

Revista ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO

La Escuela Comercialista de Córdoba y sus
Proyecciones



VOLUMEN 26

27/IX/2023



Departamento de
Derecho Comercial
Dr. Mauricio Yadarola



UNC

Estudios de Derecho Empresario

Escuela Comercialista de Córdoba y sus proyecciones

Volumen 26

“PRIMER PREMIO A JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO
CONCURSAL - PROFESOR ARIEL A. DASSO”

27/09/2023

Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación – Facultad de Derecho – Universidad
Nacional de Córdoba

Instituto de la Empresa – Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Director Académico: Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard

Vicedirectora Académica: Prof. Ab. Luisa Borgarello

Coordinadora Académica: Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco

Colaboración en la edición y gestión de la Revista: Ab. Romina Furiasse



Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Córdoba



INSTITUTO DE LA EMPRESA
Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Córdoba



UNC

Universidad
Nacional
de Córdoba

Director Académico: Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard

Vicedirectora Académica: Prof. Ab. Luisa Borgarello

Coordinadora Académica: Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco

Editor Responsable de la Revista: Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard

Gestión de la Revista: Prof. Ab. Luisa Borgarello – Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco

Colaboración en la edición y gestión de la Revista: Ab. Romina Furiasse

Consejo Editorial y Comité Evaluador de Referato: Profesores Titulares Dres. Marcela Aspell, Vicente Aznar, Giselle Javurek, Francisco Junyent Bas, Orlando Manuel Muiño, Horacio Roitman, José Ignacio Romero, María Cristina Mercado de Sala y Efraín Hugo Richard.

Estudios de Derecho Empresario es una publicación del Departamento de Coordinación Docente Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Tiene sede en la Facultad de Derecho, Obispo Trejo 242 Primer Piso – Centro (5000) – Córdoba – República Argentina.

Teléfono: 0351-4332060 Fax: 0351-4332066

E-mail: fernanda.cocco@unc.edu.ar

Website: www.derecho.unc.edu.ar www.acaderc.org.ar

Índice

Prólogo	Pág. 4
Prólogo del Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal	Pág. 6
Acta de Premiación	Pág. 8

Doctrina

<i>“La capitalización de créditos en la normativa concursal española tras la ley 16/2022, de 5 de septiembre”</i> Ascensión Gallego Córcoles	Pág. 10
<i>“Controversias en la concurrencia de acreedores vulnerables en los procesos concursales”</i> Nicolás José Di Lella	Pág. 46
<i>“Problemas actuales de la insolvencia transfronteriza: el caso argentino”</i> Alexis Matías Marega	Pág. 89
<i>“La quiebra del garante”</i> Damián Alejandro Moriconi	Pág. 116
<i>“Análisis medico de la empresa en crisis”</i> Julián Andrés Palacio Olayo	Pág. 125
<i>“Rol del síndico frente a acreedores que no se presentaron a insinuar, pero su crédito surge de la documentación del concursado”</i> Darío Willebald Buffa	Pág. 133

Prólogo

María Fernanda COCCO – Romina FURIASSE – Efraín Hugo RICHARD

Tenemos el agrado de compartir con ustedes este número 26 de la Revista Electrónica Estudios de Derecho Empresario que, en esta oportunidad, publicaremos los ensayos premiados en el marco de la actividad académica organizada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal “PRIMER PREMIO A JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO CONCURSAL - PROFESOR ARIEL A. DASSO”

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, en su labor, investigadora y docente ha creado tres premios entre su rama más joven (menos de cuarenta años), que propugnen la difusión del conocimiento de los diversos ámbitos que concita la insolvencia empresarial.

Los honorables miembros del Jurado designado por la Mesa Directiva y Comisión Académica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Profesores Jesús QUIJANO GONZALEZ, Miguel RASPALL y Efraín Hugo RICHARD, han decidido por unanimidad, otorgar el **PRIMER PREMIO** al trabajo de la joven colega española Ascención Gallego Córcoles, *“La capitalización de créditos en la normativa concursal española tras la ley 16/2022, de 5 de septiembre”*, el **SEGUNDO PREMIO COMPARTIDO** a los colegas argentinos Alexis Matías Marega y Nicolás Di Lella, por sus ensayos *“Problemas actuales de la insolvencia transfronteriza: El caso argentino”*, y *“Controversias en la concurrencia de acreedores vulnerables en los procesos concursales”*, respectivamente.

Y como **TERCER PREMIO** decidieron calificar como distinguidos los ensayos de los siguientes autores: Damián Alejandro Moriconi de Argentina por su trabajo *“La quiebra del garante”*; Julián Andrés Palacio Olayo de Colombia por su trabajo *“Análisis médico de la empresa en crisis”* y Dario Willebald Buffa de Uruguay, por su trabajo *“Rol del síndico frente a acreedores que no se presentaron a insinuar, pero su crédito surge de la documentación del concursado”*.

Forman parte de este número, a parte de los ensayos distinguidos, el Prólogo del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en alusión a los Premios otorgados y la transcripción del Acta de Premiación, hoy bajo la Presidencia de Aurelio GURREA CHALE y la Vice Presidencia Académica de Alicia FERRER MONTENEGRO.

Esta es una manifestación más del vínculo académico que nuclea al DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE ESTA UNIVERSIDAD y del INSTITUTO DE LA EMPRESA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, gestores de esta Revista Electrónica ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, con el INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL (Sede México), con quién nos unen convenios académicos, y que se gestara en La Cumbre en el año 2000 en el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia in Memoriam de nuestros Maestros Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, ante el apasionamiento del colombiano Jesús SANGUINO SANCHEZ, y que concretó en Barranquilla (Colombia) en 2004, asumiendo la Presidencia, con la incansable Lidia VAISER como Vicepresidente

(y desde siempre Presidente del Capítulo Argentino) y la Vice Presidencia Académica de Efraín Hugo RICHARD.

Los invitamos a descubrir y experimentar este Volumen, iniciando ese descubrimiento en el análisis del índice.

Prologo del Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal

Aurelio GURREA CHALÉ

Ya llevamos dos años con la nueva tarea de incentivar a los jóvenes en el derecho concursal, y por fin, hemos creado el *I PREMIO A JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO CONCURSAL Profesor DR. ARIEL A. DASSO*.

No ha resultado fácil poner de acuerdo al Comité Académico con la edad de los premiados y sí a los Miembros del Jurado Dr. Miguel Raspall, Dr. Efraín Hugo Richard y Dr. Jesús Quijano González.

Uno de los objetivos primordiales del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal es la difusión del conocimiento en los diversos ámbitos que concita la insolvencia empresarial, las crisis patrimoniales de los Estados, el sobreendeudamiento de las personas físicas, entre otros. Asimismo, busca promover estudios y análisis de la realidad de cada una de las jurisdicciones de los miembros que componen el Instituto y de otros quienes tienen interés de formar parte del mismo, haciendo presente los matices y respuestas que ofrece la posibilidad de comparación de nuestros sistemas jurídicos.

Con el fin de promover la participación de jóvenes docentes, investigadores y abogados en nuestras actividades académicas el Instituto a establecido tres premios que en este año han correspondido:

El primero, de la Dra. Ascensión Gallego Córcoles de España, *LA CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS EN LA NORMATIVA CONCURSAL ESPAÑOLA TRAS LA LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE*, está basado en la transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad. El trabajo que nos refleja en su ensayo, la empresa organizada como sociedad; reflexionando exclusivamente sobre la posibilidad de que la conversión de créditos en la normativa concursal española, acciones o en participaciones, pueda imponerse al margen del consentimiento de los acreedores afectados y del acuerdo de la junta general de la sociedad deudora.

El segundo, compartido entre Alexis Matías Marega y Nicolas Di Lella, por sus trabajos *PROBLEMAS ACTUALES DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: EL CASO ARGENTINO, y CONTROVERSIAS EN LA CONCURRENCIA DE ACREEDORES VULNERABLES EN LOS PROCESOS CONCURSALES*. El primer trabajo introduce un tema que viene a recoger la ya habitual internacionalización de los negocios y conlleva obligatoriamente la necesidad de coordinar políticas y procedimientos para atender diversas cuestiones y brindar seguridad jurídica a las empresas, donde el autor analiza los principios generales de la colaboración judicial internacional en los procesos de insolvencia. Del mismo modo el autor expone sobre los Directivas o Guías Legislativas y Leyes Modelos desarrollados por los Organismos Internacionales y puesta en funcionamiento en las leyes concursales del derecho comparado. Por último, revisa la legislación argentina vigente, incluyendo las Convenciones Internacionales sobre esta materia.

El segundo trabajo examina una cuestión que se forma en los procesos liquidativos ante la concurrencia de acreedores personas físicas en situación de vulnerabilidad, frente a acreedores que cuentan con privilegios generales o especiales. El autor reclama la urgente y necesaria intervención legislativa para superar el conflicto generado por los fallos contradictorios. Este acuerdo en las legislaciones locales europeas se da gracias a la cooperación existente en los países del viejo continente que no se ha logrado aún Iberoamérica, y que perjudica de forma grave el desarrollo del comercio transfronterizo.

En Tercer lugar, nuestro Jurado califica de DISTINGUIDOS los ensayos de los siguientes autores: Damián Alejandro Moriconi de Argentina por su trabajo *LA QUIEBRA DEL GARANTE*, quien propugna que existen abundantes y sólidos argumentos que demuestran que los garantes puedan tramitar su quiebra directa en forma conjunta con la quiebra del deudor principal garantizado, tal cual lo autoriza el art. 68 de la Ley de Concursos y Quiebras para el Concurso del Garante. Julián Andres Palacio Olayo de Colombia por su artículo *ANÁLISIS MÉDICO DE LA EMPRESA EN CRISIS*, quien desarrolla el estudio de las crisis empresarias a través de un análisis que corre en paralelo con la disciplina médica, haciendo comprender la problemática de la viabilidad de la empresa como es el paciente y la enfermedad y su relación con el deudor en crisis y la empresa enfermo. Dario Willebald Buffa de Uruguay, por su trabajo, *ROL DEL SÍNDICO FRENTE A ACREEDORES QUE NO SE PRESENTARON A INSINUAR, PERO SU CRÉDITO SURGE DE LA DOCUMENTACIÓN DEL CONCURSADO*. En en Uruguay se cumplen quince años de la promulgación de la ley 18.387 (Concursos y Reorganización Empresarial). En dicho marco, el presente trabajo selecciona un tema de interés y aborda su problemática desde el ángulo legal, doctrinario y jurisprudencial, sobre la posibilidad que tiene el síndico o interventor de incluir en la lista de acreedores créditos que no se insinuaron en el perfil de reconocimiento, pero que resultan, o de la denuncia presentada por el propio deudor en los concursos voluntarios o de la contabilidad del mismo, en el caso de concursos necesarios.

Hoy presentamos con alegría en Estudio de Derecho Empresario la publicación de los textos premiados con objeto que los tengas todos los capítulos del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

No quisiera, por menos olvidarme de quienes han trabajado tanto por conseguir que el Instituto brille con luz propia como ha sido la Dra. Alicia Ferrer, la Dra. Diana Rivera y el Dr. Juan Luis Goldenberg, mes tras mes en los webinarios que se han venido haciendo durante estos cuatro años, así como los dos congresos virtuales que se han realizado.

Abordamos con ilusión, el XIX Congreso de Derecho Concursal que se celebra en Guadalajara (México) los días 18, 19 y 20, así como mi renovación como presidente. Salud y felicidad para todos.

