

**“LA REVOCACIÓN DE LA APERTURA DEL CONCURSO PREVENTIVO EN CASO DE USO
DISFUNCIONAL Y ABUSIVO DEL INSTITUTO”
Francisco JUNYENT BAS y Silvina IZQUIERDO**

Abstract: Análisis de los supuestos en donde el deudor se concursa para vulnerar los derechos de determinados acreedores e implicancias de su conducta. Planteamiento de la necesidad de la existencia de varios modelos de concursos o procesos liquidativos en base a clase de deudores.

Palabras Claves: concurso – sobreendeudamiento – deudor – abuso.

Abstract: Analysis of the cases where the debtor is competing to infringe the rights of certain creditors and implications of their behavior. Approach to the need for the existence of several models of contests or liquidation processes based on class debtors.

Key words: competition - overhang - debtor - abuse.

I. Introducción.

En la última década los cambios socioeconómicos y la relevancia de la empresa, como así también, el fenómeno del consumo en la sociedad globalizada, han impactado de tal modo en el ordenamiento concursal, tanto nacional como comparado, que se dice que este ámbito del derecho se encuentra “en obras”¹.

En una palabra, podríamos decir que nos encontramos frente a cambios “paradigmáticos”, de manera tal que, desde un punto de vista epistemológico, se cuestionan los postulados centrales que informan el fenómeno de la falencia.

Desde una perspectiva, puede señalarse que del clásico concepto de cesación de pagos modernamente se predica que la mera existencia de la crisis empresaria, cualquiera sea su etiología, habilita la apertura de alternativas preventivas de índole concursal, intentando de este modo llegar a tiempo para buscar fórmulas de reorganización empresaria que sean eficaces y, consecuentemente no conduzcan “al final del camino” a quiebras indirectas y a liquidaciones paupérrimas.

Desde otro costado, se reclama la necesidad de un plan de empresa que asegure la actividad económica y la conservación de la empresa, como pilar del quehacer económico de la comunidad y como fuente de trabajo, de manera tal que se tenga en cuenta la rentabilidad del negocio y, en especial, las diversas etapas de un adecuado saneamiento del emprendimiento.

En consecuencia, se cuestiona si tiene sentido la apertura de este tipo de procesos preventivos cuando no existe actividad mercantil o empresaria que justifique un procedimiento de esta naturaleza, atento su complejidad y nivel de costo jurisdiccional, lo que requiere que quien pretende concursarse presente “el llamado plan de empresa”, o al menos, lo contemple al formular la propuesta a los acreedores y como sustento ineludible de la alternativa de “repago” que articula el acuerdo al que aspira conformarse.

¹ Ver Barreiro, Marcelo G. y Lorente, Javier A., “Qué ley de quiebras necesita el país hoy? (La reforma permanente de la ley de concursos y quiebras)”, publicado en la revista Plenario de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, ANO I NRO. I, (nueva serie, noviembre de 2002), págs. 48 y sgtes.).

Por su parte, desde otro extremo, a saber desde la vía falencial propiamente dicha, se advierte si resulta necesario la existencia de un patrimonio liquidable, debatiéndose la procedencia, tanto del concurso preventivo como de la quiebra, para el caso de ausencia de activo.

Ahora bien, en esta última alternativa, no puede ignorarse que el “sobreendeudamiento del consumidor” constituye una realidad particular que implica una forma de “exclusión social”, al grado tal que la legislación tuitiva articula alternativas de “fresh start” o “discharge” para evitar la “muerte civil” de quien por su nivel de endeudamiento no tiene otra alternativa de resurgimiento.

Así, el tema relativo al sobreendeudamiento de los consumidores constituye un fenómeno universal que ha llevado a INSOL (Asociación Internacional de Profesionales de la Insolvencia) a elaborar un informe sobre las repercusiones de la insolvencia en la economía doméstica.

En esta inteligencia, aparece contradictorio que la ley concursal se preocupe exclusivamente de la gran empresa y no tenga ninguna medida de contención en orden a la economía familiar, ignorando la situación del particular, sea empleado, cuentapropista que trabaja para vivir y, por ende, su endeudamiento se deriva “del consumo”.

II. Una revisión de los postulados del proceso concursal frente a la realidad.

II. 1. De la unidad a la diversidad.

De tal modo, el sistema concursal requiere de una revisión de sus postulados, máxime cuando se advierte que el ordenamiento ha conducido a una serie de abusos que han sido constatados por la jurisprudencia.

Desde el tema de las quitas concursales, es decir, la abusividad de la propuesta y el requerimiento de un plan de empresa, como así también, la situación del consumidor, es decir, los procesos sin activos, han motivado el reclamo de la “moralización” de este tipo de procedimientos y la necesidad de reelaborar el proceso según el tipo de sujeto pasivo que recurre a una alternativa de saneamiento.

Desde esta perspectiva, Miguel Raspall² explica que “...no podemos dejar de destacar que en nuestro país se viene produciendo una revisión sobre el ámbito de aplicación subjetiva de las normas concursales (sujetos incluidos), existiendo en doctrina planteamientos vinculados con la necesidad impostergable de tratar separadamente el concurso de las empresas, de lo que serían los “pequeños concursos”, pues tienen necesidades y características diversas que ameritan una regulación específica, postulaciones éstas que se advierten con presencia creciente en las Jornadas y Congresos de la especialidad...”.

