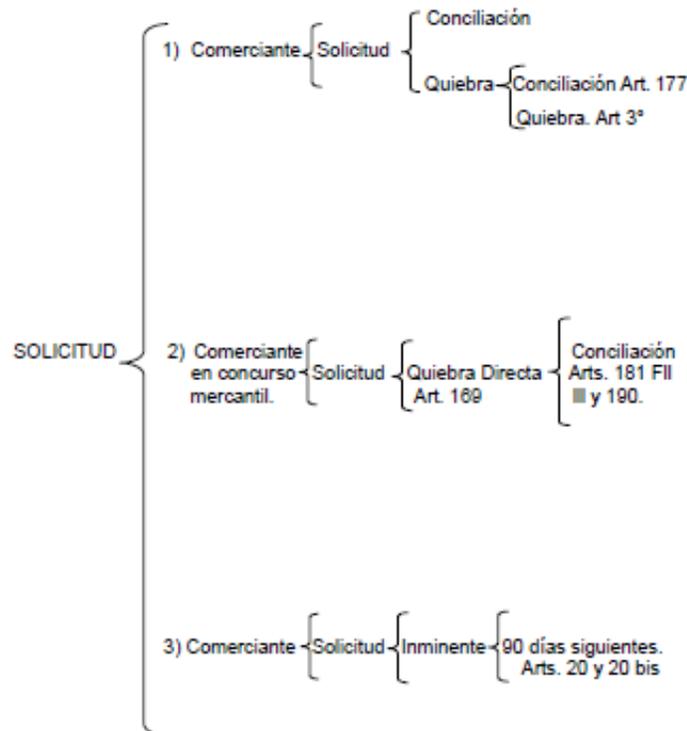
Se entenderá que el Comerciante caerá de manera inminente en los supuestos de incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones cuando se presuma que cualquiera de dichos supuestos se actualizará de manera inevitable

El Concurso Mercantil, se puede presentar de diversas modalidades o procedimientos, uno ordinario, ya sea conciliación y quiebra, otro de quiebra directa presentado por el deudor, y uno más denominado Reestructuración Previa. El ordinario se constituye mediante una demanda o denuncia.

Sin embargo, existen concursos mercantiles especiales, de empresas con participación estatal, concesionadas u Organismos Auxiliares del Crédito. Los concursos mercantiles, de las Instituciones Financieras (Bancarias y Bursátiles) serán conforme a la Ley de Instituciones de Crédito y el procedimiento es liquidatorio.

La procedencia del concurso mercantil radica en que el comerciante se encuentre en los supuestos establecidos en los artículos 9, 10 y 11 de la LCM, ya sea Federal o Local, o bien, mediante solicitud formulada por el propio Comerciante para resolver su crisis financiera (concurso ordinario voluntario).

CONCURSO MERCANTIL VOLUNTARIO Y ORDINARIO.



La anterior tabla, es precisada conforme a lo que establecen los artículos 3º, 20, 20 bis 169, 177,181 fracciones II y III y 190 de la Ley de Concursos Mercantiles¹⁵⁵, la idea de precisar a través

dentro de los noventa días siguientes a la solicitud. En este caso, el Comerciante deberá realizar la solicitud de declaración de concurso mercantil conforme a lo previsto en el artículo anterior.

155 Artículo 177.- Sin perjuicio de lo ordenado en el párrafo segundo, las facultades y obligaciones atribuidas por esta Ley al conciliador, distintas a las necesarias para la consecución de un convenio y el reconocimiento de créditos, se

del anterior esquema, es establecer que el procedimiento concursal tiene diversas matices y que cada una contiene directrices, características especiales, de las cuales podemos enunciar desde este momento, el caso de la Quiebra Operativa, que en cualquiera de estas modalidades del concurso mercantil, permitiría la celebración de un convenio en etapa de quiebra, cuando la empresa continúe en operación y demuestre viabilidad.

CONCURSO MERCANTIL ORDINARIO NECESARIO.

entenderán atribuidas al síndico a partir de su designación. Cuando la etapa de conciliación termine anticipadamente debido a que el Comerciante hubiere solicitado su declaración de quiebra, o concluido el plazo de la conciliación y sus prórrogas en su caso, y el juez la haya concedido, la persona que hubiese iniciado el reconocimiento de créditos permanecerá en su encargo hasta concluir esa labor.

En caso de que el concurso mercantil inicie en la etapa de quiebra, el síndico tendrá además las facultades que esta Ley atribuye al conciliador para efectos del reconocimiento de créditos.

Artículo 3°. La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos. La finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los Acreedores Reconocidos.

Artículo 169.- La sentencia de declaración de quiebra deberá contener:

I. La declaración de que se suspende la capacidad de ejercicio del Comerciante sobre los bienes y derechos que integran la Masa, salvo que esta suspensión se haya decretado con anterioridad;

II. La orden al Comerciante, sus administradores, gerentes y dependientes de entregar al síndico la posesión y administración de los bienes y derechos que integran la Masa, con excepción de los inalienables, inembargables e imprescriptibles;

V. La orden al Instituto para que designe al conciliador como síndico, en un plazo de cinco días, o en caso contrario designe síndico; entre tanto, quien se encuentre a cargo de la administración de la empresa del Comerciante tendrá las obligaciones de los depositarios respecto de los bienes y derechos que integran la Masa. La sentencia de quiebra deberá contener, además de las menciones a que se refiere este artículo, las señaladas en las fracciones I, II y XV del artículo 43 de esta Ley.