Setiembre 2023

**INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL PREMIO A JÓVENES INVESTIGADORES
EN DERECHO CONCURSAL****“PROFESOR ARIEL A. DASSO”****ACTA DE PREMIACION**

Reunidos por vía cibernética en diversas oportunidades durante este mes de Agosto los Miembros del Jurado designado por la Mesa Directiva y Comisión Académica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Profesores Jesús QUIJANO GONZALEZ, Miguel RASPALL y Efraín Hugo RICHARD, han decidido POR UNANIMIDAD, no sólo por los puntajes individuales acordados, sino en la apreciación genérica del valor doctrinario de los trabajos presentados, atendiendo a su universalidad, actualidad, particularidad legislativa, enfoque dialéctico y utilidad real, otorgar;

El **PRIMER PREMIO** a Primero al trabajo de la joven colega española ASCENCION GALLEGO CÓRCOLES, “La capitalización de créditos en la normativa concursal española tras la ley 16/ 2022, de 5 de septiembre” (Debt-equity swap in the spanish insolvency regulation affect the law 16/2022, 5TH September), pues su enfoque inicialmente genérico, atiende a que el legislador concursal español viene incentivando y perfeccionando mecanismos encaminados, ya sea a prevenir, ya sea a superar (planes de reestructuración prejudicial o convenio judicial), la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible la declaración de concurso, pero lo hace con un método dirigido a alcanzar la reestructuración viable de la empresa organizada como sociedad, usando la capitalización de créditos mediante el procedimiento de la conversión de los mismos en acciones o participaciones societarias, método previsto por todas las legislaciones societarias.

A su vez ACONSEJAN OTORGAR UN **SEGUNDO PREMIO COMPARTIDO** a los colegas argentinos ALEXIS MATÍAS MAREGA y NICOLÁS DI LELLA, por sus ensayos “Problemas actuales de la insolvencia transfronteriza: El caso argentino”, y “Controversias en la concurrencia de acreedores vulnerables en los procesos concursales” (Controversies in the concurrence of vulnerable creditors in bankruptcy proceedings), respectivamente. El primer ensayo involucra un tema de importancia a nivel internacional, que ha venido desde largo tiempo atrás con la expansión y la globalización de los negocios, en el cual el autor analiza los principios generales de la colaboración judicial internacional en los procesos de insolvencia con componentes transnacionales (bienes o créditos) apreciando la universalidad del problema. Desarrolla las diversas posiciones asumidas por los países en relación con las normas de derecho internacional privado en materia concursal y la actitud de los países y sus legislaciones en relación con la posición y tutela que deben o merecen recibir los acreedores locales (territorialidad-pluralidad de quiebras o extraterritorialidad-unidad de quiebras, exponiendo también las actuales posiciones intermedias). Del mismo modo el autor expone sobre los Principios, Directivas o Guías Legislativas o Leyes Modelos desarrollados por los Organismos Internacionales y su creciente recepción en las modernas leyes concursales del derecho comparado. Por último, revisa la legislación argentina vigente, incluyendo las Convenciones Internacionales sobre esta materia de los cuales la argentina es país signatario. El segundo ensayo analiza detenidamente un particular problema que se genera en los procesos liquidativos ante la concurrencia de acreedores personas

humanas en situación de hiper-vulnerabilidad, frente a acreedores que cuentan con privilegios generales o especiales reconocidos expresamente en la norma concursal, los que se disputan el producido de la liquidación de los bienes. El autor hace el desarrollo del tema con un ponderable despliegue conceptual y dialéctico, presentando analíticamente las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales dentro del marco concursal argentino, asumiendo la posición de uno de los dos fallos –divergentes- de la Corte Suprema de Justicia dados en un breve lapso de tiempo con distintas integraciones. El autor reclama la urgente y necesaria intervención legislativa para superar el conflicto generado por estos fallos contradictorios.

En **TERCER** lugar califican como DISTINGUIDOS los ensayos de los siguientes autores: DAMIAN ALEJANDRO MORICONI de Argentina por su trabajo “La quiebra del garante” (The guarantor’s bankruptcy) quien postula, analiza y reflexiona en torno a que existen profusos y sólidos argumentos que justifican que los garantes puedan tramitar su quiebra directa en forma conjunta con la quiebra del deudor principal garantizado, tal cual lo autoriza el art. 68 de la Ley de Concursos y Quiebras para el Concurso del Garante; JULIAN ANDRES PALACIO OLAYO de Colombia por su trabajo “Análisis médico de la empresa en crisis” (Medical analysis of the company in crisis) quien -con originalidad- enfoca y encara el estudio de las crisis empresarias a través de un análisis que corre en paralelo con la disciplina médica, haciendo comprender la problemática de la viabilidad de la empresa a cualquier no iniciado, referenciado con un diagnóstico de salud y de la rehabilitación y DARIO WILLEBALD BUFFA de Uruguay, por su trabajo “Rol del síndico frente a acreedores que no se presentaron a insinuar pero su crédito surge de la documentación del concursado” (Role of the trustee vis-a-vis creditors who did not present themselves to insinuate but whose claims arise from the insolvent party’s documentation). En el trabajo el autor explica y analiza la situación que se genera en la concursalidad de su país, con opiniones doctrinarias no pacíficas y fallos jurisprudenciales contradictorios, sobre la posibilidad que tiene el síndico o interventor de incluir en la lista de acreedores (conformación del pasivo) créditos que no se insinuaron en la faz verificatoria, pero que resultan o de la denuncia presentada por el propio deudor en los concursos voluntarios o de la contabilidad del mismo, en el caso de concursos necesarios, abordando también la situación que se da en el caso de créditos con garantía real (prenda o hipoteca) y explicando lo relacionado con las vías impugnativas que tienen los acreedores en su capacidad de contralor de la conformación del pasivo, frente a esta opción verificatoria sin insinuación del acreedor.

Por el valor, la actualidad y la originalidad de todos los trabajos, es que aconsejamos su PUBLICACIÓN en la Revista Electrónica de la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina) ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, agregando inicialmente esta ACTA como forma de otorgar MENCIONES a todos los trabajos.

Con lo que damos por concluida nuestra misión, elevando este documento y los ensayos calificados a la MESA DIRECTIVA del IIDC para que proceda en consecuencia, a 16 de agosto de 2023.

Jesús QUIJANO GONZALEZ-Miguel Ángel RASPALL-Efraín Hugo RICHARD.

Doctrina**“LA CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS EN LA NORMATIVA CONCURSAL ESPAÑOLA TRAS LA LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE”****Ascensión Gallego Córcoles*****I. El progresivo fomento de la capitalización de créditos a través del aumento de capital social en el concurso y en el precurso**

Desde hace algún tiempo el legislador concursal español viene incentivando mecanismos encaminados, ya sea a prevenir, ya sea a superar, la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible, la declaración de concurso. Ello tanto a través de la previsión de institutos concursales (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos)¹, como por medio de la flexibilización de la solución convenida en caso de concurso, cuyo posible contenido fue progresivamente ampliándose a lo largo de las sucesivas reformas que experimentó la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (en adelante, LC de 2003).

La transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad a Derecho español por obra la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, representa el último “movimiento” del legislador concursal español en esta dirección. En relación con ello, resulta evidente que, ante todo, lo que persiguen tanto la Directiva como, a través de su transposición, la ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC²), es que por parte del deudor pueda reaccionarse tempranamente ante las primeras alertas sobre el deterioro de su situación económica, ya que, de no actuar, acabaría en una situación de insolvencia. No obstante, además de este objetivo, y en línea con la tendencia antes señalada, en el Derecho concursal español se persiste en proporcionar también vías para superar la insolvencia, evitando el concurso. Ello se evidencia claramente si se atiende al presupuesto objetivo que se vincula a la reestructuración (que no es solo el de probabilidad a la insolvencia, sino también el de insolvencia inminente y el de insolvencia actual – art. 584 TRLC³-), lo que lleva a considerar que el sistema español de planes de reestructuración se ha previsto con una doble función: la de evitar la insolvencia (que es la que se extrae de la Directiva) y la de ofrecer solución a la insolvencia⁴.

En este contexto, el legislador concursal español ha venido progresivamente incentivando la capitalización de créditos como solución societaria a la crisis de las sociedades de capital, siendo

* Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Doctora en Derecho con Mención Internacional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Email: Ascension.Gallego@uclm.es

¹ Los mismos han sido sustituidos tras la reforma por los planes de reestructuración.

² Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

³ Conforme establece el art. 584.2 TRLC, “se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años”. Por su parte, el art. 2.3 TRLC define la insolvencia actual como la situación en la que el deudor “no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” y la insolvencia inminente como la situación en la que el deudor “prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

⁴ Vid., ROJO, Ángel, “La conversión de créditos en acciones o participaciones en los planes de reestructuración”, *Libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, PEÑAS MOYANO, M.J. (coord.), Universidad de Valladolid, 2023, en particular, págs. 727 a 729.

varias las previsiones que la normativa concursal española ha venido contemplando (y contempla) en torno a la conversión del crédito en acciones o en participaciones sociales, que es como, con carácter general, se alude a la capitalización de créditos en el TRLC. A este respecto, conviene recordar que la capitalización de créditos implica la transformación de una relación crediticia en una relación societaria, que conduce a que el acreedor pase, por obra de la misma, a asumir la posición residual de socio. Ello supone que dejará de ser acreedor (o que lo será por menor importe, en caso de que la capitalización sea parcial), por cuanto la operación conlleva una reducción de pasivo y, por tanto, la extinción de todo o de parte de los créditos capitalizados. La misma se ha revelado como medida de saneamiento financiero especialmente idónea para la superación de crisis empresariales. En efecto, además de producirse con ella un incremento del patrimonio neto que lo acerca al capital social, evitando caer en una situación de disolución por pérdidas⁵ [art. 363.1. e) LSC], la capitalización de créditos genera un incremento de liquidez, reduce los costes financieros derivados de la satisfacción de los créditos y mejora la ratio de endeudamiento de la sociedad, por cuanto permite a ésta aplicar para otros fines los fondos que habría de destinar al pago de las deudas que se extinguen como consecuencia de la capitalización. Cuando quizás es prácticamente imposible obtener financiación ajena, de ello se derivan *nuevas disponibilidades financieras* para la sociedad que le permiten la continuación de la actividad empresarial.

En cualquier caso, se ha de advertir que, desde una perspectiva societaria, esta conversión de créditos en acciones o en participaciones podría articularse de diversas formas. Así, de un lado, podría articularse por la vía de entrega al acreedor de acciones o de participaciones de las que la sociedad disponga en autocartera. Se ha de reconocer, sin embargo, que la virtualidad de esta forma de articulación de la conversión de créditos en capital resulta reducida, en tanto que es limitado el volumen de autocartera permitido por la normativa societaria y probablemente elevada la deuda que deba capitalizarse para garantizar la viabilidad financiera de la sociedad. De otro lado, la vía más habitual de articulación jurídica de la capitalización de créditos es a través de un aumento del capital social (en concreto, el aumento de capital contemplado en el art. 301 de la Ley de Sociedades de Capital⁶ - en adelante, LSC -, que lleva por título “aumento por compensación de créditos”). Precisamente, este es el cauce que el legislador concursal español viene tomando en consideración a la hora de fomentar la conversión de créditos en acciones o en participaciones en el concurso y en el precurso. Por este motivo, en el presente trabajo nos centraremos en la capitalización de créditos articulada mediante un aumento del capital social. Articulada por esta vía, la operación permite a la sociedad extinguir el crédito (pasivo exigible) e incrementar los fondos propios (aumento de capital social) y al acreedor adquirir la condición *originaria* de socio, a diferencia de la condición *derivativa* de socio que adquiriría en el supuesto en el que las acciones o las participaciones estuvieran previamente suscritas o asumidas, como acontecería en el caso de entrega de acciones o de participaciones preexistentes en autocartera. Esta entrada de uno o de varios acreedores en el capital produce una evidente dilución de la participación de los antiguos socios, que puede llevar incluso a un cambio de control societario⁷.

⁵ HERNÁNDEZ SAINZ, Esther, “La capitalización de créditos como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, GARCÍA CRUCES, J.A. (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, Bosch, 2013, pág. 330.

⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁷ Un reciente ejemplo de esta dilución lo proporciona el caso Pescanova, sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en Sentencia (Sala de lo Civil) n. 3/2023, de 10 de enero de 2023, por la que se desestima el recurso de casación interpuesto por Pescanova SA, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª), de 27 de marzo de 2019 que, a su vez, resolvió el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Pontevedra, de 26 de junio de 2018. Si bien Nueva Pescanova SA se constituyó en junio de 2015, como sociedad

Consciente de que, por ello, los socios de la sociedad deudora podrían resistirse a la capitalización, el legislador concursal viene incorporando medidas para incentivar y facilitar la adopción del correspondiente acuerdo por la junta general de la sociedad deudora. Precisamente, las específicas previsiones que contiene la normativa concursal en torno a la conversión de créditos en acciones o en participaciones vienen permitiendo comprobar la manera a través de la cual el legislador concursal ha venido incentivando progresivamente esta operación. Así, partiendo de que la capitalización estaba ya prevista, aunque sin mayores especificaciones, desde la primigenia versión del art. 100 de la LC de 2003, como contenido alternativo a la quita o a la espera del convenio concursal, el legislador dio entrada en el año 2014 a la capitalización de créditos en el ámbito del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente⁸, momento en el que también se introdujeron especialidades para la adopción del acuerdo por la junta general “necesario” para llevar a efecto la conversión de créditos en capital, tanto en ese ámbito [acuerdos de refinanciación homologados - apdo. 3.b.3º DA 4º LC de 2003 -], como para la capitalización que se previera en el convenio (art. 100.2 LC de 2003).

Además, con ocasión de esta reforma de 2014 se introdujo el controvertido régimen sobre culpabilidad del concurso y posible condena de los socios de la sociedad deudora a la cobertura total o parcial del déficit concursal en caso de negativa “*sin causa razonable*” a una capitalización de créditos prevista en acuerdos de refinanciación (arts. 165.2, 172.2.1º y 172 bis 1 LC de 2003), que la reforma ha eliminado⁹. Por último, esta incentivación, incluida la posible consideración de los socios como personas afectadas por la calificación en caso de concurso culpable, se trasladó en el año 2015 al acuerdo extrajudicial de pagos [art. 236.1 d) LC]¹⁰. Todo ello se mantuvo, evidentemente, en el TRLC de 2020, modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

Como tendremos ocasión de poner de manifiesto, en muchas ocasiones estas previsiones que viene incorporando el legislador concursal español conllevan un desplazamiento de las exigencias que para el aumento de capital por compensación de créditos contempla el Derecho de Sociedades. Precisamente, la capitalización de créditos a la que nos referimos refleja con claridad la *tensión* que se produce entre el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal cuando se trata de la crisis de las sociedades. Además, por el efecto dilución que la misma lleva aparejado desde el punto de vista de la posición de socio, la capitalización de créditos se ha erigido en la operación societaria por excelencia en relación con la cual exponer dónde quedan los socios en el concurso y en el precurso¹¹.

unipersonal cuyo socio único era Pescanova SA, diversas operaciones realizadas breve tiempo después de su constitución condujeron a que Pescanova SA pasara a ostentar el 20% de su capital social, siendo el 80% restante titularidad de los acreedores financieros. Tras ello, en diciembre de 2016 se suscribió por la mayoría de los acreedores financieros el acuerdo de refinanciación de Nueva Pescanova, homologado judicialmente en febrero de 2017. En él se contemplaba una capitalización de créditos que llevó a que Pescanova SA pasara de ostentar el 20% del capital social de Nueva Pescanova SA a quedarse con el 1,65 % del mismo.

⁸ Modificación de la LC de 2003 por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo.

⁹ El régimen precedente contemplaba, como presunción *ius tantum* de concurso culpable, la negativa, sin causa razonable, de los administradores a proponer o de los socios a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y esa negativa hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos. Ello suponía que los socios podrían llegar a ser considerados personas afectadas por la calificación del concurso como culpable y, por tanto, se contemplaba la posibilidad de que fueran condenados a la cobertura del déficit concursal.

¹⁰ Modificación de la LC de 2003 por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero.

¹¹ Planteándose de manera muy gráfica si el Derecho concursal había *desbancado* al Derecho de Sociedades, a ello se aludió, refiriéndose a la modificación del Derecho de insolvencias alemán por obra de la *ESUG* (*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*) en 2011, en SCHMIDT, Karsten, “¿Desbanca el derecho concursal al derecho

Pues bien, esta tendencia del legislador español por la facilitación de esta y de otras soluciones societarias a la crisis de las sociedades se ha visto particularmente intensificada tras la reforma del TRLC para la transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad. Recuérdese que tanto el art. 32 de la Directiva como sus Considerandos (así, Considerandos 57 o 96), establecen expresamente que la aplicación del Derecho de Sociedades no ha de comprometer la efectividad del proceso de reestructuración, ni los socios han de poder impedir “*injustificadamente*” la adopción de planes de reestructuración que permitirían a la sociedad deudora recuperar su viabilidad.

Precisamente, en este contexto inciden tanto las específicas previsiones del TRLC sobre la conversión de créditos en acciones o en participaciones, como la regulación del TRLC relativa a la aprobación del plan de reestructuración cuando en el mismo se incluyan asuntos sobre los que, según la normativa societaria, corresponde pronunciarse a la junta general (así, por ejemplo, el art. 631.2 TRLC). Todas ellas serán tomadas en consideración en el presente trabajo, que tiene por objeto abordar las novedades de la capitalización de créditos en el concurso y en el precurso de sociedades de capital que ha traído consigo la norma de transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad. En relación con ello se prestará particular atención a una misma cuestión, pero analizada desde una doble perspectiva: el consentimiento de los acreedores, de un lado y el consentimiento de la sociedad de capital deudora, de otro lado. Esta última cuestión conecta con la competencia de la junta general de socios y con la incidencia de la previsión de capitalizaciones de créditos en planes de reestructuración y en el convenio de concursal. Con este propósito, se partirá de la situación previa a la reforma del TRLC del año 2022 y de la interpretación que de la misma predominó en torno a algunas de estas cuestiones, no sin antes repasar, si quiera someramente, algunas de las previsiones que el TRLC contempla en torno a la conversión de créditos en acciones o en participaciones y a la “*decisión de los socios sobre la aprobación del plan*”.

Advertimos además que, en relación con lo anterior, tendremos en cuenta el diferente régimen que deriva del TRLC en función del tamaño del deudor. Ello porque, de un lado, la reforma ha introducido el procedimiento especial para microempresas como institución distinta del concurso de acreedores para tratar la insolvencia de estas. Por microempresas, a las que se aplica el Libro III del TRLC, se entienden aquellas empresas que tienen menos de diez trabajadores y un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros (art. 685.1 TRLC). De otro lado, porque, en materia de reestructuración, se ha previsto un régimen especial en el Libro II, aplicable a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, cuyo número medio de trabajadores empleados en el ejercicio anterior no supere los cuarenta y nueve y cuyo volumen de negocios anual o balance anual, según el balance del ejercicio anterior, no supere los diez millones de euros.

Precisamente, se ha de tener presente que el tejido empresarial español está en su mayoría conformado por pequeñas empresas y microempresas. Según el último informe anual sobre el “Retrato de la PYME” publicado por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, con datos a 1 de enero de 2022, de las 3.430.663 empresas en España a esa fecha, el 56,6% son PYME sin asalariados (con este desglose: el 39,2% son personas físicas, el 12,6% son sociedades de capital – el 0,5 % son sociedades anónimas y el 12,1% son sociedades de responsabilidad limitada – y el 4,8% otras formas jurídicas), el 39,1% son PYME con hasta 9 asalariados (con este desglose:

de sociedades? Disputas societarias, debt-to-equity-swap y take over”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 22, 2015, 14 págs. (versión electrónica).

aproximadamente, el 16,4% son personas físicas, el 19,3% son sociedades de capital – el 0,6 % son sociedades anónimas y el 18,7% son sociedades de responsabilidad limitada y el 3,4 % restante se corresponde con otras formas jurídicas) y el 3,6% son PYME con hasta 49 asalariados (con el siguiente desglose: aproximadamente, el 0,2% son personas físicas, aproximadamente el 3,1 % son sociedades de capital – en torno al 0,4 % son sociedades anónimas y al 2,7% son sociedades de responsabilidad limitada – y el 0,3 % otras formas jurídicas). Tan solo el 0,7% cuentan con 50 o más asalariados (desglosado así: aproximadamente, el 0,6% son sociedades de capital – en torno al 0,2% son sociedades anónimas y al 0,4% son sociedades de responsabilidad limitada y el 0,1 % restante adoptan otra forma jurídica distinta)¹².

II. La capitalización de créditos en el convenio y en los planes de reestructuración tras la Ley 16/2022

1. Consideraciones previas: mantenimiento de algunas especialidades del régimen precedente

Podría afirmarse que, con carácter general y sin perjuicio de posteriores matizaciones, la reforma del TRLC para la transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, ha mantenido buena parte de las especialidades para la adopción del acuerdo de la junta general para la conversión de créditos en acciones o en participaciones en el concurso y en el precurso que ya contenía la normativa española antes de la reforma.

Así, como antes de la reforma, el TRLC sigue contemplando especialidades tanto en torno a las mayorías necesarias para aprobar la operación por la junta general de la sociedad deudora como a los caracteres que han de reunir los créditos para poder ser convertidos en capital. Por lo que al objeto del presente trabajo interesa, ello resulta significativo por cuanto supone que el legislador contempla, en relación con los planes de reestructuración y con el convenio concursal, que la junta general de la sociedad deudora se pronuncie al respecto.

Por lo que respecta a la primera cuestión, ya hemos señalado que desde el año 2014 la normativa concursal española contempla una rebaja de las mayorías que, según el Derecho de sociedades, son requeridas para modificar los estatutos sociales, en general, y para aumentar el capital social, en particular. Con ello se persigue facilitar que la junta general de la sociedad deudora apruebe el correspondiente acuerdo, por medio de una rebaja del régimen que contempla la normativa societaria. No obstante, se ha de tener en cuenta que, bajo la normativa anterior, en relación con las sociedades anónimas el alcance de dicha rebaja no era, en realidad, tan amplio como cabría esperar en una primera aproximación. Ello porque la especialidad se circunscribía tan sólo a la mayoría de votación (art. 201 LSC), pero no al quorum de constitución (art. 194 LSC). Recuérdese que, a diferencia de las sociedades de responsabilidad limitada, en las que las mayorías para la adopción de acuerdos se establecen, no en atención al capital presente o representando en la reunión, sino con respecto a los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social, para las sociedades anónimas se contempla una doble mayoría, de constitución y de votación.

Así derivaba de la LC de 2003 desde la previsión de esta rebaja en la normativa concursal, lo que también pasó al TRLC, no obstante emplearse en éste una técnica distinta. Mientras que la LC de 2003 contemplaba que el acuerdo de la junta general habría de adoptarse por la mayoría de los arts.

¹² Datos obtenidos a partir del informe *El retrato de la PYME*, DIRCE a 1 de enero de 2022, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, publicado en febrero de 2023 (en particular, tabla 11, pág. 10).

201.1 (en el caso de sociedades anónimas) y 198 (en el caso de sociedades de responsabilidad limitada) de la LSC¹³, en el TRLC se optó por no aludir expresamente a concretos artículos de la LSC. No obstante, pasó a preverse que, para la adopción del acuerdo por la junta general, no sería necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos¹⁴. El que, a pesar de no mencionarse ya precepto alguno de la LSC, la normativa concursal se refiriera a una *mayoría* (en singular) y no a varias y el que la misma fuera “*para la adopción*” del acuerdo, llevaban a considerar que, tratándose de sociedades anónimas, esa previsión sólo venía referida a la mayoría de votación. Precisamente, en la LSC, la mayoría de votación se regula en la sección 3ª del capítulo VII del Título V de la LSC, que lleva por título “*adopción de acuerdos*”, mientras que la de constitución en la sociedad anónima se prevé en la sección 1ª, sobre “*constitución de la junta*”.