Nuestro colega rosarino puntualiza que “...la enorme cantidad de pequeños concursos de consumidores (quiebras o concursos preventivos) que se han presentado en los últimos años, nos han terminado por convencer sobre la inutilidad y el sobre-esfuerzo que implica su atención dentro del marco de la actual regulación concursal y han hecho que la mayoría de los autores concursualistas estemos pidiendo una reforma de la ley de concursos que contemple la diversidad de situaciones, siendo muy representativa del sentir actual de los concursualistas, la “confesión”

² Raspall Miguel A., Derecho de la empresa en crisis: concursos reorganizativos. Plan de empresa. Una mirada en el derecho iberoamericano, trabajo remitido por el autor.

que realiza Kleidermacher³ cuando expresa “deberá diferenciarse el gran concurso del pequeño...Esta propuesta también conlleva un cambio en nuestro anterior pensamiento de unificar el proceso concursal para civiles y comerciantes, a raíz de la experiencia argentina donde, si bien celebramos en principio la unificación, venimos observando en la práctica la inconveniencia de someter a procesos concursales comunes a civiles... que estimamos no pueden ser hoy considerados sujetos pasivos de un proceso concursal...”.

II. 2. Un necesario replanteo.

El tema planteado conlleva la necesidad de advertir que no puede seguir existiendo un único modelo o proceso de concurso, sea preventivo o liquidativo para toda clase de deudores.

En esta inteligencia, no puede ignorarse que el actual esquema concursal, pese a reconocer un “pequeño concurso”, art. 288 y 289 de la L.C., no ofrece ninguna solución eficaz para la reestructuración de deuda de los pequeños emprendimientos, y mucho menos del consumidor.

Al impulso de la realidad que marca una serie de nuevas situaciones que aquejan al ordenamiento jurídico concursal, se ha reeditado el debate sobre la viabilidad del proceso universal cuando, pese a haber sido abierto oportunamente, el juez advierte la inexistencia de la situación de insolvencia.

En esta línea, se ubica una “vieja” cuestión relativa a la utilización del proceso concursal cuando no existe estado de cesación de pagos, y ésta circunstancia se advierte recién una vez concluido el proceso verificadorio o, incluso, con motivo de la propuesta concordataria, aspectos que motivaron los conocidos precedentes “Galassi 2000 S.A.”⁴ y “U.A.R.”⁵.

III. La reedición del debate sobre el concurso sin cesación de pagos.

Desde esta atalaya, se ha reiterado el debate sobre el modo de conclusión de un concurso preventivo cuando no existe situación de insolvencia, cuestión hartamente compleja y dificultosa.

Desde esta perspectiva, la justicia catamarqueña revocó un concurso preventivo por inexistencia de acreedores todo lo cual parece un “sin sentido” si se piensa que es el propio deudor quien “convoca” a sus acreedores, art. 5,11 y 14 de ley concursal.

Así, el resolutorio en cuestión emana del Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de la ciudad de San Fernando de Catamarca⁶, confirmado por el Tribunal de Grado de Segunda Nominación de igual sede⁷, mediante el cual se revocó la apertura del concurso preventivo solicitado por los Sres. Héctor Edgardo Gómez y Omar Edgardo Oliveira, quienes integran una sociedad de hecho.

³ kleidermacher, Arnoldo. “La imprescindible reforma de la ley concursal argentina”.- La Insolvencia en el derecho concursal iberoamericano. Ad-Hoc. Bs.As. 2006. p. 114.-

⁴ J1° Inst. Civil y Comercial N° 5 Bahía Blanca, 14/11/2001, “Galassi 2000 S.A. S/ concurso preventivo”, RSyC N° 14, pág. 229/230

⁵ Juzg. Comercial N° 17, Unión Argentina de Rugby Asociación Civil s/ Concurso Preventivo, 23/8/07.

⁶ Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de Ejecuciones de 1° Nominación, Sentencia N° 24 del 14/3/06, in re “Gomez Héctor Edgardo y Oliveira Omar E. SH s/ Pequeño Concurso Preventivo”.

⁷ Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación, Sentencia N° 79 del 28/4/08.

En esta inteligencia, el precedente aludido pone en evidencia la falta de previsión legal frente al caso concreto y la necesidad de los jueces de interpretar el sistema normativo para arribar a una solución y, dentro de ésta, cuál se considera la más “adecuada” o “idónea” atento los efectos que produce la sentencia de apertura del concurso preventivo.

IV. Las etapas procesales del caso.

IV. 1. La apertura y desarrollo del concurso preventivo.

Desde esta atalaya, cabe poner de relieve que la causa judicial comenzó pues los Sres. Gómez y Oliveira, integrantes de una sociedad de hecho, requirieron la apertura de su concurso preventivo invocando el estado de cesación de pagos y denunciando a sus acreedores y, consecuentemente, cumpliendo con los recaudos legales de los arts.5,6,11 y concordantes del estatuto concursal.

En este aspecto, se advierte en la argumentación del resolutorio un tratamiento desprolijo por parte de la sentenciante sobre la persona concursada, ya que, según la carátula, se está frente al concurso de una sociedad comercial de hecho y, sin embargo, cuando revoca la apertura, refiere puntualmente a “los concursados”.