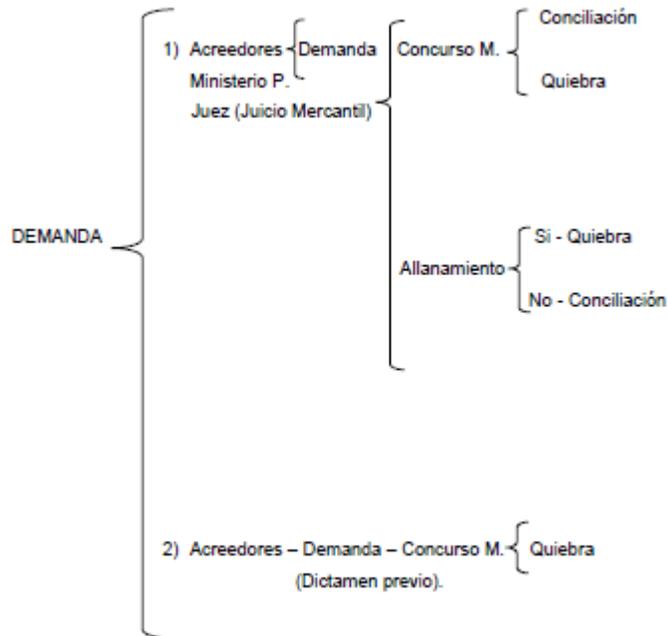
Artículo 190.- Dentro de un plazo de sesenta días contados a partir de la fecha en que el síndico tome posesión de la empresa del Comerciante, deberá entregar al juez:

I. Un dictamen sobre el estado de la contabilidad del Comerciante; II. Un inventario de la empresa del Comerciante;

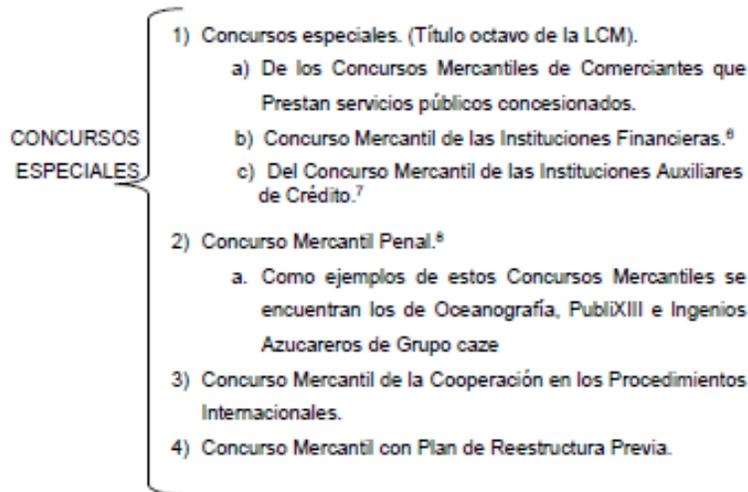
III. Un balance, a la fecha en que asuma la administración de la empresa, y

IV. Un reporte detallado de la asistencia que hubiere recibido por parte del Comerciante en términos del artículo 184 de esta Ley. Estas obligaciones deberán cumplirse en los formatos que al efecto establezca el Instituto.

Una vez que reciba los documentos señalados en las fracciones anteriores, el juez deberá ponerlos a la vista de cualquier interesado.



CONCURSOS ESPECIALES.



156 (6) Artículo 244 Bis. Para efectos de lo dispuesto en el presente Capítulo, se entenderá por: I. Institución Financiera: a la entidad que las leyes federales le otorgan tal carácter. Quedan excluidas las instituciones de crédito, las organizaciones auxiliares del crédito y las personas que realicen actividades auxiliares del crédito. II. Comisión

Ahora bien, las personas que se encuentran legitimadas para promover un concurso mercantil son los que señala los artículos 20 y 21 de la LCM, las cuales son las siguientes:

I. El comerciante

II. Cualquier Acreedor (uno o más) del Comerciante

III. El Ministerio Público.

IV. Si un Juez durante la tramitación de un juicio mercantil, advierte que un Comerciante se ubica en cualquiera de los supuestos de los artículos 10 u 11 de la Ley de Concursos Mercantiles, procederá de oficio a hacerlo del conocimiento de las autoridades fiscales competentes y al Ministerio Público para que, en su caso, este último demande la declaración del concurso mercantil.

V. Las Autoridades Fiscales solo procederán al demandar el concurso mercantil de un comerciante, en el carácter de acreedores.”

Se debe precisar que en el caso de que promuevan el comerciante y el o los acreedores, y además de la entrega de la información financiera y contable requerida, se tienen que garantizar los gastos y honorarios del Visitador; en el supuesto de que lo haga el Ministerio Público o la Autoridad Hacendaría no se tendrán que garantizar tales honorarios.

También cabe señalar que en algunos procedimientos especiales no es necesaria la exhibición de la garantía, ya que no existe visita, por así estar requerido en la ley. Al admitir la demanda o solicitud y dependiendo del procedimiento de concurso mercantil, se ordenará una etapa pre-procesal denominada “visita” en la cual, se designa a un especialista del Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles (IFECOM), órgano facultado para auxiliar al Juzgador, para la designación de especialistas que se encargaran de la parte administrativa del concurso mercantil.

En la visita, el especialista denominado visitador, verificara la contabilidad y situación financiera de la empresa, para dictaminar si se cumple con los requisitos precisados por los artículos 9, 10 y 11 de la LCM, a efecto de determinar la procedencia del mismo. De resolverlo favorablemente el Juez, resolverá mediante sentencia declarando al comerciante en concurso

Supervisora: Aquella que de conformidad con las disposiciones que le resultan aplicables, sea responsable de la supervisión y vigilancia de una Institución Financiera.

157 (7) Estos procedimientos tienen regulación además con diversas legislaciones especiales en materia de concursos mercantiles. Como puede ser la Ley de Instituciones de Crédito, Ley para Regular Las Actividades de Ahorro y Préstamo, Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, entre otras.