Así, al tratarse de especialidades que se circunscribían expresamente a la adopción del acuerdo, no parecía posible derivar también una rebaja del quorum de constitución en las sociedades anónimas, lo que resultaba criticable, por cuanto con ello no se estaba contribuyendo de forma sustancial a la facilitación de la operación¹⁵. En ese sentido, para entender también rebajado el quorum de constitución habría sido precisa una previsión expresa al respecto que desplazara la aplicación del régimen establecido en el art. 194 LSC (quórum de constitución reforzado en casos especiales) en favor del que se contempla en el art. 193 LSC (constitución de la junta de la sociedad anónima). Pero, además, ha de repararse en que, en la medida en que la especialidad que se regulaba en el TRLC no alcanzaba al quorum de constitución, el aplicable en este caso podría ser, no sólo el reforzado previsto legalmente (art. 194.1 y 2 LSC), sino incluso el superior que previeran los estatutos (art. 194.3 LSC).

Pues bien, curiosamente, tras la reforma, el art. 328.2 TRLC se ha mantenido inalterado, de forma que, en principio, las anteriores consideraciones continúan siendo aplicables bajo el régimen vigente en relación con la capitalización de créditos prevista en el convenio concursal. Dicho precepto contempla que, para la adopción por la junta general del acuerdo de aumento de capital para la conversión de créditos en acciones o participaciones “*no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos sociales*”.

En cambio, por lo que respecta a la capitalización de créditos prevista en planes de reestructuración, es necesario tener en cuenta que, tratándose de sociedades de capital, el apdo. 2 del art. 631 TRLC contempla ahora especialidades para la formación de la voluntad social “*cuando el plan de reestructuración contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora*”. Si bien su ámbito objetivo de aplicación no se circunscribe exclusivamente a ella, la capitalización de créditos se incluye entre esas medidas en relación con las que resultan de aplicación tales previsiones. De hecho, lo que se contempla en dicho precepto son reglas en torno a la “*decisión sobre la aprobación del plan*”. Así, el n. 3 del apdo. 2 del art. 631 TRLC precisa que el orden del día de la junta general “*se limitará exclusivamente a la aprobación o al rechazo del plan en todos sus términos*”. Esta previsión supone que la aprobación del plan conlleva la de las operaciones societarias incluidas en el mismo, de forma que ese acuerdo aprobatorio del plan equivaldrá a los acuerdos correspondientes a las operaciones contenidas en él, sin necesidad de

¹³ Así se preveía para la capitalización contemplada en un acuerdo de refinanciación homologado [inciso ii) del apdo. 3.b.3º DA 4ª LC de 2003], en un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 236 LC, remitiendo al régimen del acuerdo de refinanciación homologado) y para el convenio concursal (art. 100.2 LC de 2003).

¹⁴ Así se contempló para la capitalización prevista en el convenio (328.2 TRLC), en el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 688 TRLC) y en el acuerdo de refinanciación homologado (art. 624.2 TRLC).

¹⁵ DÍAZ MORENO, Alberto, “Sobre el aumento de capital por compensación de créditos (reflexiones al hilo de la disposición adicional 4ª de la Ley Concursal)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 38, 2015, págs. 95 y 96.

ulteriores acuerdos¹⁶. Adelantamos que sobre ello volveremos posteriormente, al abordar el art. 399 bis TRLC con respecto a la conversión de créditos en acciones o en participaciones contenida en el convenio concursal. Pero, por lo que respecta al régimen de mayorías, es posible sostener ahora que, tratándose de sociedades anónimas, la rebaja que se contempla en el n. 4 del art. 631.2 TRLC no es solo de la mayoría de votación, sino también del quorum de constitución. Si bien es cierto que el precepto comienza estableciendo que “*el acuerdo se adoptará*”, se ha de tener en cuenta que a continuación se señala que lo será “*con el quorum y por la mayoría legal ordinaria*”. De esta forma, el que la normativa mencione tanto el *quorum* como la *mayoría* lleva a entender que ahora sí se está tomando en consideración el sistema de doble mayoría en sociedades anónimas. Y, a pesar de que esa dualidad que se contempla (quorum de constitución y mayoría de votación) no opera en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, ha de tenerse cuenta que, en estas sociedades, la mayoría para la adopción de acuerdos viene a operar también como quorum de constitución, al venir referida a los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Lo anterior con independencia de que, como abordaremos posteriormente, en atención a la situación económica de la sociedad deudora, la voluntad de la sociedad, manifestada en este caso a través del acuerdo de su junta general, sea imprescindible o no para la homologación del plan de reestructuración; homologación que, entre otros casos que también contempla el art. 635 TRLC, será necesaria cuando se pretenda que los efectos del plan se extiendan a acreedores o a clases de acreedores disidentes o a los socios de la persona jurídica.

Junto con lo anterior, el TRLC también mantiene tras la reforma el desplazamiento de la exigencia en torno a las condiciones de liquidez y exigibilidad (en sociedades de responsabilidad limitada) o de liquidez, vencimiento y exigibilidad de, al menos, un 25% de los créditos a compensar, con vencimiento de los restantes en plazo no superior a cinco años (en sociedades anónimas), que deriva del régimen de aumento de capital por compensación de créditos conforme al art. 301.1 LSC. Ello tanto en relación con la conversión de créditos en acciones o en participaciones prevista en un plan de reestructuración (art. 632 TRLC) como con la prevista en el convenio (art. 328.1 TRLC). En realidad, por la doctrina no ha dejado de criticarse la exigencia de estos requisitos previstos en el Derecho de sociedades para que los créditos puedan ser convertidos en capital a través de un aumento de capital por compensación de créditos¹⁷. No obstante, tales requisitos parecen poder soslayarse en la práctica a través de una modificación contractual de los créditos que los haga capitalizables de conformidad con el art. 301.1 LSC¹⁸. Sin perjuicio de ello, tratándose de acreedores no favorables a la conversión, a quienes ésta se les impone forzosamente, con la previsión del desplazamiento de este requisito impuesto por la legislación societaria se disipa toda duda sobre la posibilidad de convertir en capital créditos que no sean líquidos, no estén vencidos o no sean exigibles en la proporción exigida por la legislación societaria.

Junto con las anteriores previsiones del TRLC sobre la conversión de créditos en acciones o en participaciones que, en esencia y sin perjuicio de las matizaciones señaladas, se han mantenido tras

¹⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís, “Saneamiento de pérdidas y reducción preconcursal del capital social en los planes de reestructuración preventiva”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, n. 5, 2022, en particular, pág. 88.

¹⁷ Vid., DÍAZ MORENO, Alberto, “Sobre el aumento de capital...”, *op. cit.*, nota 49, pág. 96, así como las referencias bibliográficas que incluye. Esta exigencia es fruto de una equivocada equiparación entre liquidez y exigibilidad de los créditos y desembolso de las aportaciones. Nótese que, para las sociedades anónimas, el aumento de capital por compensación de créditos no ha de desencadenar un desembolso gradual de las acciones, toda vez que la extinción de los créditos en la parte en que resultan convertidos se produce en el momento de la conversión, no existiendo realmente aportaciones no dinerarias aplazadas en relación con ese crédito.

¹⁸ Vid., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos, “Aumento de capital por compensación de créditos”, ALONSO, C. (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, 2006, pág. 261.

la reforma, el TRLC ha pasado a contemplar otras previsiones específicas referidas al plano societario de la capitalización de créditos¹⁹. Nos referimos, particularmente, al art. 399 bis TRLC, que se ocupa del aumento de capital para la conversión de créditos en acciones o en participaciones prevista en el convenio concursal. Dejando para más adelante lo que dicho precepto contempla en torno a la no necesidad de acuerdo de la junta general (previsión particularmente relevante en atención al objeto de este trabajo), de dicho precepto destacamos por el momento que, de un lado, el mismo prevé que no existirá derecho de preferencia de los antiguos socios en el aumento y que, de otro lado, su apartado segundo contempla la libre transmisibilidad durante un plazo de diez años en las transmisiones por actos *inter vivos* no solo de las acciones tratándose de sociedades anónimas (aunque existan cláusulas estatutarias limitativas de su transmisibilidad), sino también de las participaciones de sociedades de responsabilidad limitada que sean emitidas o creadas para la conversión de créditos en ejecución del convenio. Por lo que respecta a lo primero, llama la atención que el art. 399 bis TRLC puntualice que no existe derecho de preferencia de los antiguos socios, por cuanto, tratándose, en nuestra opinión, de un aumento de capital no dinerario²⁰, en el mismo no existe reconocimiento legal del derecho de preferencia²¹. Sobre lo segundo nos pronunciaremos a continuación, en tanto que conecta con la cuestión relativa a si es necesario o no el consentimiento de los acreedores para la capitalización de sus créditos.

2. Novedades con respecto al consentimiento individual de los acreedores

2.1. Situación previa a la reforma

El que la capitalización de créditos pueda contemplarse en los acuerdos preconcursales y en el convenio concursal, ha venido despertando particular interés desde la perspectiva de la posición del acreedor que no participa activamente en tales acuerdos, por cuanto ello suscita la duda de hasta qué punto podría imponérsele la conversión de sus créditos en acciones o en participaciones.

Fuera del escenario concursal y preconcursal, la posición mantenida por la doctrina registral y jurisprudencial, de la que también se ha hecho eco la literatura jurídica, en torno al aumento de capital por compensación de créditos regulado en el art. 301 LSC es la de que para que el acreedor capitalice su crédito es preciso su consentimiento individualizado. Ello, en esencia, porque se

¹⁹ Recuérdese que, en reestructuración, las especialidades que se contemplan en el art. 631 TRLC no se circunscriben exclusivamente a la operación que nos ocupa, sin perjuicio de ser aplicables también a la misma. Por ello conviene advertir que, en el presente apartado nos centramos, principalmente, en las previsiones específicamente dirigidas a esa operación que se proyectan en el plano societario.

²⁰ En esta cuestión incide la consideración como aumento dinerario o no dinerario del aumento de capital que tratamos. La doctrina que defiende su consideración como dinerario entienda aplicable a estos aumentos el art. 304 LSC, relativo al derecho de preferencia. Vid., PULGAR EZQUERRA, Juana, "El acuerdo de la junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 34, 2010, pág. 41; RECALDE CASTELLS, Andrés, "Protección del socio con ocasión en los cambios de control en la sociedad deudora realizados en ejecución de acuerdos de refinanciación mediante conversión de créditos en capital", *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. (dirs), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pág. 306. No compartimos esta posición, pues consideramos, con la doctrina mayoritaria y con la práctica registral, que el que tratamos es aumento de capital social contra aportaciones no dinerarias. Vid., Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 6 de febrero de 2012, de 2 de octubre de 2015 y de 7 de febrero de 2020. En la práctica judicial, vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n. 298/2015, de 26 de octubre y la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 25 de mayo de 2017.

²¹ En relación con el aumento que tratamos, vid., GANDÍA, Enrique, "Derecho de suscripción preferente en el aumento de capital por compensación de créditos", *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 47, 2018, págs. 351-377 y GALLEGU SÁNCHEZ, Esperanza, "La capitalización de créditos en el concurso y en el precurso", *Sociedades y concurso. Estudios de derecho societario de la crisis*, DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F./VÁZQUEZ CUETO, J.C. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, apdo. II. 4. La supresión del derecho de suscripción preferente. La concesión de un derecho de adquisición preferente (*proview*).

considera que la transmisión del crédito del acreedor a la sociedad es preciso la celebración de *“un negocio jurídico que exige la concurrencia de los requisitos de todo contrato consagrados en el art. 1261 del Código Civil, el primero de los cuales es el del consentimiento de los contratantes”*²². Además, en atención a que la capitalización de créditos produce una extinción de los créditos y la adquisición por los acreedores de la condición de socios, con los derechos y obligaciones inherentes a esa posición, se viene considerando que, salvo excepciones a las reglas generales sobre cumplimiento, ello no puede tener lugar al margen del consentimiento de los acreedores afectados, en tanto que, conforme al art. 1166 del Código Civil, el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a recibir una cosa diferente²³.