En rigor, de una lectura integral de ambas sentencias, tanto en la de primera instancia como en la de Cámara, se desliza el mismo tipo de error, hablándose, por un lado, “de los concursados” y, por el otro, “de la concursada”, sin advertir que, más allá del régimen de responsabilidad, la sociedad de hecho constituye un tipo diferenciado de la persona de sus socios y ello exige la individualización correcta de la persona sometida al proceso concursal.

Lo real y cierto es que, una vez desarrollado el proceso verificadorio, sólo resultaron admisibles los créditos de la Administración General de Rentas de Catamarca y la Administración Federal de Ingresos Públicos, pues los demás créditos denunciados por la concursada no pudieron ser constatados por la sindicatura ni justificados por el deudor ni por los verificantes, todo lo cual motivó su declaración de inadmisibilidad.

En este marco, el tribunal de primera instancia se detuvo en una insinuación particular, dejando traslucir un manto de sospecha de concilium fraudis sobre el verdadero motivo de la solicitud de apertura de concurso preventivo.

En este sentido, la magistrada puso de relieve las conclusiones arribadas por la sindicatura en el informe general, en donde se advierte que los estados contables de la concursada, correspondientes al período 1999/2003, no se compadecían con la realidad, ya que “los concursados”, es decir, los socios, no habían realizado aportes ni inversiones, ni demostrado interés en la realización de actividad productiva alguna.

Además, se enfatizó que durante el año 2001 se realizaron erogaciones que no se aplicaron a ninguna actividad productiva, manteniendo a la empresa en una “agonía” total.

En una palabra, el tribunal advirtió que se solicitó el concurso preventivo de una empresa sin actividad, siendo su continuidad inviable desde el punto de vista económico.

IV. 2. La falta de propuesta y el acogimiento a los planes de pago de los créditos fiscales.

Ahora bien, iniciado el período de exclusividad y fijada su fecha de vencimiento para el 1/8/05, la concursada no hizo pública su propuesta y, una vez finalizado el plazo sin arrimar elemento alguno destinado a lograr el acuerdo de los acreedores quirografarios verificados, solamente la AFIP y la DGR, la sindicatura formuló el pedido de quiebra indirecta.

Transcurridos dos meses del vencimiento del plazo para acompañar las conformidades obtenidas, la concursada incorpora constancias instrumentales que evidencian el “acogimiento a planes de pago respecto a los créditos de la AFIP-DGI y de la Administración Provincial de Rentas de la Provincia”, únicos acreedores verificados, y solicitaron se declare la existencia de acuerdo.

En una palabra, por un lado se había configurado el incumplimiento a la manda del art. 43 de la L.C., atento a que la sociedad de hecho no había hecho pública propuesta alguna en el expediente, aún cuando cabe advertir sobre la inexistencia de acreedores.

Por el otro lado, y sin que existiera categorización alguna, el acogimiento a los “planes” de los acreedores fiscales aparece como el fundamento de la pretensión homologatoria formulada por la concursada.

La atipicidad de la situación planteada surge palmaria.

IV. 3. La inexistencia de acuerdo.

En consecuencia, y partiendo de la formulación efectuada por la deudora, la juez de primera instancia advirtió que el acogimiento a los planes de facilidades de pago no pueden asimilarse a la conformidad de acreedores por dos motivos fundamentales.

En primer lugar, porque los “planes de pago” ni siquiera fueron suscriptos por la concursada en los términos del art. 45 primer párrafo de la L.C., lo que evidenciaba que no se trataba de una verdadera propuesta de pago en los términos del art. 43 y c.c. de la normativa concursal, sino a los planes de regularización fiscal.

En segundo lugar, porque de ninguna manera la deudora podría haber efectuado propuestas diferenciadas a sendos acreedores, por cuanto no medió categorización y, además, los respectivos “acogimientos” rectius: planes de pago fiscales no resultan iguales, por lo que, se fracturaba la igualdad de las cláusulas que debe contener la propuesta.

Dicho derechamente a los dos acreedores fiscales no se les había formulado propuesta diferenciada y sin embargo, la deudora se había sometidos a los regímenes de regularización de ambos entes estatales, aspecto para lo cual no era necesario el concurso preventivo y mucho menos la negociación concursal.

En una palabra, la magistrada entendió que no existió acuerdo concordatario.

IV. 4. El modo de conclusión del proceso.

Desde esta atalaya, la juez opinó que, no existiendo otras obligaciones incumplidas, a excepción de las fiscales, y aún cuando la sindicatura destacó que los concursados debieron recurrir a “mutuos particulares”, hechos no verificados en la causa, la situación de cesación de pagos no puede ser evaluada de la sola presentación del deudor.

En esta línea, la titular del juzgado de Catamarca advirtió una “asimetría” entre la realidad patrimonial de los deudores, en rigor de la sociedad de hecho concursada y los fines tutelados por la ley concursal, por lo que, consideró que la solución más prudente era “revocar” la apertura del proceso concursal oportunamente acordado.

En igual sentido, la Cámara Civil y Comercial de Catamarca confirmó el decisorio puntualizando que la revocación de la apertura del concurso es más sencilla y menos devastadora para el concursado.