158 (8) Artículo 271 Bis. Cuando el Comerciante haya sido declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, se impondrá de tres a doce años de prisión, a los miembros del consejo de administración, administrador único, director general, empleados relevantes a que se refiere el artículo 270 Bis, o representantes legales del Comerciante que, mediante la modificación de las cuentas activas o pasivas o de las condiciones de los contratos hagan u ordenen que se registren operaciones o gastos inexistentes con conocimiento de dicha circunstancia, o que dolosamente realicen cualquier acto u operación ilícita o prohibida por la ley, generando en cualquiera de dichos supuestos un daño en el patrimonio del Comerciante de que se trate, en beneficio económico propio, ya sea directamente o a través de interpósita persona, o en beneficio de terceros, incluyendo el registro de pasivos a favor de cualquiera de las personas señaladas en los artículos 116 y 117 de esta Ley. La pena a que se refiere este artículo será de uno a tres años de prisión cuando se acredite haber reparado el daño y resarcido el perjuicio ocasionado al Comerciante. No se procederá penalmente por el delito previsto en este artículo, cuando las personas actúen en términos de lo establecido por el artículo 270 Bis-2 de esta Ley, así como en cumplimiento de las leyes que regulen los actos o conductas a que se refiere el primer párrafo de este artículo

mercantil. Como ya se mencionó, el concurso mercantil puede iniciar en diversa etapa, ya sea de conciliación o de quiebra, según sea la solicitud o demanda y dependiendo del resultado de la visita o de que así lo haya solicitado el comerciante, o se haya demostrado los extremos del estado de quiebra del comerciante, o si presente a la solicitud de concurso mercantil con plan de reestructura previa o sea procedimiento especial de los ya señalados con anterioridad.

Con la declaración de la sentencia del concurso mercantil, inician la etapa de conciliación¹⁵⁹ mediante la designación de un especialista, denominado Conciliador¹⁶⁰, que, dentro de las dos etapas de Reconocimiento de Créditos y Conciliación,¹⁶¹ será el encargado de vigilar, salvaguardar y en su caso administrar al Comerciante, así como determinar con la información proporcionada por este y por el visitador, la lista de acreedores que tienen derechos y obligaciones frente al comerciante. Además, tiene como objetivo, el buscar salvaguardar la empresa, buscando la viabilidad de la misma y proponiendo un convenio a los acreedores a fin de pagar a los mismos, otorgando quitas y dando plazos para el cumplimiento de sus obligaciones.

Es necesario señalar que el término de la conciliación se puede prorrogar por un periodo igual al concedido, por lo que se estaría tratando de un plazo máximo de 365 días naturales. Durante este término se debe presentar una propuesta de convenio por parte del conciliador y en dado caso de no cumplirse se declara a la empresa en un estado legal de quiebra, tal y como lo previene el artículo 145 de la LCM.

Una vez concluida la mencionada fecha, de no existir conciliación, al no presentarse las condiciones para un convenio, el juez levantará la certificación correspondiente dando por terminada la etapa de conciliación, declarando al comerciante en estado de quiebra, en términos del artículo 145 párrafo quinto de la LCM; en la etapa de quiebra se requerirán los requisitos del artículo 3, se rematarán los bienes de la empresa a fin de cubrir los créditos adeudados, conforme a la preferencia que tengan y hasta donde alcancen los mismos.

Siguiendo con los procedimientos del concurso mercantil, el referido al Plan De Reestructura Previa se realiza mediante solicitud por parte del comerciante, mediante un escrito que contenga

159 Artículo 145. La etapa de conciliación tendrá una duración de ciento ochenta y cinco días naturales, contados a partir del día en que se haga la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la sentencia de concurso mercantil.

El conciliador o los Acreedores Reconocidos que representen más del cincuenta por ciento del monto total de los créditos reconocidos, podrán solicitar al juez una prórroga de hasta noventa días naturales contados a partir de la fecha en que concluya el plazo señalado en el párrafo anterior, cuando consideren que la celebración de un convenio esté próxima a ocurrir. El Comerciante y los Acreedores Reconocidos que representen al menos el setenta y cinco por ciento del monto total de los créditos reconocidos, podrán solicitar al juez una ampliación de hasta por noventa días naturales más de la prórroga a que se refiere el párrafo anterior.

En ningún caso el plazo de la etapa de conciliación y su prórroga podrá exceder de trescientos sesenta y cinco días naturales contados a partir de la fecha en que se hubiese realizado la última publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación.

Concluido el plazo inicial y, en su caso, el de la prórroga, el juez procederá únicamente a levantar la certificación correspondiente haciéndose constar en la misma la terminación de la etapa de conciliación y, en su caso, de su prórroga, y el Comerciante en concurso mercantil será considerado en estado de quiebra. Los plazos para la aprobación del convenio quedan comprendidos dentro de la etapa de conciliación y de su prórroga, no pudiendo extenderse en exceso del término previsto en este artículo.

160 Artículo 146.- Dentro de los cinco días siguientes a que reciba la notificación de la sentencia de concurso mercantil, el Instituto deberá designar, conforme al procedimiento aleatorio previamente establecido, un conciliador para el desempeño de las funciones previstas en esta Ley salvo que ya se esté en alguna de las situaciones previstas en el artículo 147.

161 Artículo 148.- El conciliador procurará que el Comerciante y sus Acreedores Reconocidos lleguen a un convenio en los términos de esta Ley.

todos los requisitos del procedimiento ordinario mencionados en el artículo 20 de la LCM, señalados anteriormente, y con un convenio suscrito por los titulares de cuando menos la mayoría simple del total de sus adeudos. El convenio señalado, deberá proponer una reestructura de los pasivos del comerciante y tomada por los acreedores antes referidos que tanto comerciante como conciliador deberán presentar a votación y subsecuente aprobación judicial del Plan de Reestructura Previa exhibido. En este caso, no es necesaria la visita, sólo se iniciará en etapa de conciliación, donde se realizarán todas las etapas del procedimiento ordinario en conciliación, es decir, se procederá a realizar la lista de acreedores, y se tomará como convenio el planteado como reestructura previo con las salvedades ya mencionadas que se encuentran fundadas en el artículo 342¹⁶², y una vez aprobado, tendrán el carácter de sentencia de terminación de Concurso Mercantil.