Pues bien, tratándose de la capitalización prevista en un acuerdo de refinanciación homologado, el legislador concursal español siguió claramente esta posición con anterioridad a la reforma; posición que, como hemos señalado, es la que impera en el régimen común de la operación que regula el art. 301 LSC. Y es que, en este supuesto, como ya se había previsto antes en la Disposición Adicional 4ª de la LC de 2003, el art. 625 TRLC reconocía expresamente a los acreedores no participantes o disidentes afectados por la refinanciación una facultad de opción entre dos alternativas: o bien la conversión de sus créditos en capital conforme se hubiera previsto en el acuerdo de refinanciación, o bien una quita equivalente al nominal de las acciones o de las participaciones que le corresponderían más, en su caso, la correspondiente prima de emisión o de asunción. Adicionalmente, ante la eventualidad de que el acreedor se encontrara vinculado por el acuerdo de refinanciación homologado sin haber prestado su consentimiento al respecto, ni tampoco ejercitado la facultad de opción (para lo que disponía de un mes desde la eficacia de la homologación), el art. 625.2 TRLC establecía que, a falta de elección, se consideraba que ese acreedor optaba por la referida quita. Ello supone que, en el régimen precedente de los acuerdos de refinanciación homologados (con arrastre a disidentes y no participantes) la conversión de créditos en acciones o en participaciones no podía imponerse al margen del consentimiento individual del acreedor, para lo cual era preciso un pronunciamiento expreso del acreedor optando por la capitalización en el ejercicio de la facultad de opción que le era reconocida legalmente.

Esta cuestión que, como hemos señalado, era clara en el marco de los acuerdos de refinanciación homologados, no lo era tanto para el convenio concursal ni para el acuerdo extrajudicial de pagos. Para estos no había reconocimiento expreso como tal de una facultad de opción que habría de ser ejercitada activamente por el acreedor para que su crédito pudiera ser convertido en capital. De hecho, para los acuerdos extrajudiciales de pagos el TRLC guardaba silencio al respecto. En relación con el convenio concursal, esta cuestión se vio también afectada por las diversas modificaciones en la regulación del convenio, en atención a las diversas versiones de la LC de 2003, así como por el paso de la LC de 2003 al TRLC. A la vista de la posibilidad de prever en el convenio tanto proposiciones adicionales como proposiciones alternativas a las tradicionales quitas y/o esperas, se discutía si la conversión de créditos en acciones o en participaciones solo podía ser contenido de proposiciones alternativas (en relación con las que se reconoce facultad de opción a los acreedores) o si también podía ser proposición adicional a las quitas y/o esperas de un convenio sin

²² Vid., la Resolución de la DGRN de 30 de noviembre de 2012, en particular, Fundamento de Derecho 2º, 4º y 5º, lo que se ha reiterado en la Resolución de la DGRN de 13 de junio de 2016 y en la RDGRN de 12 de septiembre de 2017. Vid. también el auto del Juzgado de lo Mercantil n. 7 de Madrid de 23 de julio de 2008, respecto del que discrepamos en la consideración de la operación como una dación en pago.

²³ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, “La capitalización de créditos en el concurso...”, apdo III. 1. El convenio concursal (proview).

proposiciones alternativas, sin posibilidad, por tanto, de opción para el acreedor²⁴. La cuestión resultaba controvertida, toda vez que, por un lado, la capitalización se contemplaba (y contempla) expresamente en la subsección correspondiente al convenio con contenido alternativo (art. 327 TRLC) pero, por otro lado, con arreglo al art. 317.2 TRLC, con excepción de los acreedores mencionados en dicho precepto, el convenio podría contemplar cuantas proposiciones adicionales tuvieran por convenientes el proponente o proponentes. En cualquier caso, de sostener que solo podría ser contenido alternativo, en tanto que integrante de un convenio con contenido alternativo sujeto a elección por parte del acreedor, a diferencia de lo previsto para acuerdos de refinanciación homologados, podría considerarse, que en tal caso bastaba con el consentimiento del acreedor derivado de no haber ejercitado la facultad de opción (ello supondría que la capitalización de créditos formaría parte del contenido de la proposición alternativa aplicable por defecto a falta de ejercicio de la facultad de elección²⁵).

2.2. Sobre el consentimiento individual de los acreedores tras la reforma

2.2.1. Capitalización de créditos prevista en el plan de reestructuración

Tras la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre y sin perjuicio de las matizaciones que a continuación realizaremos, podría afirmarse que, con carácter general, la conversión de créditos en acciones o en participaciones puede ser impuesta a los acreedores de la sociedad deudor, al margen de su voluntad. Ello tanto por lo que respecta a la capitalización prevista en un plan de reestructuración (que ha pasado a “sustituir” a los acuerdos de refinanciación y a los acuerdos extrajudiciales de pagos) como por lo que respecta al convenio concursal.

Comenzado por la reestructuración, ha de tenerse en cuenta que la conversión de créditos en acciones o en participaciones es una de las medidas de afectación de créditos que el art. 616.1 TRLC contempla para el plan de reestructuración. Así, conforme a dicho precepto, “*se considerarán créditos afectados los créditos que en virtud del plan de reestructuración sufran [entre otras medidas] la conversión en [...] acciones o participaciones sociales*”. A partir de esta referencia expresa a la capitalización de créditos como medida de afectación, sobre la cuestión que nos ocupa índice de manera evidente el régimen de arrastre de efectos del plan de reestructuración que resulte judicialmente homologado, pues, entre otros efectos, ello conlleva la imposición del plan a los acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan (art. 635.1 TRLC). En ese sentido, aunque habrá acreedores (o clases de estos) a favor del plan y otros en contra, de concurrir las mayorías necesarias para su aprobación (art. 629 TRLC) y de ser judicialmente homologado, el mismo vinculará, en principio, a unos y a otros²⁶.

²⁴ DÍAZ MORENO, Alberto, “Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (UE) 2018/1023, sobre reestructuración e insolvencia”, AAVV, *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, Civitas Thomson Reuters, 2019, nota 13, pág. 240, considerando, vigente aún la LC de 2003, que la capitalización podría ser proposición adicional en un convenio de contenido único.

²⁵ FACHAL NOGUER, Nuria, “¿La reforma del texto refundido culmina el desplazamiento del poder de decisión de los socios en las operaciones societarias con fines de saneamiento?”, *La Ley Insolvencia*, n. 15, 2022, págs. 4 y 5 (versión electrónica), entendiéndose que la capitalización solo puede incluirse en convenio con contenido alternativo, posición que mantiene tras la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. En contra, manteniendo, vigente ya el TRLC, que la capitalización podría ser parte del contenido de una propuesta única de convenio, DÍAZ MORENO, Alberto, “Cuatro apuntes sobre la nueva regulación del convenio en el Texto refundido de la Ley concursal”, *Análisis, junio 2020/Gómez Acebo y Pombo*, en particular, págs. 2 y 3 y ENCISO-ALONSO MUÑUMER, María, “Arts. 327 y 328”, PEINADO GRACIA, J.I./SANJUAN Y MUÑOZ, E. (dirs.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Sepin, 2020, págs. 908 a 910, entre otros.

²⁶ Igualmente se prevé para el plan de continuación de microempresas (arts. 698.9º y 10 y 698 bis TRLC).

Sea como fuere, ello no implica que todo acreedor de una sociedad deudora respecto del que se haya negociado un plan de reestructuración en el que se haya previsto una conversión de créditos en capital se vea afectado por ella, pues en relación sobre ello inciden diversos factores. En primer lugar, es importante tener en cuenta que solo se verán afectados por el plan los créditos que se hayan incluido en el perímetro de afectación de cada reestructuración en concreto. A este respecto, se ha de llamar la atención sobre la circunstancia de que no todos los créditos que *potencialmente* podrían verse afectados por el plan de reestructuración con arreglo al art. 616 TRLC han de verse *necesariamente* afectados por el plan de reestructuración que se proponga en cada caso concreto. Como deriva de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, de cuya transposición a nuestro Derecho es parte el art. 616 TRLC, en este ámbito se proporciona cierta flexibilidad, por cuanto el perímetro de afectación será fijado por las partes a lo largo del proceso de negociación, durante el que seleccionarán cuáles son los créditos, de entre los que potencialmente pueden verse afectados con arreglo al apdo. 2 del art. 616, que habrían de quedar afectados en esa concreta reestructuración. Pero, además, se ha de tener en cuenta que, si bien la normativa concursal parte del principio de universalidad del pasivo susceptible de afectación y a este respecto el art. 616.2 TRLC parte de que “*cualquier crédito*” puede ser afectado por el plan de reestructuración, dicho apartado prevé también excepciones al mencionar un conjunto de créditos que quedan fuera del plan de reestructuración por disposición legal. Se trata de los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual y los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección²⁷. A ese listado se añaden, con respecto al plan de continuación para microempresas, los créditos públicos, en la parte que deba calificarse como privilegiada y los porcentajes de las cuotas de la seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales y los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional (art. 698.3 TRLC).

En segundo lugar, aun tratándose de créditos potencialmente afectados por el plan de reestructuración, según deriva de la normativa concursal, también es preciso tener en cuenta los límites a las posibilidades de afectación de ciertos créditos que establece el TRLC. En concreto, por lo que se refiere a la conversión de créditos en acciones o en participaciones, la misma queda prohibida para el crédito público en el art. 616 bis²⁸ y, además, los planes de reestructuración no podrán imponer la conversión de créditos en acciones o en participaciones al crédito derivado de avales públicos otorgados para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (apartado 4 de la Disposición Adicional octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre²⁹). De igual manera se prevé con respecto a los planes de continuación en el procedimiento especial para microempresas (art. 698.6 y apdo. 4 de la Disposición Adicional octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre).

²⁷ Aunque no exactamente coincidente, pues el TRLC matiza el alcance de algunas exclusiones, el art. 616. 2 TRLC recoge los créditos que menciona el art. 1.5 de la Directiva, que contiene un listado de créditos que podrían quedar fuera del plan de reestructuración por decisión de cada legislador nacional.

²⁸ Parece que, incluso, aun cuando lo consintiera el acreedor, pues no se establece que el plan no podrá *imponer*, sino que *no podrá suponer*, la capitalización de esos créditos. De hecho, el crédito público ya quedaba fuera de los institutos preconcursales antes de la reforma del TRLC. Así lo establecía el art. 606.2 TRLC por lo que respectaba a los acuerdos de refinanciación susceptibles de homologación y el art. 683.2 TRLC en relación con los acuerdos extrajudiciales de pagos.

²⁹ Nótese que, en relación con estos créditos y a diferencia de lo que se contempla con respecto al crédito público, en este caso no se trata de que el plan de reestructuración *no podrá suponer* su conversión en acciones o en participaciones, sino que el plan no puede *imponer* ese contenido a tales créditos.

En tercer lugar, se ha de tener en cuenta también que, a efectos de la imposición a un acreedor de una medida de afectación prevista en el plan, es preciso atender a cuál sería la situación de ese crédito en un eventual concurso, y particularmente, en un escenario de liquidación. Ello porque es preciso atender a la regla del interés superior de los acreedores, que deriva de los arts. 10.2 d) y 11.1. a) de la Directiva. La incorporación de esta regla a Derecho concursal español se ha traducido en que se entiende que la prueba del interés superior de los acreedores no se supera si el acreedor disidente fuera a recibir en virtud del plan menos de lo que pudiera razonablemente presumirse que recibiría en caso de liquidación concursal, considerando que el pago de la cuota de liquidación tendría lugar a los dos años de la formalización del plan (art. 654.7º TRLC). Recibiendo en virtud del plan menos de lo que recibiría en liquidación, se considera que, entonces, ese acreedor se vería perjudicado por la reestructuración. Ello se presenta como un motivo de oposición o de impugnación del auto de homologación del plan que puede ser hecho valer por cualquier acreedor disidente, tanto si pertenece a una clase que no haya votado a favor del plan (en caso de plan no consensual *ex art. 655.1 TRLC*), como si su clase ha votado a favor del plan (en caso de plan consensual *ex art. 654. 7º TRLC*) y que, de estimarse, conllevará la no extensión de efectos del plan al acreedor impugnante (art. 661.1 TRLC). Con ello se pretende garantizar que un acreedor disidente reciba en virtud del plan reestructuración, al menos, lo mismo que recibiría en liquidación y para ello se ha de comparar el valor de lo que el acreedor disidente fuera a recibir en virtud del plan con ese hipotético pago en liquidación, ambos descontados a valor presente³⁰.