En una palabra, entiende que, si bien se trata de una medida de carácter extralegem, la solución respeta la situación fáctica, en atención al acogimiento de los planes de pago de los acreedores fiscales y la ausencia de otros acreedores verificados, todo lo cual impide predicar la existencia de insolvencia y deja sin sustento una eventual liquidación de falta de propuesta.

En definitiva, el Tribunal de Segundo Grado ratifica la revocación de la apertura del concurso preventivo, todo lo cual abre un cuadro de análisis realmente interesante en torno a los postulados de apertura del proceso y sus modos de conclusión.

El precedente relacionado y la respuesta jurisdiccional, consistente en la revocatoria del concurso preventivo, conlleva la necesidad de realizar una serie de consideraciones sobre el caso planteado.

V. Los sujetos concursables.

V. 1. Las sociedades en liquidación.

En orden a los sujetos concursables, corresponde correlacionar los arts. 2 y 5 de la L.C. y recordar que hasta el año 1972 sólo resultaban alcanzados por la legislación falimentaria los comerciantes y las sociedades regulares.

En esta línea, la insolvencia de los no comerciantes tenía un tratamiento dispar, pues no existía un plexo nacional y la cuestión quedaba reservada a la legislación procesal de las provincias en el conocido “concurso civil”.

En 1972 la ley 19.551 legisla los concursos de comerciantes y no comerciantes produciendo la unidad legislativa pero manteniendo la diversidad de regímenes en función del viejo art. 310.

Es recién en el año 1983, con la ley 22.917, que se eliminó toda diferencia entre concursos civiles y comerciales al considerar sujetos de la quiebra y del concurso preventivo a las personas de existencia visible y las de existencia ideal de carácter privado, con prescindencia que fueran o no comerciantes.

A partir de la ley 24.522, no sólo se mantiene la unificación, sino que adquiere el carácter de regla general la “concurabilidad” de las personas físicas y las personas de existencia ideal de carácter privado, como así también, las sociedades en las que fuera socio el Estado.

Asimismo, tal como venía de la legislación anterior, es concursable el patrimonio de una persona fallecida, como así también, los bienes pertenecientes a un deudor domiciliados en el extranjero, sometidos a regímenes especiales a las entidades financieras y a las entidades aseguradoras.

Por su parte, las entidades dedicadas a la actividad deportiva tienen una “vía rehabilitadora propia” consagrada en la ley 25.284.

Ahora bien, en orden a las sociedades comerciales, no cabe ninguna duda que, al estar incluidas las personas de existencia ideal en liquidación, nada obsta a que se presenten en concurso preventivo, tal como lo resolvió la jurisprudencia⁸.

⁸ CNCom Sala D, 31/3/1980, “Fomalco S.A.”, LL 1980-C-557.

En esta línea, cabe tener presente que durante el período liquidatorio la sociedad conserva su personalidad y, justamente, los administradores deben realizar todos los actos tendientes a la liquidación del activo y cancelación del pasivo, arts. 101 y sig. de la L.S.

De tal modo, si enfrentan una situación de insolvencia, aún cuando cesen en la actividad comercial, pueden concursarse para obtener una liquidación acordada con los acreedores.

En rigor, se trata de un concurso liquidativo pero, a la postre, validado por el ordenamiento normativo⁹.

V. 2. La ausencia de actividad empresarial.

V. 2. a. El esquema legal y la posibilidad de reactivar el emprendimiento.

Lo reseñado precedentemente viene a cuento ya que, en el caso “Gomez-Oliveira S.H.”, uno de los aspectos que pone de relieve la juez es que la sociedad se encontraba virtualmente en estado de inactividad, siendo su continuidad inviable desde el punto de vista económico.

Este aspecto ha sido debatido por la jurisprudencia¹⁰ y la doctrina¹¹ puntualizándose que el hecho de que la empresa se encuentre en situación de parálisis comercial no obsta a su presentación en concurso preventivo y su inactividad no constituye un impedimento para acceder al remedio preventivo.

En una palabra, nuestro ordenamiento concursal no excluye la posibilidad de que se concurse una empresa que se encuentra en una situación de parálisis comercial a fin de obtener los beneficios que acarrea este procedimiento.

Por ende, la mera inactividad, e incluso su liquidación, no constituye impedimento, en principio, para que la concursada trate de lograr un acuerdo con sus acreedores que le permita revertir la inexistencia de actividad actual, reconstruyendo, de tal modo, la marcha de su empresa y de sus negocios o liquidándola consensuadamente y respetando el esquema de la ley concursal.

V. 2. b. Una visión diferente.

En el caso “Southern Winds S.A.”, el vocal Kölliker Frers expresó que la inexistencia de actividad productiva actual o potencial del deudor constituye un impedimento para acceder a la solución preventiva, con fundamento en que esta última solución presupone —a su juicio necesariamente— la posibilidad, cuando menos cierta, de prosecución del giro comercial con el cual generar los recursos que hagan factible bajo la forma de cash flow (flujo de caja) el pago de la deuda concordataria.

El citado magistrado entendió que es de la esencia de este remedio concursal la idea de la conservación de la empresa como unidad productiva y la del mantenimiento de la actividad del deudor y de la respectiva fuente de trabajo.