Hasta aquí, una breve introducción a lo que es el Procedimiento bajo la Ley de Concursos Mercantiles de México.

II. JURISDICCIÓN DE LOS JUECES CONCURSAL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

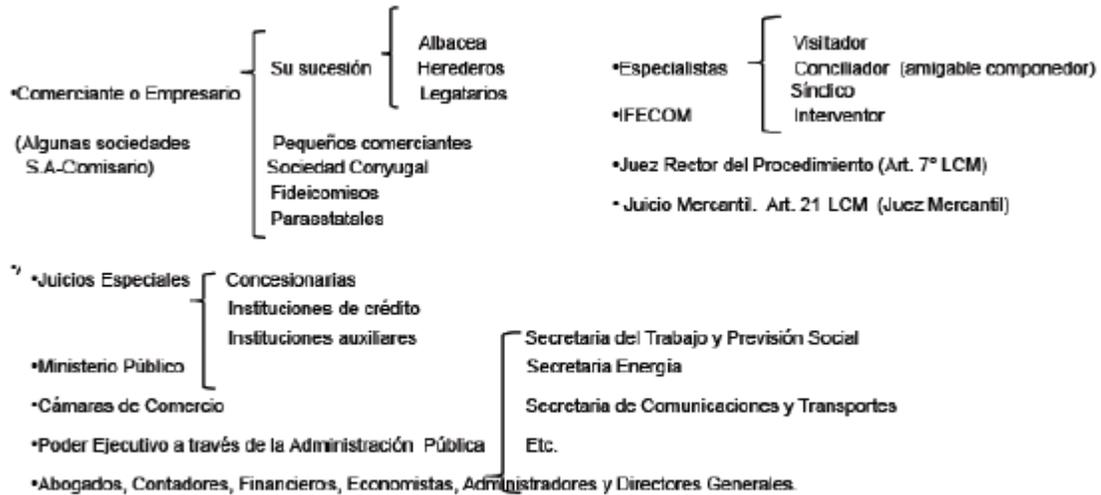
Existe un sin fin de sujetos que se encuentran inmersos indirecta o directamente dentro de un procedimiento de naturaleza falimentaria, esto es, porque al comerciante a través de las múltiples y diversas relaciones que puede llegar a constituir para realización de su actividad, como acreedores (hacendarios, bancarios, bursátiles, laborales entre otros), deudores, contadores, financieros, economistas, abogados entre muchos otros y dentro del mismo procedimiento, se le suman aquellos sujetos que indirectamente tienen relación como es el Órgano Jurisdiccional, los Auxiliares de la Administración de Justicia Concursal, los Representantes Sociales y todas aquellas Entidades del Estado que pudieran tener relación directa con la actividad del comerciante.

Esto nos da una perspectiva de la gran importancia del Derecho Concursal, puesto que, para el Estado, es de suma importancia la subsistencia de la actividad comercial y empresarial, puesto que, con ello, se obtiene un País, con desarrollo, empleo y estabilidad social y política. De ahí que cada sujeto inmerso debe tener una regulación específica, que permita como engranaje de reloj, que las empresas (comerciante) se conserven y en su defecto provoquen el menor daño colateral a los demás sujetos relacionados.

Dentro de los Procedimientos Concursales, considero que existe una multidisciplinaria participación de sujetos activos, pasivos, terceros y profesionistas, que denominare como **“operadores del concurso mercantil”**, dependiendo el momento procesal.

OPERADORES DEL CONCURSO MERCANTIL

162 Artículo 342. La sentencia de concurso mercantil deberá reunir los requisitos que esta Ley le exige y a partir de ese momento el concurso mercantil con plan de reestructura se tramitará como un concurso mercantil ordinario, con la única salvedad de que el Comerciante o, en su caso, el conciliador deberá presentar a votación y subsecuente aprobación judicial el plan de reestructura exhibido con la solicitud.



Específicamente en el caso que nos atañe, para la presente exposición trataremos sobre el Órgano Jurisdiccional, que identificamos en la figura del Juez.

El Juez, dentro de los procedimientos concursales, es el Rector del Procedimiento, si bien es cierto que en el caso mexicano, se busca que sean las partes, a través del conciliador, las que resuelvan el conflicto económico que tienen, lo cierto es que el Juez Concursal, tiene obligaciones que no puede o no debe violentar, oficiosamente debe atender, como es el caso de la aprobación de aquellos acuerdos de acreedores con el comerciante, pero en general todo lo que afecte al comerciante, deberá tener una resolución del Juzgador, quien escucha a las partes, como a los Especialistas en Concursos Mercantiles, pero no le obligan.

Son competentes en materia concursal: el Juez en Materia de Concursos Mercantiles en la Legislación Mexicana, un Juez de Competencia Civil y de Jurisdicción Federal según lo establecido en el artículo 17 de la LCM¹⁶³, debido a que el legislador decidió que la naturaleza del procedimiento al ser de Orden Público e Interés Social, debía ser conocido por un Juez que en el Orden Jurídico Nacional tuviere jerarquía y fuera eficiente, sin embargo, olvidó que los Juzgados Federales, no solo conocen de Juicios Civiles, Mercantiles, y ahora los mixtos penales, así como también de Amparo, materia para lo que verdaderamente fueron creados.

163 Artículo 17. Es competente para conocer del concurso mercantil de un Comerciante, el Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el Comerciante tenga su domicilio, salvo por lo dispuesto en los párrafos siguientes. En el caso de las solicitudes o demandas de concurso mercantil que se promovieren por o en contra de sociedades controladoras, habiéndose ya promovido un concurso mercantil de sus controladas o bien, las solicitudes o demandas de concurso mercantil promovidas contra sociedades controladas, habiendo iniciado el trámite de un concurso mercantil de la sociedad o sociedades controladoras, para la acumulación a que se refiere el artículo 15 de esta Ley, será competente el juez que hubiere conocido del primer juicio, bastando promover la solicitud o demanda subsecuente ante el mismo para su admisión.