En cuarto lugar, se ha de tener en cuenta que, aunque la conversión de créditos en acciones o en participaciones se haya previsto como contenido del plan de reestructuración, ello no implica que la misma deba preverse con respecto a todas las clases de créditos que vayan a quedar afectados por el mismo, sino que puede contemplarse solo para los pertenecientes a clases concretas. De entrada, el TRLC toma en consideración los rangos concursales como criterio de formación de las clases de acreedores en la reestructuración (art. 623.2 TRLC), pero ello no impide que puedan separarse en clases distintas de créditos de un mismo rango en atención a cómo vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración (art. 623.3 del TRLC). Así, ello no supone que el trato entre clases afectadas de igual rango deba ser exactamente el mismo, sino que las medidas previstas para cada clase pueden ser diferentes, aunque es preciso garantizar a la clase disidente un trato al menos igual de favorable que el de otra clase del mismo rango (art. 655.2.3º TRLC). En relación con ello, para evaluar si el trato es igual de favorable será preciso atender a si el trato es equivalente desde el punto de vista de la puesta en relación, para las clases afectadas a comparar, del valor del crédito o instrumento post-reestructuración con el valor del crédito originario. Esto es, consideramos que ese trato al menos igual de favorable se refiere a una igualdad en términos económicos³¹.

³⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, "Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el libro IV)", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, n. 7, 2022, pág. 81. Esta regla también es aplicable al plan de continuación en microempresas (art. 698 bis 6 4º TRLC).

³¹ Además de esa regla, para el Libro II se ha contemplado en el TRLC, con carácter general, la regla de la prioridad absoluta (artículo 11.2 de la Directiva). Ello se traduce en la previsión de un motivo de oposición o de impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración por parte de acreedores disidentes pertenecientes a las clases de voto disidentes en el art. 655.2.4º TRLC. Conforme a dicho precepto, la homologación del plan no consensual podrá ser impugnada si una clase de rango inferior o los socios van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración y la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes (de rango superior) va a mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos. En cualquier caso, esta regla admite excepciones "cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente" (art. 655.3 TRLC). Además, para las empresas mencionadas en el art. 682 TRLC se contempla un régimen especial de reestructuración

Además, a la vista de la flexibilidad en cuanto al contenido del plan que deriva de la normativa concursal, no parece existir ningún inconveniente en que el propio plan pudiera configurar la capitalización de créditos como opcional, en el sentido de ser medida de afectación a elegir entre diferentes alternativas por los acreedores a los que afectara. Ello implica que, aunque haya desaparecido de la normativa esa posibilidad de opción que contenía el régimen precedente de acuerdos de refinanciación homologados, el propio plan podría contener previsiones dirigidas a evitar la imposición de una conversión de créditos en acciones o en participaciones al margen del consentimiento del acreedor; consentimiento que, reconociéndose en el plan una facultad de opción, podría pasar por exigir un consentimiento expreso del acreedor optando específicamente por la conversión de créditos en capital prevista en el plan, o por contemplar la capitalización como opción alternativa aplicable por defecto en caso de falta de ejercicio de facultad de opción. Con ello contribuiría a evitarse que entraran en el capital social socios que realmente no lo desean, toda vez que la presencia en el capital social de socios que no quieren serlo podría acabar afectando al funcionamiento de la sociedad³². Precisamente por este motivo, a la vista de que el TRLC no lo contempla en este caso, también podría preverse en el plan de reestructuración una salida similar a la prevista en el convenio para los acreedores que pasaran a ser socios por haber convertido sus créditos en acciones o en participaciones. Recuérdese que, con respecto al convenio, el apartado 2 del art. 399 bis TRLC prevé la libre transmisibilidad por actos *inter vivos* de las acciones o de las participaciones que se emitan o que se creen para posibilitar la capitalización de créditos (hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento del capital en el Registro Mercantil). Ello, aun cuando la sociedad deudora haya contemplado en sus estatutos cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad e incluso si se tratase de una sociedad de responsabilidad limitada; sociedad que se caracteriza por su carácter más cerrado, lo que se evidencia en que es inherente a la misma que exista algún tipo de restricción a la libre transmisibilidad de sus participaciones, ya sea por haberse previsto estatutariamente o por aplicación del régimen supletorio previsto en la LSC (arts. 107 y 108 LSC). Precisamente, con esa previsión en el art. 399 bis 2 TRLC se busca evitar que los acreedores queden cautivos en una sociedad de la que, quizás, no deseen ser socios (o no más allá de un determinado periodo de tiempo). No obstante, su previsión no solo habría de interesar a esos socios “a la fuerza”, sino también a los que desean convertir sus créditos en capital y, asumir, por tanto, la condición de socio, pero que lo hacen con intención de transmitir posteriormente su participación en el capital social, una vez revalorizada como consecuencia del saneamiento.

Pues bien, en la medida en que, como excepción a la regulación societaria, no cabe una aplicación extensiva de esta previsión relativa a la libre transmisibilidad de acciones o de participaciones más allá de la capitalización prevista en el convenio, que es donde se reconoce, resultaría posible contemplar en el plan de reestructuración modificaciones estatutarias en ese sentido. Así, veremos en el siguiente apartado cómo la normativa concursal contempla que el plan de reestructuración pueda incluir medidas u operaciones societarias que, según se extrae de su art. 631 TRLC, “*requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora*”. En relación con ello, su apartado segundo contempla las reglas aplicables en caso de sociedades de capital, para lo cual se introducen especialidades con respecto al régimen de la junta general. Y veremos también como, en función del presupuesto objetivo, el plan de reestructuración podría llegar a homologarse aun sin acuerdo favorable de la junta general. Sea como fuere, en tanto que el art. 631.3 TRLC establece que, salvo

que, entre otros aspectos, lleva a la aplicación en tales casos de la regla de la prioridad relativa (art. 684.3 TRLC), que admite que los acreedores de rango inferior puedan recibir valor en la reestructuración sin necesidad de que los de rango superior se vean plenamente satisfechos, con tal de que los de rango superior sean tratados más favorablemente que los de rango inferior.

³² ROJO, Ángel, “La conversión de créditos en acciones o...”, *op. cit.*, pág. 734.

por lo que respecta a la voluntad social y a la protección de los acreedores, cualquier operación societaria que prevea el plan deberá sujetarse a la legislación societaria aplicable, es preciso tener en cuenta que la eventual modificación de estatutos que pudiera contemplar el plan en este sentido habría de respetar el régimen societario en materia de modificación estatutaria del régimen de transmisibilidad de acciones o de participaciones. Particularmente cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada, que es la forma societaria predominante en España, ha de tenerse en cuenta que, conforme al art. 108.1 LSC, son nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* (art. 108.1 LSC), de forma que no podrá llegar a preverse ese régimen de libre transmisibilidad (aunque, por ejemplo, será posible la libre transmisión voluntaria de participaciones por actos *inter vivos* entre socios o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo, que son dos de los supuestos de libre transmisibilidad que, salvo disposición contraria en los estatutos, contempla el art. 107.1 LSC). Sea como fuere, en la medida en que la modificación estatutaria quedaría sujeta a la legislación societaria aplicable (art. 631.3 TRLC), se ha de tener en cuenta que el art. 346.2 LSC prevé un derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales que habrá de ser respetado³³. Así, a la vista de es posible que el contenido del plan de reestructuración incluya operaciones para las que la normativa societaria reconoce derechos de separación a socios, quizás hubiera sido conveniente que el legislador concursal hubiera sido más consciente de ello, rodeando el ejercicio de ese derecho de cautelas al objeto de impedir que su ejercicio afecte patrimonialmente a la sociedad en un momento en que se encuentra en una situación económica y financiera delicada.

En relación con esta cuestión, se ha de tener en cuenta que, por ejemplo, el ordenamiento alemán ha trasladado a los planes de reestructuración las mismas previsiones que ya contenía con respecto al plan de insolvencia, lo que supone reconocer un derecho de separación a los socios si las medidas previstas en el plan de reestructuración constituyen “*justos motivos para abandonar a la persona jurídica deudora*” [§ 225 a (5) *Insolvenzordnung* de 1994 (en adelante, *InSO*)]. Al margen de lo que hace desencadenar ese derecho de separación en Derecho alemán, por lo que ahora interesa, destacamos del reconocimiento de este derecho de separación que la *InSO* [y por la remisión que se efectúa a ella en el § 7 (4), también la *Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen* de 2020 (en adelante, *StaRUG*)] prevé que para la determinación de la compensación que recibiría el socio por su separación será decisiva la cuantía que le correspondería en concepto de cuota de liquidación en ese momento (de forma que el socio que se separa no participaría en el mayor valor que podría tener su participación si se tomara en consideración el saneamiento proyectado) y se prevé que la misma podrá satisfacerse por la sociedad en un plazo de hasta tres años, con devengo de los intereses correspondientes en caso de impago. Esto es, la previsión de ese derecho de separación se rodea, no obstante, de una serie de

³³ Sobre la previsión que contempla el art. 399 bis 2 TRLC para el convenio y la posibilidad de contemplar en el plan medidas que faciliten la desinversión, vid., ROJO, Ángel, “La conversión de créditos en acciones o...”, *op. cit.*, págs. 751 a 755, que sostiene que el derecho de separación no existe en caso de que el plan ni siquiera se hubiera sometido a la aprobación de la junta general (no siendo necesario, al encontrarse la sociedad deudora en situación de insolvencia actual o de insolvencia inminente – art. 640.2 TRLC-, sobre lo que volveremos seguidamente). Ello se basa en la consideración de que, entonces, no podrá apreciarse la existencia de voto contrario por parte de los socios, sino imposibilidad de voto. No obstante, entendemos que, en este último caso, también habría reconocimiento de derecho de separación, toda vez que éste no se reconoce en la normativa de sociedades de capital a favor del socio que ha votado en contra de la modificación del régimen de transmisión de participaciones, sino a los socios “*que no hubieran votado a favor*”. En ese sentido, de la misma forma que el titular de acciones o de participaciones sin derecho de voto, consideramos que tampoco vota a favor el socio que no ha tenido ocasión de votar por no haberse sometido el plan a la aprobación de la junta general.

cauteladas, para evitar que su ejercicio pueda afectar patrimonialmente a la sociedad en ese concreto momento, haciendo peligrar las perspectivas de saneamiento.

Adicionalmente, conviene también destacar del ordenamiento alemán, por lo que respecta a lo dispuesto en este apartado que, en relación con la capitalización de créditos que pueda preverse en un plan de reestructuración, el § 7 (4) de la *StaRUG* establece expresamente que no cabrá conversión de créditos en capital contra la voluntad de los acreedores afectados. Esto es, existe en Derecho alemán una previsión expresa que viene a exigir el consentimiento individual de los acreedores para la capitalización de créditos prevista en planes de reestructuración.

Así, a diferencia de lo que acabamos de destacar del ordenamiento alemán y de lo que contemplaba el régimen precedente de acuerdos de refinanciación homologados en el TRLC, bajo el régimen actual de los planes de reestructuración en Derecho español la conversión de créditos en acciones o en participaciones sociales puede imponerse a los acreedores afectados por el plan al margen de su voluntad si concurren las mayorías de voto por clases de acreedores previstas legalmente. No existe en Derecho español ninguna previsión específica al respecto, como la que sí se contempla en Derecho alemán, de forma que, como medida de afectación de créditos que puede contemplar el plan de reestructuración, su arrastre a acreedores disidentes por mor de la homologación judicial del plan se rige por las mismas reglas que el arrastre del resto de medidas de afectación de créditos. Ello sin perjuicio de las excepciones que contempla la normativa en cuanto a la limitación de las posibles medidas de afectación que el plan puede prever en relación con ciertos créditos y a la posibilidad de configuración en el plan de esta capitalización como voluntaria para los acreedores afectados que se vean arrastrados por el plan como consecuencia de su homologación judicial.