Este criterio se funda, según el propio vocal, en una perspectiva finalista del instituto porque, de otro modo, los pagos sólo podrían provenir, o bien de la liquidación de los bienes que

⁹ CNCom Sala B, 5/4/06, “Viplan S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial”, RSC 40-143. Del dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara.

¹⁰ CNCom Sala A, 22/4/2008, “Southern Winds S.A. s/ concurso preventivo”, Suplemento La Ley, Concursos y Quiebras, 11/8/08, pág. 32.

¹¹ Maffía Osvaldo J., Extraña pasividad judicial y algunas voces reivindicatorias, ED, 23/10/08; Casadío Martínez Claudio A., Concursamiento de un deudor sin actividad productiva y su legitimación al ser desplazado de la administración, LL on line..

componen el patrimonio del deudor, o bien de nuevos endeudamientos "postconcursoales", insusceptibles de ser amortizados por la falta de ingreso de fondos genuinos.

En esta línea, Kölliker Frers sostuvo que cuando al momento de presentarse la solicitud de concurso preventivo existe la certeza de que el concursado se encuentra fáctica o jurídicamente imposibilitado de proseguir con su actividad, la decisión del juez concursal debería ser la de "rechazar la apertura del concurso", por ausencia de uno de los presupuestos sustanciales para la existencia de concurso preventivo.

La afirmación del reconocido magistrado contraría el propio texto del art. 5 de la L.C. que habilita el concursamiento de las sociedades en liquidación, aún cuando estas carezcan de actividad y solo aspiran a un acuerdo con los acreedores que asegure el buen fin del proceso liquidatorio.

V. 2. c. La discordia doctrinaria.

Desde otro costado, también se ha dicho en la causa "Rocayapa"¹² que las causales del rechazo están taxativamente previstas en el art. 13 LCQ y por ello encontrándose cumplidos los recaudos del art. 11 no cabe negar la apertura con fundamento en la ausencia de actividad productiva.

En esta línea, Anich¹³ entiende que el ordenamiento permite concursarse a una persona fallecida y las personas de existencia ideal en estado de liquidación.

Desde otro costado, Maffía¹⁴ critica el actual esquema normativo admitiendo que de lege lata no es discutible el concursamiento de persona sin actividad, pero que no cabe duda alguna que la finalidad concordataria se endereza a la conservación de la actividad mercantil y al saneamiento de la empresa.

La exigencia de un "plan de empresas" o "plan de saneamiento", que en definitiva es lo que se vota, implica más que la aceptación o voto de las propuestas solutorias, la generación de un instituto conservativo-reorganizativo, pues del mismo resultará no solo la propuesta solutoria, sino la reorganización del ente afectado, la generación de información completa y transparente para que los acreedores puedan decidir con criterio, la demostración de su capacidad de repago y la viabilidad de la empresa.

Indiscutiblemente en todos los sistemas creados para trabajar sobre institutos conservativos reorganizativos, existe un "plan de empresa" que es la médula del sistema y al cual le dan máxima trascendencia.

Raspall¹⁵ explica que, de aceptar incorporar estos institutos a nuestro sistema concursal, nos quedará sin duda un trabajo que no es menor y refiere justamente a discutir y ponernos de acuerdo sobre algunos aspectos propios y a la vez necesarios de los concursos reorganizativos.

El autor citado expresa que, en su opinión, el legislador tuvo "miedo" de exigir la acreditación de la viabilidad de la empresa y del plan de saneamiento como condición para que un concurso continúe y ello es así porque siempre se ha legislado en materia concursal sobre la coyuntura, sobre la crisis o la emergencia, lo cual siempre lo puso frente al "fantasma" del cierre de

¹² CNCom. C 01-10-02, LA LEY, 2002-F, 883.

¹³ ANICH, Juan A., "La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo", LA LEY, 2002-F, 883.

¹⁴ Maffía Osvaldo J., Extraña pasividad judicial y algunas voces reivindicatorias, ED, 23/10/08

¹⁵ Raspall, Miguel, Derecho de la Empresa en Crisis: Concursos Reorganizativos. Plan de Empresa. Una Mirada en el Derecho Iberoamericano. Trabajo inédito remitido por e-mail por el autor.

establecimientos y con ello, más desocupación, lo que lo ha llenado de temores y por ende, inhibido a modificar en profundidad la ley de concursos.

Así, Raspall entiende que lo que debe hacerse es dictarse una nueva norma concursal, moderna, que incluya claramente los aspectos relativos a la conservación de la empresa, y que sin duda mejoran la legislación concursal, haciéndola más eficiente, confiable y predecible.

Hoy, la revisión del sistema concursal argentino resulta un imperativo que puede postergarse por razones ajenas a los especialistas.

De tal forma, en el actual texto legal es necesario distinguir las diversas situaciones para evitar soluciones disvaliosas.

VI. Diversas aristas en torno a la falta de actividad.

VI. 1. Los recaudos del art. 11 de la L.C.

Hemos dicho que en el actual esquema normativo la falta de actividad comercial o empresaria no es motivo suficiente para negar la apertura del concurso preventivo, máxime cuando la ley legitima a las sociedades en liquidación para concursarse.