Será juez competente para la declaración conjunta de concurso mercantil a que se refiere el artículo 15 Bis de esta Ley, el del lugar donde tenga su domicilio la sociedad integrante del grupo societario que se ubique primero en los supuestos de los artículos 10, 11 o 20 Bis.

Conforme al artículo 104 fracción II Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Jurisdicción en materia Mercantil, es concurrente, tal y como lo prevé, el mencionado precepto legal que en su parte conducente señala lo siguiente:

“Artículo 104. Los Tribunales de la Federación conocerán: [...] II. De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común. [...]”.

En este sentido, aquella persona que pretenda una acción de naturaleza mercantil podrá optar por elegir un Juez del Orden Común (Local-Estatal) o un Juez Federal. En este sentido, cabe precisar que existen por la complicitad territorial de la República Mexicana, Juzgados de Distrito Mixtos, Especializados y Semiespecializados de la, que actualmente tienen competencia en juicios civiles federales, para atender los asuntos mercantiles.

No obstante, la Legislación Concursal desde su origen limitó la concurrencia en los Juicio de Concurso Mercantil a la Jurisdicción Federal, dejándola en manos de los Juzgados Federales en Materia Civil, quienes conforme a lo que establece el artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles, en relación con el artículo 53 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.¹⁶⁴

Se debe precisar que, si bien es cierto, que, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, existen Juzgados de Distrito en Materia Mercantil, pero no han sido creados Juzgados

Mercantiles para atender procedimientos Mercantiles, como sería el caso de los Concursos Mercantiles, solamente se han creado para los Juicios Orales Mercantiles de Cuantía Menor, por lo que siguen conociendo los JUZGADOS DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL.

Por lo anterior, considero que es necesaria la especialización de la materia, la creación de estos Juzgados, por lo menos especializados en la materia mercantil, y así, no habría necesidad de la desafortunada pero plausible labor de los Juzgados Federales en Materia Civil, por conocer de los concursos mercantiles, ya que su materia particular es el Amparo en materia Civil, lo cual afecta de manera trascendente el que los Juzgadores tengan la capacidad, conocimiento y practica para poder resolver procedimientos Mercantiles, como el Concurso Mercantil, siendo una materia de estudiado derecho que requiere de un conocimiento especializado y multidisciplinario.

164 Artículo 53 bis. Los jueces de distrito mercantiles federales conocerán:

I. De las controversias del orden mercantil cuando el actor no haya optado por iniciar la acción ante los jueces y tribunales del orden común conforme a lo dispuesto por el artículo 104, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En estos casos no podrá declinarse la competencia en favor de dichos jueces y tribunales;

II. De todas las controversias en materia concursal;

III. De los juicios mercantiles en los que la Federación sea parte;

IV. De los juicios mercantiles que se susciten entre una entidad federativa y uno o más vecinos de otra, siempre que alguna de las partes contendientes esté bajo la jurisdicción del juez;

V. De las diligencias de jurisdicción voluntaria que se promuevan en materia mercantil cuyo valor exceda de una cantidad equivalente a un millón de Unidades de Inversión por concepto de suerte principal, sin que sean de tomarse en consideración intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de presentación de la solicitud;

VI. Del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, y de la nulidad de laudos arbitrales comerciales nacionales o internacionales cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, y

VII. De las acciones colectivas mercantiles a que se refiere el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

III. LA POTESTAD JURISDICCIONAL DEL JUZGADOR EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSAL EN MEXICO.

Conforme a lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo Acto de Autoridad debe estar Fundado y Motivado, debiendo la misma, dictar todas sus resoluciones y mandamientos, con base en normas previamente establecidas para ello, derivado de lo anterior, podemos establecer que el Juzgador Concursal debe resolver con base en su marco normativo, no puede sino aplicar de manera estricta la legislación tanto vigente a la materia, como la supletoria.

En este sentido, la materia concursal no puede estar ante una normatividad aplicable de manera estricta, porque en ella converge un gran mosaico de partes, de materias, tanto nacional como internacional, bajo esa tesitura, cada concurso mercantil, es distinto diametralmente, como cualquier procedimiento, pero el problema al ser económico, financiero, contable y de diversas materias, no necesariamente jurídicas, no debe resolverse mediante encuadramientos aplicables, como lo son los plazos, las quitas, o la mal llamada conciliación, pues cada caso merece un estudio que sea aplicable a su asunto, pues la vida, desarrollo y muerte de una empresa, no puede resolverse en plazos y condiciones "generales", en este sentido considero que el artículo 7º de la Ley de Concursos Mercantiles¹⁶⁵ si bien es cierto, busca dar Seguridad y Certeza Jurídica a los enjuiciados, comerciantes, acreedores y demás que participan en los procedimientos, le limita e impide poder buscar cumplir con el objetivo primario que es LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA O SU BIEN MORIR.

No obstante, lo anterior, el Juez Concursal tiene una facultad que le da un grado de superioridad que implica la suspensión de ejecuciones de cualquier naturaleza, con independencia de la materia laboral, lo cual le concede una herramienta que en beneficio del comerciante pueda evitar que este caiga en actos de fraude de acreedores, donde por la ejecución de sentencias, el patrimonio concursal, se vea afectado e inclusive se dicten medidas precautorias, que van desde el embargo, arraigo, arresto y en general cualquier medida necesaria y tendiente a salvaguardar el patrimonio concursal, es por eso que las medidas precautorias siempre deben estar debidamente fundamentadas y motivadas, pero no es necesario dar a quien afecte la medida una previa garantía de audiencia, toda vez que estas atienden a la buena fe y peligro en la demora.

En este sentido, las medidas precautorias, llegan al grado de afectar los Principios Generalmente Reconocidos del Derecho de *pacta sunt servanda* y *res inter alios acta*, al grado de modificar las condiciones de la voluntad de las partes y afectar con esto, a terceros ajenos.