2.2.2. Capitalización de créditos prevista en el convenio

Después de habernos ocupado de la necesidad o no del consentimiento individual de los acreedores para la conversión de créditos en capital prevista en un plan de reestructuración conforme a Derecho español vigente, nos ocupamos ahora de esta misma cuestión, pero referida al convenio concursal.

Ya hemos señalado que, en realidad, esta cuestión no resultaba del todo clara antes de la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre y, a este respecto, sucede que, tras la misma, se mantiene la esencia de las previsiones que, precisamente, suscitaban ese debate. De un lado, se mantiene la previsión del apdo. 2 del art. 317 TRLC, conforme a la que la propuesta de convenio podrá contener *“cuantas proposiciones adicionales considere convenientes el proponente o proponentes sin más limitaciones que las establecidas”* en el TRLC. De otro lado, se sigue contemplando una referencia expresa a la conversión de créditos en capital como contenido alternativo en una propuesta de convenio, lo que sigue estableciéndose en el art. 327 TRLC que, evidentemente, continúa ubicándose en la subsección que regula el *“contenido alternativo de la propuesta de convenio”*. En cualquier caso, de este último precepto conviene destacar que la reforma ha eliminado su segundo apartado, según el cual la conversión de los créditos laborales exigía el consentimiento individual de los titulares de esos créditos. Dicho inciso podría interpretarse, a la vista de su tenor literal, como una prueba de que, salvo que se tratase de créditos laborales, su conversión en capital no precisaba del consentimiento individual de sus titulares (de ahí se extraía que, entonces, era posible imponer una capitalización como contenido adicional al margen del consentimiento de los acreedores con carácter general). Pero también se podría interpretar que, realmente, el legislador estaba exigiendo no solo el consentimiento *individual* sino también un pronunciamiento *expreso* de esos acreedores, en el sentido de exigir de los mismos la

elección a favor de la capitalización, sin poder preverse respecto de ellos la capitalización como opción por defecto en caso de falta ejercicio de la facultad de opción propia de todo convenio con contenido alternativo, como sí podría suceder con el resto de acreedores (ello de interpretarse que la capitalización de créditos solo podía preverse como contenido alternativo, no adicional, de una propuesta de convenio).

Esa eliminación del segundo apartado del art. 327 TRLC ha dado lugar tras la reforma a que ahora el TRLC contemple la prohibición de prever la conversión en acciones o en participaciones, entre otras medidas, también a los créditos laborales, además de a los créditos públicos, como ya se contemplaba antes de la reforma (art. 318.2 TRLC). Al margen de ello, y no obstante mantenerse la esencia de las previsiones que ya se contenían en el art. 317.2 y 327 TRLC, algunos aspectos de la reforma conducen a reforzar la idea de que en Derecho español vigente también cabe imponer una conversión de acciones o de participaciones a los acreedores, al margen de su consentimiento. De un lado, tal es el criterio que el legislador ha adoptado con respecto a los planes de reestructuración, lo que, a su vez, ha supuesto un cambio con respecto al régimen precedente de los acuerdos de refinanciación homologados. Tratándose de una misma problemática, la solución contemplada por el legislador para un escenario podría condicionar la interpretación para el otro escenario. De otro lado, tras la reforma el TRLC contiene ahora en la regulación relativa al convenio un régimen especial, al que ya hemos aludido, relativo a la transmisibilidad de las acciones o de las participaciones que se emitan o se creen en ejecución del convenio en que se hubiera previsto la conversión de créditos concursales en acciones o en participaciones. Si el fundamento de esta disposición es el de ofrecer una salida a los acreedores convertidos en socios para evitar que queden cautivos en una sociedad en la que no desean participar, ello es porque esa entrada en el capital les viene impuesta como consecuencia del arrastre a acreedores derivado de haberse alcanzado la mayoría suficiente para la aprobación del convenio por los acreedores y de haber sido aprobado judicialmente. Así, a diferencia de otros ordenamientos, como el alemán, donde se prevé expresamente que no cabrá conversión de créditos en capital contra la voluntad de los acreedores afectados [§ 225 a (2), *InSO*], nuestro ordenamiento sí que lo contempla como posible, pero compensa esa imposición facilitando la desinversión a través de la libre transmisibilidad de esas acciones o de esas participaciones. No obstante, se aprecia en esta previsión del apdo. 2 del art. 399 bis TRLC una función añadida, por cuanto esa libre transmisibilidad que se contempla es susceptible de contribuir a que existan acreedores dispuestos a convertir sus créditos en capital, en la medida en que podrían desinvertir posteriormente y, por lo tanto, dispuestos a votar a favor de la propuesta (recuérdese que, en última instancia, la aprobación de la propuesta de convenio depende del apoyo de una mayoría de acreedores – como también la de los planes de reestructuración -).

Como también sucedía con respecto a los planes de reestructuración y ya hemos adelantado, en relación con el contenido del convenio también se prevé que el mismo no podría suponer, entre otras medidas, la conversión de créditos en acciones o en participaciones en relación con algunos créditos: los de derecho público y los laborales (art. 318.2 TRLC), así como los créditos derivados de avales públicos otorgados para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (apartado 4 de la Disposición Adicional octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre³⁴).

³⁴ De igual forma que hemos apreciado con respecto a los planes de reestructuración, nótese que, a diferencia de los otros créditos, en este caso no se trata de que el convenio *no podrá suponer* para estos créditos su conversión en acciones o en participaciones, sino que de que el convenio no puede *imponer* ese contenido con respecto a tales créditos.

3. Novedades con respecto al consentimiento de la sociedad deudora

3.1. Planteamiento

Resulta evidente que, desde el punto de vista societario, el aumento de capital por compensación de créditos exige pronunciamiento favorable de la junta general de la sociedad deudora. Ello en tanto que las modificaciones estatutarias, en general, y los aumentos de capital, en particular, son competencia de este órgano [arts. 160 c) y d) y 285 LSC]. En relación con esta cuestión, conviene también señalar que, a diferencia de lo que la normativa societaria contempla con respecto a los aumentos dinerarios, no es admisible en el aumento que nos ocupa la figura del “capital autorizado”, toda vez que la delegación de la junta general en el órgano de administración a que se refiere el art. 297.1. b) LSC queda delimitado en torno a un aumento de capital que sea con cargo a aportaciones no dinerarias³⁵.

Ahora bien, ello no obsta a que con respecto al aumento de capital que nos ocupa (ni, en general, con respecto al aumento de capital no dinerario), no pueda operar el otro nivel de delegación en el órgano de administración que contempla el art. 297.1 LSC: el contenido en su letra a), consistente en delegar la facultad de señalar la fecha en que el acuerdo, ya adoptado, de aumentar el capital social deba llevarse a efecto en la cifra acordada y de fijar las condiciones del mismo en todo lo no previsto por en el acuerdo de junta. Y, evidentemente, como deriva del apdo. 2 del art. 297 LSC, ha de entenderse que por la delegación los administradores quedan facultados para dar nueva redacción al artículo de los estatutos sociales relativo al capital social, una vez acordado y ejecutado el aumento.

Pues bien, cuestión trascendente en torno a la capitalización de créditos prevista en planes de reestructuración y en el convenio concursal tras la reforma del TRLC es si, en tales ámbitos, se mantiene la distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital trazada por la normativa societaria. Pero, yendo más allá, no solo se plantea si la junta general sigue manteniendo su competencia para pronunciarse sobre los asuntos que le corresponden conforme a la normativa societaria (en nuestro caso, el aumento de capital por compensación de créditos), sino si el legislador concursal contempla que pueda llegar a prescindirse de la intervención de los órganos de la sociedad deudora. De ser así, teniendo en cuenta que los órganos de las sociedades de capital son los instrumentos a través de los cuales la persona jurídica ejercita su capacidad de obrar, a los que la normativa societaria faculta para manifestar la voluntad social en la esfera de sus competencias³⁶, el que se prescinda de la intervención de tales órganos es tanto como prescindir de la voluntad o el consentimiento de la sociedad (esto es, de la voluntad del deudor-sociedad de capital).

Veremos a continuación que uno y otro plano no son equivalentes. En este sentido, una cosa es que la normativa concursal no prevea que se prescinda del consentimiento del deudor-sociedad de capital, pero pueda contemplar normas para la formación de la voluntad social (que puedan llegar a incidir o no en la distribución de competencias entre órganos) y otra bien distinta es que no sea preciso ese consentimiento de la sociedad deudora. Lo primero se aprecia, por ejemplo, en el art. 3.1 TRLC, conforme al que, en caso de que el deudor sea persona jurídica, el competente para *decidir* sobre la presentación de la solicitud de concurso será el órgano de administración o de liquidación. Entendemos que lo segundo deriva, también por ejemplo, del régimen de suspensión de facultades

³⁵ Esta cuestión quedó abierta en la Segunda Directiva en materia de Sociedades, cuyo art. 25.2, sobre capital autorizado, no entraba a contemplarla (tampoco hoy el art. 68.2 de la Directiva 2017/1132). La misma se introdujo con ocasión de la tramitación del proyecto de LSA de 1989, trasladándose posteriormente a la LSC.

³⁶ GIRÓN TENA, José, *Derecho de Sociedades*, t. I, Madrid, 1976, pág. 303.

patrimoniales del deudor que prevé la normativa concursal, por cuanto en caso de suspensión el deudor pierde su poder de decisión en relación con aquellas actuaciones que queden afectadas por la misma³⁷, siendo sustituido en tales casos por la administración concursal (art. 106.2 TRLC)³⁸.

Pero, además, adelantamos que también resulta trascendente determinar la incidencia de la falta de acuerdo de la junta general de la sociedad deudora, cuando la misma sigue manteniendo su competencia para decidir sobre asuntos que le atribuye la normativa societaria y el legislador concursal no ha previsto que el consentimiento de la sociedad deudora llegue a ser prescindible.

De todo ello nos ocupamos a continuación con respecto a la capitalización de créditos prevista en los planes de reestructuración y en el convenio concursal tras la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para la transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad. No obstante, para una adecuada comprensión de tales aspectos, consideramos conveniente partir de la situación anterior a la modificación del TRLC.

3.2. El acuerdo de la junta general como manifestación del consentimiento de la sociedad deudora

3.2.1 Consideraciones sobre el régimen precedente

Bajo el régimen anterior a la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, era evidente que la capitalización de créditos que se articulara por la vía de un aumento de capital social precisaba del correspondiente acuerdo emanado de la junta general de la sociedad deudora. Además de que, por ello, la falta de acuerdo impedía la conversión de los créditos en acciones o en participaciones, cuestión trascendente, como ya hemos adelantado, eran las consecuencias derivadas de la falta de ese acuerdo en los ámbitos concursal y preconcursal.

En relación con ello, la tendencia más difundida durante la vigencia del régimen precedente ha venido siendo la de considerar que la falta de acuerdo de aumento de capital por la junta general de la sociedad deudora constituye un incumplimiento del convenio, del acuerdo de refinanciación o del acuerdo extrajudicial de pagos. Así se ha venido sosteniendo mayoritariamente por la doctrina³⁹, y así se indicó por el Consejo General del Poder Judicial al emitir su informe sobre el

³⁷ Conviene puntualizar que los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del concursado circunscriben su alcance a la administración y disposición de la masa activa, de forma que la pérdida del poder de decisión solo opera con respecto a aquellas actuaciones afectadas por la suspensión.