De tal modo, cabe coincidir con Maffía que, aquí y ahora, de “lege lata” el concursamiento de la sociedad de hecho por confesión del estado de cesación de pagos, en tanto se cumplieron los recaudos del art. 11 de la L.C., se ajustó a los presupuestos de apertura.

VI. 2. Las particularidades de la etapa concordataria.

Ahora bien, en el caso comentado¹⁶, la propia juez admite que durante el proceso existieron pedidos de verificación declarados inadmisibles, es decir, acreedores que no obtuvieron el carácter de concurrentes al proceso, por lo que nos encontramos en un supuesto de ausencia o inexistencia de obligaciones exigibles.

Dicho derechamente, no hay a quién formular una propuesta de acuerdo y, desde esta perspectiva, la etapa concordataria deviene vacía de contenido.

Va de suyo que los acreedores fiscales habían otorgado planes de pago a la sociedad concursada, por lo que, si bien no hubo resolución de exclusión expresa, tampoco hubo categorización de éstos.

En una palabra, la situación tenía notable particularidad y se podían ensayar diversas soluciones.

Desde una perspectiva, podía categorizarse oficiosamente a los acreedores fiscales y entender que había habido acuerdo, homologándose el mismo, atento a que la concursada había pedido la homologación.

Desde otro costado, la inexistencia de otros acreedores y la evidente extra concursalidad de los planes de pago con las entidades fiscales, dejaba a la sociedad comercial sin pasivo.

VI. 3. El uso disfuncional del proceso.

¹⁶ Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de Ejecuciones de 1° Nominación, Sentencia N° 24 del 14/3/06, in re “Gomez Héctor Edgardo y Olveira Omar E. SH s/ Pequeño Concurso Preventivo”.

De allí que la juez entiende que esta situación implica la desaparición de la insolvencia y afirma que el proceso ha sido usado disfuncionalmente y en forma abusiva, por lo que revoca su apertura.

Ahora bien, esta solución debiera justificarse en la acabada prueba del “abuso del derecho” por parte de la concursada al prevalerse del concurso preventivo para “limpiar” el pasivo de “créditos irregulares, según parece inferirse del caso de marras pero, sin tratarse el tema es forma puntual como hubiese correspondido.

Así, adviértase que el dejar sin efecto la apertura del concurso preventivo implica, en el caso concreto, que también quedan sin valor los actos cumplidos en su consecuencia y, por ende, cae la declaración de inadmisibilidad de los acreedores y eventualmente estos pueden volver a “demandar” a la deudora.

Dicho derechamente, la situación se retrotrae a la solicitud de concurso preventivo y los acreedores recuperan el derecho a agredir el patrimonio del deudor, pues su no presentación al concurso revocado no le es oponible, como en el caso de existencia de acuerdo, art. 56 de la ley 24.522.

Asimismo, como se trata de una revocación de la sentencia, no existe el impedimento para volver a concursarse, ni el período de inhibición del art. 59 de la L.C., por lo que puede volver a “reeditarse la historia”.

VII. La conclusión del concurso preventivo.

VII. 1. Consideraciones preliminares.

No cabe ninguna duda que, salvo las específicas hipótesis de desistimiento, arts. 30 y 31 de la ley concursal, lo normal es que el remedio preventivo concluya en el convenio que, con las mayorías de acreedores que requiere el art. 45 de la L.C., sea homologado por el juez a tenor del art. 52 de la L.C.

Va de suyo que en caso de ausencia de propuesta o falta de las mayorías legales, se producirá la quiebra indirecta pautada en el art. 77 inc. 1° de la ley 24.522.

Es “archiconocido” la antigua afirmación de que todo pedido de concurso preventivo contiene implícita la posibilidad de la liquidación falencial en caso de frustración de la alternativa concordataria.

Ahora bien, como la realidad supera siempre el esquema normativo, se han producido diversas situaciones en donde, luego de abierto el proceso preventivo, los jueces han entendido que no existía estado de cesación de pagos que habilitara dicha alternativa legal, dictándose resoluciones de revocación del proceso con la consiguiente invalidez de todos los actos cumplidos en su consecuencia.

VII. 2. Los precedentes “Galassi” y “U.A.R.”.

El primer precedente de la mano de Guillermo Ribichini fue la causa “Galassi S.A.” donde la forma de pago del pasivo permitió afirmar al juez concursal que nunca había existido situación de insolvencia, por lo que revocó la apertura del proceso.

Una situación muy parecida se dio en la causa “U.A.R.” en donde la propuesta de acuerdo consistió en el pago del 100% de los montos verificados a los acreedores comerciales e

institucionales, en una sola cuota pagadera a los 30 días corridos desde que quedare firme la resolución del tribunal, con más los intereses.

En este último caso, se pidió la exclusión de un acreedor que mantenía un juicio con la concursada por considerárselo “hostil”, petición que no fue acogida por el juez concursal por entender que el pleito trabado entre las partes demostraba que la figura del concurso preventivo había sido utilizada disfuncional y abusivamente para obligar a dicho acreedor a someterse a la ley concursal, y habilitar la desvinculación contractual.

A todo evento, el juez considera que, si bien no se habían logrado las mayorías concordatarias, no se acreditó la situación de insolvencia, ya que la traba de las medidas cautelares en uno de los pleitos existentes no implicaba la presencia de la insolvencia.