Pero en contraste con lo señalado, el Juez, tiene una facultad para admitir o desechar de plano una solicitud o demanda de concurso mercantil si así lo considera, como lo establece el artículo 24 de la multicitada Ley de Concursos Mercantiles.¹⁶⁶

165 Artículo 7o. El juez es el rector del procedimiento de concurso mercantil y tendrá las facultades necesarias para dar cumplimiento a lo que esta Ley establece, sin que pueda modificar cualquier plazo o término que fije la misma salvo que ésta lo faculte expresamente para hacerlo. Será causa de responsabilidad imputable al juez o al Instituto la falta de cumplimiento de sus respectivas obligaciones en los plazos previstos en esta Ley, salvo por causas de fuerza mayor o caso fortuito. El procedimiento de concurso mercantil es público, por lo que cualquier persona puede solicitar acceso a la información sobre el mismo, a través de los mecanismos de acceso a la información con que cuente el Poder Judicial de la Federación.

166 Artículo 24. En caso de oscuridad, irregularidad o deficiencia en el escrito o anexos de solicitud o demanda de concurso mercantil, el juez dictará acuerdo en el que señalará con precisión en qué consisten ellas previniendo para que

Lo anterior, considero es una desafortunada técnica legislativa, pues si bien es cierto, existen requisitos de procesabilidad y necesarios para una demanda, también lo es que acorde a la legislación concursal, si cualquier Juez de procedimientos mercantiles tiene conocimiento de que un comerciante se encuentra en los supuestos del concurso mercantil, tiene la obligación de dar aviso al Ministerio Público para que presente la demanda correspondiente, siendo esto una paradoja que contrapone las potestades del Juzgador Concursal, específicamente el artículo 21 de la LCM establece lo siguiente en su parte conducente:

“Artículo 21. Podrán demandar la declaración de concurso mercantil cualquier acreedor del Comerciante o el Ministerio Público.

Si un juez, durante la tramitación de un juicio mercantil, advierte que un Comerciante se ubica en cualquiera de los supuestos de los artículos 10 u 11, procederá de oficio a hacerlo del conocimiento de las autoridades fiscales competentes y del Ministerio Público para que, en su caso, este último demande la declaración de concurso mercantil. Las autoridades fiscales sólo procederán a demandar el concurso mercantil de un Comerciante en su carácter de acreedores. [...]”.

Ahora bien, es importante señalar que todas las potestades del Juzgador, siempre deben estar apegadas a lo que establece la legislación, sin embargo, considero que este punto, puede afectar el propio ordenamiento jurídico, su *ratio legis*, y su objetivo principal.

El artículo 1º de la LCM establece en su parte conducente el objeto de la misma, al tenor de lo siguiente:

“Artículo 1o. La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil.

Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios. Con el fin de garantizar una adecuada protección a los acreedores frente al detrimento del patrimonio de las empresas en concurso, el juez y los demás sujetos del proceso regulado en esta Ley deberán regir sus actuaciones, en todo momento, bajo los principios de trascendencia, economía procesal, celeridad, publicidad y buena fe.”

Derivado de lo anterior, este objeto que el Juzgador debe tener como principio rector se ve acotado, pues tiene obligaciones dentro de la Legislación que le impiden poder cumplir con el mismo, como son los plazos donde se establece que el plazo máximo para la conciliación es de ciento ochenta y cinco días y dos prórrogas de noventa días, estos plazos son fatales, y para una reestructuración de una empresa resultan mortales, pues aun cuando pudiera determinarse la viabilidad de la empresa, más aún una empresa en marcha si no existe dentro de ese plazo convenio entre las partes, el juzgador tiene la obligación de decretar la quiebra, conforme lo establece el artículo 145 de la LCM que establece lo siguiente:

se aclaren y subsanen en el mismo expediente en un plazo máximo de diez días y de no hacerlo, el juez desechará y devolverá al interesado todos los documentos. Si el juez no encuentra motivo de improcedencia o defecto en la solicitud o demanda de concurso mercantil, o si fueren subsanadas las deficiencias ordenadas en la prevención que haga el juez, admitirá aquella.

El auto admisorio de la solicitud o demanda dejará de surtir sus efectos si el actor no garantiza los honorarios del visitador, por un monto equivalente a mil quinientos días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se le notifique el auto admisorio. La garantía se liberará a favor del actor si el juez desecha la solicitud o demanda o dicta sentencia que declare el concurso mercantil. En caso de que la demanda la presente el Ministerio Público no se requerirá la garantía a la que se refiere este artículo.

“Artículo 145. La etapa de conciliación tendrá una duración de ciento ochenta y cinco días naturales, contados a partir del día en que se haga la última publicación en el Diario Oficial de la Federación de la sentencia de concurso mercantil. [...]”

Concluido el plazo inicial y, en su caso, el de la prórroga, el juez procederá únicamente a levantar la certificación correspondiente haciéndose constar en la misma la terminación de la etapa de conciliación y, en su caso, de su prórroga, y el Comerciante en concurso mercantil será considerado en estado de quiebra.”

Resulta entonces, que la potestad del Juzgador para cumplir en su rectoría con el principio de la CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA, se ve afectado para hacerlo si los plazos están tazados para todos los casos, sin que esto pueda variarse o encuadrarse al caso en concreto, y máxime puede existir viabilidad y por consiguiente la conservación de la empresa que le obliga al Juzgador velar por ella, pero por el fenecimiento de los plazos se decreta una quiebra.

No obstante, el Juzgador tiene posibilidades de continuar con la conservación de la empresa, considerándola desde mi punto de vista como una QUIEBRA OPERATIVA, donde a pesar de estar en una etapa liquidataria, por la naturaleza de la empresa de que se trate, ésta puede continuar operando y en su caso decretar su viabilidad y llegar hasta un convenio, la circunstancia es que los Jueces al no ser especializados y cumplir estrictamente con lo que define la ley, no admiten que la quiebra pueda ser operativa y ante todo consideran esta etapa como liquidataria, sin embargo el artículo 262 de la LCM¹⁶⁷ previene que la quiebra puede terminar por existir un convenio entre las partes, de lo cual podemos asentar que puede haber operatividad y conciliación en la etapa de quiebra, sin que en esta etapa se establezca un plazo para la terminación de la misma, sin embargo los Jueces, al no tener especialización en la materia, precisan que la quiebra es liquidataria.

Sin embargo, en la Conciliación dentro del concurso mercantil, se podría entender que exclusivamente es en dicha etapa procesal donde se puede llevar a cabo el Medio Alterno de la Conciliación, para llegar a obtener un convenio de reestructura entre el comerciante y sus acreedores, en el cual se cumplan los requisitos establecidos por la propia ley, pero por su eficacia, considero que dentro de la etapa de Quiebra es posible la conciliación, dando paso a un tema de igual importancia sobre la Quiebra Operativa, donde la sociedad, aun en etapa falimentaria, continua operando, pero en su caso los plazos o términos para la conciliación, fenecieron, no obstante, la sociedad sigue siendo operativa y viable, por lo que la función del síndico, deberá ser la de Maximización y Conservación de la Empresa, atendiendo a lo que el propio artículo 1º de la Ley establece, que anteriormente señale, tanto para la celebración de un convenio de reestructura, como para la propia liquidación de la sociedad, tal y como lo previene el artículo 262 de la LCM, en los términos siguientes:

167 Artículo 262.- El juez declarará concluido el concurso mercantil en los siguientes casos:

- I. Cuando se apruebe un convenio en términos del Título Quinto de esta Ley;
- II. Si se hubiere efectuado el pago íntegro a los Acreedores Reconocidos;
- III. Si se hubiere efectuado pago a los Acreedores Reconocidos mediante cuota concursal de las obligaciones del Comerciante, y no quedaran más bienes por realizarse;
- IV. Si se demuestra que la Masa es insuficiente, aun para cubrir los créditos a que se refiere el artículo 224 de esta Ley;
- V. En la etapa de quiebra, cuando se apruebe un convenio por el Comerciante y los Acreedores Reconocidos que representen las mayorías que refiere el artículo 157 de la Ley y el convenio prevea el pago para todos los Acreedores Reconocidos, inclusive para los que no hubieren suscrito el convenio, o VI. En cualquier momento en que lo soliciten el Comerciante y la totalidad de los Acreedores Reconocidos

“Artículo 262. El juez declarará concluido el concurso mercantil en los siguientes casos: [...] V. En la etapa de quiebra, cuando se apruebe un convenio por el Comerciante y los Acreedores Reconocidos que representen las mayorías que refiere el artículo 157 de la Ley y el convenio prevea el pago para todos los Acreedores Reconocidos, inclusive para los que no hubieren suscrito el convenio, o [...]”.

IV. PROCEDIMIENTO ESPECIAL ANTE CONCURSAL.

Al ser el IFECOM, un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal con autonomía técnica y operativa tiene como una de sus funciones, designar a las personas que acreditan cubrir los requisitos necesarios para prestar servicios de conciliadores, los cuales podrán fungir como amigables componedores para resolver en forma extrajudicial los procedimientos, tal y como lo establece el artículo 312 de la Ley de Concursos Mercantiles.¹⁶⁸

En efecto, el artículo 312 de la Ley Concursal establece un Mecanismo de Solución Alterno de Controversia, de carácter extrajudicial, el cual, permite al comerciante que se encuentre frente a una difícil situación financiera, acudir ante el IFECOM a efecto de que pueda obtener la designación de un conciliador para que funja como amigable componedor entre él y sus acreedores, es decir actuará como facilitador entre el comerciante y sus acreedores, a efecto de que logre una solución sin que se inicie el procedimiento de carácter concursal.

Una vez estando ante dicha autoridad, dentro de los 15 días siguientes a la presentación de la solicitud, se le exhibirá al comerciante una lista de conciliadores de los cuales decidirá cuál de los mismos intervendrá como amigable componedor.

Es de señalarse que, resulta por demás importante la designación en forma minuciosa del conciliador puesto como lo establece el precepto legal antes señalado, el Instituto se exime de cualquier responsabilidad por las actuaciones que pudiere realizar el especialista designado y en general de cualquiera de los que intervengan en dicho procedimiento.

Por su parte, aún y cuando la Ley de Concursos Mercantiles no lo establezca, una vez designado el conciliador, este entrará en funciones con el comerciante a efecto de estar al tanto de su situación financiera, contable y conocer las condiciones y elementos con los que el comerciante podría hacer frente a sus obligaciones y cumplir con los acreedores. Cabe recordar que el conciliador debe ser una persona con una amplia experiencia en procesos de reestructuración financiera, mediación, rescate y dirección de empresas. Asimismo, se debe de buscar procurar al mayor número de acreedores, que tengan una relación preexistente con el acreedor y que la obligación se encuentre vencida, toda vez que la intención de la amigable composición es la de resolver el conflicto y evitar acudir a un procedimiento concursal.

El amigable componedor, que en este caso resulta el conciliador designado por el IFECOM, es el encargado de presentar la situación y condiciones tanto financieras como jurídicas que tienen el

168 Artículo 312.- El Comerciante que enfrente problemas económicos o financieros, podrá acudir ante el Instituto a efecto de elegir a un conciliador, de entre aquéllos que estén inscritos en el registro del Instituto, para que funja como amigable componedor entre él y sus acreedores. Todo acreedor que tenga a su favor un crédito vencido y no pagado también podrá acudir ante el Instituto para hacer de su conocimiento tal situación y solicitarle la lista de conciliadores. El Instituto deberá notificar al solicitante por escrito, dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de la solicitud correspondiente, la lista a la que se refiere el párrafo anterior. Los honorarios del conciliador serán a cargo del solicitante.