En esta línea, el sentenciante realiza una serie de consideraciones sobre el pasivo verificado y los fondos líquidos disponibles, concluyendo que bastaba el reflejo de dichas expresiones numéricas para desacreditar el estado de cesación de pagos y afirmar que la concursada estaba utilizando el instituto en fraude a la ley o, al menos, en forma abusiva.

De tal modo, se sostiene que, al detectar el magistrado la ausencia de la insolvencia, verdad jurídica objetiva, corresponde, no se homologue el acuerdo por falta de mayorías, y se revoque la sentencia de apertura del concurso preventivo, dejando sin efecto todos los actos dictados en su consecuencia.

Tal como se advierte, en ambos precedentes se llega a la revocación del proceso, pese a la existencia de acreedores, justamente por la situación de solvencia de la concursada.

VII. 3. La causa “Gomez-Olveira”.

En el caso “Gomez-Olveira” se configuraron una serie de notas particulares: a) En primer lugar, los únicos acreedores verificados fueron la AFIP y la DGR, habiéndose acogido la concursada a “planes de pago”. b) No existió formulación de propuesta alguna destinada a lograr el acuerdo con los acreedores, y ello motivó el pedido de quiebra indirecta por parte de la sindicatura. c) La juez entendió que, si bien se avizora un uso disfuncional y abusivo del régimen concursal, no existían elementos que validaran la declaración de la quiebra, pues la ausencia de acreedores impedía predicar la subsistencia del estado cesación de pagos. Así, puntualmente la magistrada señala que, habiendo desaparecido los presupuestos que motivaron la apertura del concurso preventivo, correspondía revocar dicho decisorio.

Este criterio es confirmado por la Cámara de Catamarca, afirmando que, si bien es cierto que no hubo acuerdo con los acreedores, la posibilidad de declarar la quiebra implicaría un rigor formal excesivo, en atención a la inexistencia de acreedores.

Desde esta perspectiva, entiende ajustada la ponderación judicial en orden a la desaparición del estado de insolvencia que justificó la apertura del concurso preventivo cuando en el curso del proceso el juez advierte esta situación.

En síntesis, el tribunal de Grado confirma la revocación de la resolución de apertura del concurso preventivo.

De los diversos aspectos del decisorio nuevamente se alzan una serie de interrogantes que merecen una reflexión y ponderación especial.

VIII. El uso disfuncional del remedio preventivo.

VIII. 1. La ausencia de insolvencia.

Así, cabe advertir que en todos los precedentes analizados, pese a haberse abierto el concurso preventivo por cumplimiento de los recaudos del art. 11 de la L.C., en el decurso del proceso los jueces concursales “descubren” la ausencia de uno de los presupuestos objetivos fundamentales, como es el estado de cesación de pagos.

En los precedentes “Galassi” y “U.A.R.” la situación de solvencia de la deudora estaría dada por el modo de pago de los acreedores verificados.

Por el contrario, en el caso “Gomez-Oliveira S.H.” la particularidad se centra en la ausencia de acreedores admitidos.

El punto de unión en los tres supuestos se encuentra en el uso disfuncional del concurso preventivo, pues los jueces entienden que las deudoras han abusado de la facultad de concursarse, atento las particularidades de los casos descriptos.

Ahora bien, hemos dicho que la revocación de la apertura del concurso, al dejar sin efecto todo el proceso, si bien tiene la finalidad de no beneficiar al deudor, encuentra el inconveniente de la reedición, es decir, la posibilidad de volver a concursarse, en atención a la inexistencia de norma impeditiva.

VIII. 2. La contraposición de intereses y las posibles soluciones.

En una palabra, nos encontramos frente a dos intereses en juego: a) no favorecer al deudor frente a una conducta abusiva del proceso tendiente a sanear su patrimonio; b) incrementar los procesos concursales atento la posibilidad del deudor de volverse a presentar en concurso preventivo.

En ambos supuestos, los acreedores pueden volver a intentar el proceso verificadorio, con las eventualidades procesales que puedan plantearse.

Frente a esta situación y la ausencia de norma legal concreta, la respuesta no resulta fácil, pues también podría sostenerse que la solución correcta sería disponer la conclusión del proceso, de conformidad al art. 229 segundo párrafo de la L.C., es decir, por ausencia de acreedores, validando todo lo actuado en el proceso, o permitiendo su pago en los términos de la legislación sustantiva ordinaria, según la particularidad de cada proceso.

VIII. 3. La falta de acreedores.

Así, en la causa “Gomez-Oliveira” el estado de cesación de pagos desaparece, no por acreditación de capacidad de pago, sino porque los acreedores no lograron legitimarse en los términos de los arts. 32 y sgtes. de la L.C.

De la afirmación precedente surgen dos conclusiones: en primer lugar; al revocarse la sentencia de apertura del concurso preventivo renacerían los derechos de los acreedores declarados inadmisibles; en segundo término, la presente causa es absolutamente distinta a los precedentes “Galassi” y “U.A.R.”

La aplicación, si se quiere analógica, del art. 229 párrafo segundo de la ley concursal admite que sin acreedores no se puede seguir el proceso concursal, por lo que la inexistencia de ellos, conlleva la conclusión de la falencia, siempre que se satisfagan los gastos íntegros del concurso.