En ningún caso el Instituto será responsable por los actos realizados por el conciliador que el Comerciante o, en su caso, cualquier acreedor hubieren elegido.

comerciante y el o los acreedores, con lo cual puedan buscar una solución que resulte amigable o satisfactoria para las partes, con finalidad de obtener un acuerdo de composición, es decir un convenio, el cual puede realizarse como si se estableciera dentro del procedimiento de conciliación en el concurso mercantil.

Cabe señalar, que la amigable composición debe establecerse con la plena voluntad tanto del comerciante como de los acreedores, para permitir que su conflicto se pueda resolver con la ayuda de un tercero ajeno, que es el conciliador, ya que el acuerdo de composición o convenio no tienen carácter de sentencia o mandamiento de autoridad, toda vez que no es emitido por un órgano jurisdiccional.

Es prudente hacer notar que los honorarios del especialista designado por el IFECOM, corren a cargo de quien solicite la amigable composición.

V. CONCLUSIÓN.

La Potestad Jurisdiccional en los Procedimientos Concursales, es desafortunada al ser contradictoria entre sí misma, porque existen principios fundamentales del mismo, como lo es la Conservación de la Empresa, contraponiéndose con los plazos y términos que bajo el estricto apego a la ley resulta de difícil cumplimiento en el objeto de la conservación y, debido a la falta de especialización, no hacen efectivos aquellos argumentos como la quiebra operativa, para un convenio en esa etapa que podría considerar como liquidatorio.

No obstante, como lo he señalado en diversos foros y artículos, la verdadera Justicia está en la resolución que las propias partes, acreedores y comerciantes, puedan llegar a resolver, donde el Juez solo estará para dar Seguridad y Certeza Jurídica, por lo que los Medios Alternativos de Solución de Controversias, propiciados por el propio Juzgador en su potestad jurisdiccional, es el mecanismo adecuado para cumplir con la conservación de la empresa, como objetivo fundamental de la ley.

Considero, que al ser objetivo de la Ley Concursal el de propiciar la solución de los conflictos de manera extrajudicial al buscar la conservación de las empresas, en la cual sean las partes quienes de manera voluntaria puedan dirimir sus controversias, específicamente en el cumplimiento de las obligaciones del comerciante.

Finalmente, es preciso enunciar que el procedimiento establecido en el artículo 312 de la LCM, respecto de la amigable composición, puede beneficiar a las partes que inmersas dentro de un procedimiento, ya que resultaría un procedimiento económico tanto procesal como financiero, toda vez que el término en el que puede resolverse un conflicto es mucho menor al que conllevaría el procedimiento jurisdiccional concursal, siempre y cuando, como ya se mencionó, exista voluntad de las partes someterse a la amigable composición y; en cuanto al ahorro financiero, únicamente se estaría invirtiendo para el pago de los honorarios del conciliador y no así como en el juicio concursal donde se tendría que pagar los honorarios del visitador, conciliador y síndico, así como sus auxiliares. Cabe mencionar, que el procedimiento extrajudicial es contemplado como una facultad del Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles y como un procedimiento establecido en la propia legislación a efecto de salvaguardar la empresa.

El fin único de la concursalidad, es la conservación de las empresas, de los derechos y obligaciones del comerciante y acreedores, por ello el procedimiento extrajudicial propuesto en el medio alterno de solución de conflicto, resulta de suma trascendencia para lograr el objetivo de la ley de concursos mercantiles, que es la conservación de la empresa.

Como lo hemos señalado, la ley concursal mexicana en la actualidad cuenta con un capítulo denominado “Del Concurso Mercantil con Plan de Reestructura Previo, que al final del camino es un procedimiento judicial, por lo que planteo que se regule y tome en consideración lo que establece el artículo 312 de la Ley de Concursos Mercantiles mediante una amigable composición con la intervención de un conciliador, que debe llevarse a cabo, sin anteponer causas para su no aplicación, pero si se sigue demostrando temor o desconocimiento de ésta figura, no tendremos la oportunidad de salvar empresas, solo se logrará llevarlos a la declaración del concurso mercantil y seguramente quebrarlos.

Es por eso que, se debe seguir trabajando y coadyuvando para que los miembros de los países Iberoamericanos que integramos los diversos operadores del sistema de la insolvencia, investiguemos nuevas fuentes de estudio para lograr el advenimiento del Derecho Concursal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1.- Concursos Mercantiles Normatividad. Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, Segunda Edición. Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2003.

2.- Hamdan Amad, Fauzi. “*Derecho Concursal Mexicano*”. Ed. Porrúa. Primera Edición, México, 2015.

3.- Méjan Carrer, Luis Manuel C. “*Agenda Concursal*”. Ed. Tirant lo Blanch. Primera Edición, México, 2014

4.- Méjan Carrer, Luis Manuel C. “*El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.*” Ed. Poder Judicial de la Federación. Primera Edición. Julio del 2004.

5.- Méjan Carrer, Luis Manuel C. “*Concursos Mercantiles. Ayuda de Memoria*”. Ed. Oxford. Primera Edición, 2010.

6.- Méjan Carrer, Luis Manuel C. “*Concursos Mercantiles. Ayuda de Memoria*”. Ed. Oxford. Segunda Edición, México, 2015.

7.- Pasapera Mora, Alfonso. “*Principios y Preguntas de Derecho Concursal*”. Ed. Porrúa. Primera Edición, 2015.

8.- Nieblas Aldana, Gricelda. Coordinadora. “*Derecho Concursal*”. Ed. Porrúa. Primera Edición, México, 2014.

9.- Cárdenas Guzmán, Mauricio A. y Sodi Serret, Carlos. Coordinadores. “*Derecho Procesal Civil y Mercantil*”. Ed. Porrúa. Primera Edición, México, 2014.

10.- Casasa, Bucio, Padilla y Sosa. “*Ley de Concursos Mercantiles. Comentada*”. Ed. Porrúa. Segunda Edición, México, 2015.

11.- Criterios Generales de Selección y Actualización de los Especialistas de Concursos Mercantiles.

12.- Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles, expedidas por la Junta Directiva del IFECOM.