De tal modo, si bien la normativa propuesta se circunscribe en un proceso netamente liquidativo, lo real y cierto es que ha desaparecido el presupuesto básico concursal de carácter subjetivo: no hay acreedores a quien pagar o, si se quiere, con quien obtener una solución concordataria.

A su vez, desapareció el presupuesto objetivo del estado de cesación de pagos, es decir, no hay insolvencia, pese a que ello no es óbice para la presentación de una sociedad en liquidación.

Dicho derechamente, en el caso de concurso preventivo, en el que no existe estado de cesación de pagos debido a que no hay acreedores con quienes obtener un acuerdo, la solución correcta sería concluirlo por falta de acreedores, art. 229 segundo párrafo de la L.C., siempre y cuando no se haya utilizado abusivamente el esquema concordatario.

En efecto, un punto, si se quiere delicado, lo constituye el siguiente interrogante: ¿qué pasa con los actos cumplidos y firmes desarrollados durante el proceso preventivo?; ¿deben validarse o dejarse sin efecto?.

Hemos sostenido que, de aplicarse la normativa propuesta, es decir, el art. 229 párrafo segundo de la L.C., todos los actos desplegados en el concurso preventivo deben validarse.

De lo contrario, no sólo ingresaríamos en un círculo vicioso en el que el concursado podría volver a utilizar el remedio legal, es decir, concursarse nuevamente, sino que, además, los acreedores declarados inadmisibles readquirirán su legitimación para cobrar sus créditos y demandar su cumplimiento por la vía pertinente.

VIII. 4. El pago íntegro e inmediato como prueba de solvencia.

Hemos dicho que el precedente reseñado es absolutamente distinto a las causas “Galassi” y “U.A.R.”

Así, en estos dos casos jurisprudenciales, la concursada demostró su situación de solvencia proponiendo el pago en forma inmediata a la homologación, sin quitas y con intereses, todo lo cual demostraba la inexistencia del estado de cesación de pagos.

Por el contrario, en el precedente “Gomez-Oliveira”, la situación de insolvencia cesó debido a que los dos acreedores verificados, AFIP y DGR, le otorgaron planes de pago a la concursada, y los demás verficantes fueron declarados inadmisibles.

En una palabra, nunca se formuló propuesta de pago ni mediaba acuerdo para homologar.

Dicho derechamente, las hipótesis de la realidad son absolutamente distintas, pues en este último caso, la ausencia de acreedores se operó como consecuencia de que éstos no lograron legitimarse por la vía verficatoria.

De tal modo, resulta palmario que la situación de absolución de la insolvencia tiene como causa el proceso concursal y, concretamente, el incumplimiento de los recaudos exigidos por la ley concursal para obtener el carácter de acreedor concurrente, art. 32 y sig. de la L.C.

Por el contrario, en el caso “U.A.R.”, la concursada sí tenía acreedores y en la propuesta se ofrece pagar el 100% de los créditos con intereses, demostrando solvencia.

Aún cuando también pueda debatirse la forma de conclusión anómala recaída en “Galassi” y “U.A.R.”, no cabe ninguna duda que dichos precedentes no podían ser esgrimidos válidamente como antecedentes del caso “Gomez-Oliveira”.

IX. Conclusión.

De todo lo expuesto se sigue que la jurisprudencia, en los supuestos en donde el deudor se concursa para vulnerar los derechos de determinados acreedores pero, sin encontrarse en una verdadera situación de crisis económica o insolvencia, ha considerado que dicha conducta desvía el fin socio económico del concurso preventivo y se torna abusiva atento a que el ejercicio regular de un derecho devino en “irregular” al desviar la finalidad del instituto.

En una palabra, se configura en todos estos casos una desviación de la causa fin del instituto del concurso preventivo incurriéndose en abuso del derecho, de conformidad al art. 1071 bis del Código Civil.

Por ello, como enseñaba, desde antaño, el gran maestro Josserand¹⁷ los derechos tiene una finalidad que su titular no puede modificar por ser el sustento de su concesión, por ello, dicho fin endereza la correcta utilización del instituto jurídico y, por ello, quien no respeta su causa fin ejerce “irregularmente el derecho”, es decir, y sigue una dirección falsa “abusando” de la facultad que el ordenamiento le ha concedido.

En esta inteligencia, los diversos precedentes en los cuales los jueces resolvieron revocar la resolución de apertura del concurso preventivo, dejando sin efecto las actuaciones procesales dictadas en su consecuencia, implican el reconocimiento de un “desvío” de la finalidad del concurso preventivo y, por ende, un uso “abusivo” por parte del deudor concursado.

Ahora bien, y desde otro costado, cuando en el proceso no se advierta abuso de derecho, una solución correcta podría ser declarar la conclusión del concurso, en función del art. 229 segundo párrafo de la L.C., validando todos los actos cumplidos durante la vigencia del juicio.

Esta alternativa tiende a evitar la reedición de futuras presentaciones, reconociendo que de los arts. 31 in fine y 59 último párrafo de la L.C. se sigue un principio general tendiente a evitar el uso abusivo del remedio concordatario.

¹⁷ Josserand, Louis, Del abuso del derecho y otros ensayos, Temis, Bogotá, 1982, pag.4