³⁸ Ello resulta particularmente trascendente cuando se trata de realizar transmisiones en relación con las que la normativa societaria atribuye la competencia a la junta general [por ejemplo, enajenación de activos esenciales de conformidad con el art. 160 f) LSC]. De ser así, consideramos que el acuerdo de la junta general no sería preciso en caso de suspensión, no tanto por una cuestión de distribución competencial entre órganos, sino por el propio régimen de limitación de facultades patrimoniales del deudor derivado de la normativa concursal. Recuérdese que la suspensión afecta al “deudor”, sea cual sea su condición jurídica. En relación con esta cuestión, vid., entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *La junta general de la sociedad concursada*, Civitas Thomson Reuters, 2012, págs. 74, 119 o 226; GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, “Reestructuración de empresas y operaciones sobre activos esenciales”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 24, 2016, págs. 3 y 4 (versión electrónica); ÁLVAREZ ROYO-VILLANOBA, Segismundo/SÁNCHEZ SANTIAGO, Jaime, “La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC”, *Diario La Ley*, n. 8546, 2015, pág.18; ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Distribución de competencias entre la Junta General y el órgano de Administración, en particular las nuevas facultades de la Junta sobre activos esenciales”, RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, Thomson Reuters Aranzadi, vol. 1, 2016, pág. 60. En el mismo sentido, vid., Sentencia n. 347/2020, de 7 de julio, de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª), Fundamento de Derecho 4ª.

³⁹ En relación con la capitalización de créditos mediante aumento de capital prevista en el convenio concursal, vid., entre otros, BERCOVITZ ÁLVAREZ, Rodrigo, “La conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad concursada (art. 100.2 LC)”, *Corporate Governance conflicts and corporate insolvency*, Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, 2004, pág. 28; GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, “El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos

anteproyecto de reforma del TRLC y valorar las previsiones del nuevo art. 399 bis TRLC⁴⁰, del que posteriormente nos ocuparemos. Yendo más allá, también en los fundamentos jurídicos de algunas Sentencias del Tribunal Supremo español se ha reflejado esta posición. Así, a ello se aludió, por ejemplo, en la STS n. 296/2022, de 6 de abril de 2022, si bien la cuestión de fondo controvertida sobre la que se pronunció esa sentencia era la de si el hecho de que la conversión de créditos en acciones o en participaciones prevista en el convenio dependiera del acuerdo favorable de la junta general suponía que la propuesta de convenio fuera una propuesta condicionada (propuesta que, de ser así, se habría de tener por no presentada⁴¹). Respondiendo negativamente a esa cuestión, el Tribunal Supremo afirmó que la ampliación de capital acordada por la junta general incide sobre “*el cumplimiento efectivo del contenido obligacional del convenio aprobado*”. Y, en relación con la capitalización prevista en acuerdos de refinanciación homologados, la STS n. 3/2023, de 10 de enero de 2023, señala que “*los acuerdos impugnados eran de ampliación de capital social por compensación de deudas y con ellos se daba cumplimiento al acuerdo de refinanciación homologado judicialmente*”, lo que se reitera al afirmar que “*en ejecución del acuerdo de refinanciación, bajo la normativa entonces en vigor (apartado 3, letra b), ordinal 3º de la DA4ª LC), era necesario que la junta de socios de la entidad adoptara el preceptivo acuerdo de ampliación de capital social*”, idea que se refleja también en varias partes de esa sentencia.

Pues bien, en nuestra opinión, no se trataba de una cuestión que tuviera que ver con la fase de ejecución del convenio o de los acuerdos concursales sino con el de su formación, de manera que, bajo el régimen precedente, sin acuerdo de la junta general favorable a la capitalización prevista en un acuerdo de refinanciación, en un acuerdo extrajudicial de pagos o en un convenio concursal, no podía afirmarse que tales acuerdos se encontraran perfeccionados. Ante todo, no consideramos que el rechazo por la junta general a la capitalización de créditos pudiera considerarse un incumplimiento del acuerdo en el que se insertaba, pues para que el consentimiento del deudor pudiera entenderse válidamente prestado era preciso que su voluntad se manifestara a través del órgano competente (en este caso, la junta general). Esto es, precisamente, lo que derivaba de la distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital.

En ese sentido, el que las negociaciones se entablasen con el órgano de administración de la sociedad deudora, como órgano de representación de ésta, no llevaba a que pudiera desconocerse que, en el ámbito societario, es la junta general el órgano competente para aumentar el capital social y que, por tanto, la capitalización no podía existir sin acuerdo de la junta general a través del que se manifestase la voluntad de la sociedad favorable a la conversión de créditos en capital⁴².

en acciones, participaciones o cuotas sociales”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 10, 2009, pág. 15 (versión electrónica). En sentido similar, si bien con matizaciones, se pronunciaba igualmente, PULGAR EZQUERRA, Juana, “El acuerdo de la junta...”, *op. cit.*, págs. 48 y 49. Sobre esta misma cuestión, pero referida a acuerdos de refinanciación, vid., HERNÁNDEZ SAINZ, Esther, “La capitalización de deuda...”, *op. cit.*, pág. 360 o PULGAR EZQUERRA, Juana, *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, Wolters Kluwer, 2021, 3ª edición, págs. 801 a 804, respecto al acuerdo de refinanciación homologado.

⁴⁰ Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma del TRLC para la transposición de la Directiva (UE) 2019/2023, de 25 de noviembre de 2021, párrafo 632, pág. 219.

⁴¹ Así se contemplaba en el, entonces, art. 101.1 de la LC de 2003 (normativa aplicable al caso) y hoy se prevé en el art. 319.1 TRLC.

⁴² Bajo el régimen previo a la reforma, compartiendo esta posición, RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, “Distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital en activo en situaciones de insolvencia actual e inminente”, PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, La Ley Wolters Kluwer, 2020, págs. 322 y 323. Se ha de recordar que, si bien caben distintas posibilidades de articular la capitalización de créditos, en este trabajo nos referimos exclusivamente a la llevada a cabo a través de un aumento de capital por compensación de créditos cuya competencia corresponde en exclusiva a la junta general según la normativa societaria.

A tal efecto, si bien es cierto que, de conformidad con el segundo párrafo del art. 3.1 TRLC, el órgano de administración está legitimado, no sólo para presentar la solicitud de concurso sino, tal y como se deriva literalmente de dicho precepto, para “decidir” sobre la solicitud, no existía en relación con la inclusión en el contenido de los acuerdos de refinanciación, extrajudicial de pagos o convenio concursal una previsión similar que llevase a sostener la competencia del órgano de administración para decidir en el ámbito concursal y preconcursal sobre los asuntos que podían ser contenido de esos acuerdos y que en el ámbito societario correspondía (y corresponde) decidir en exclusiva a la junta general. A este respecto, en la medida en que ello supondría introducir una excepción al régimen sobre distribución de competencias entre órganos establecido en la LSC, la previsión del segundo párrafo del art. 3.1 TRLC no podía ser objeto de una aplicación extensiva que llevase implícitamente a entender que el órgano de administración también estaba legitimado para decidir sobre el contenido y aceptación de estos acuerdos en tales casos⁴³

Frente a esta posición se ha argüido que, aplicada a la capitalización prevista en el convenio concursal, la misma no resultaba acorde con el carácter irrevocable de la propuesta de convenio⁴⁴. Se sostenía, además, que considerar que el acuerdo de la junta general formaba parte de la ejecución (del convenio o del acuerdo de refinanciación), no conllevaba una imposición a la junta general para que adoptase un acuerdo en sentido favorable (ni que quedara comprometido el voto de los socios), aunque lo cierto es que se afirmaba que la sociedad quedaba vinculada por la decisión del órgano de administración en torno al acuerdo⁴⁵. A este respecto, recuérdese que la junta general es el órgano a través del cual la sociedad manifiesta su voluntad en la esfera de sus competencias y que, por tanto, la decisión de la junta general no deja de ser decisión de la sociedad. De esta forma, si se entiende que la no adopción del acuerdo constituye un incumplimiento, es porque se está admitiendo que sobre la sociedad deudora pesaba una obligación (estaba obligada a cumplir); que es la que, entonces, se habría incumplido de rechazar la capitalización, de donde se extrae que, entonces, esa obligación era la de adoptar un acuerdo favorable a la capitalización.

En nuestra opinión, podía afirmarse que no era posible incumplir un acuerdo por parte de quien no había manifestado previamente su consentimiento en obligarse, lo que en el caso de la capitalización de créditos que tratamos vendría determinado por el momento en que la junta general aprobase el aumento de capital. De ahí que, en la medida en que el aumento de capital es competencia de la junta general, se hacía necesario su acuerdo para entender que la sociedad había quedado vinculada por un convenio o un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos que contemplara la conversión de créditos en acciones o en participaciones a través de aumento del capital social. Por ello, en nuestra opinión, la falta de adopción de ese acuerdo no podía hacer desencadenar las consecuencias de un incumplimiento⁴⁶. En este sentido, la consideración del acuerdo de la junta general favorable a la capitalización como elemento de la ejecución del acuerdo presupondría que con anterioridad al mismo existía un contrato plenamente válido y eficaz, de modo que la ausencia de aquel acuerdo de la junta general determinaría su incumplimiento, desplegando las consecuencias propias de todo incumplimiento contractual, lo que en el caso del

⁴³ Manteniendo una posición contraria con respecto al convenio concursal se pronunciaba, PULGAR EZQUERRA, Juana, “El acuerdo de la junta...”, *op. cit.*, pág. 48.

⁴⁴ MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, “La capitalización de créditos en el convenio concursal y la prohibición de propuestas condicionadas (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 296/2022 [1ª] de 6 de abril de 2022”, *Anuario de Derecho Concursal*, n. 57, 2022, pág. 23 (versión electrónica)

⁴⁵ MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, “La capitalización de créditos...”, *op. cit.*, pág. 22.

⁴⁶ En todo caso, ello no excluía que los acreedores pudieran aceptar que la parte del contenido del acuerdo que precisaba de la intervención de la junta general no revestía carácter esencial, lo que supondría que el acuerdo sería vinculante también en caso de rechazo de la capitalización por la junta general.

convenio llevaría, adicionalmente y desde un plano concursal, a la apertura de oficio de la liquidación (art. 409.5º TRLC) y a la calificación *en todo caso* del concurso como culpable, por haber tenido lugar la apertura de oficio de la liquidación por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado (art. 443. 6º TRLC). Además, tampoco consideramos que ello fuera inconsistente con el carácter irrevocable de la propuesta de convenio, toda vez que el consentimiento de la sociedad proponente no podría considerarse prestado de forma definitiva mientras no recayera acuerdo favorable de la junta general (por lo tanto, el rechazo de la junta general no supondría una revocación). Y, finalmente, en nuestra opinión, el que la normativa concursal no hubiera dispuesto reglas especiales para el funcionamiento de la junta general y para la posible impugnación de sus acuerdos en estas hipótesis, que permitieran su encaje con facilidad en la tramitación concursal, no llevaba a sostener que el legislador concursal estuviera por este motivo atribuyendo la competencia para semejante decisión al órgano de administración (o, incluso, que estuviera prescindiendo de la voluntad de la sociedad deudora), pues, como ya hemos señalado, para ello habría sido precisa una norma específica y clara en ese sentido. Antes al contrario, la constatación de esa falta de reglas especiales para el encaje de esa decisión por la junta general reclamaba que el legislador las contemplara⁴⁷.

3.2.2. Capitalización de créditos en el Derecho concursal español vigente

a. Planteamiento

Tras haber expuesto la regulación sobre la materia que nos ocupa (y sus posibles interpretaciones) bajo el TRLC en su versión previa a la reforma de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, corresponde ahora abordar la situación normativa tras esa reforma. Para ello distinguiremos entre la capitalización de créditos incluida en un plan de reestructuración y la capitalización de créditos prevista en el convenio concursal. Veremos que el TRLC contempla previsiones distintas en uno y otro ámbito, motivo por el que conviene que unas y otras sean analizadas por separado.

b. La capitalización de créditos como contenido de un plan de reestructuración

Por lo que respecta la capitalización de créditos como contenido de un plan de reestructuración, consideramos que la reforma del TRLC ha venido a confirmar la esencia de la posición que antes hemos apuntado, sobre la consideración de la intervención de la junta general de la sociedad deudora como reflejo del consentimiento de ésta al plan de reestructuración que contempla una capitalización de créditos y no como un elemento integrante de la ejecución de éste. Cuestión distinta es si, para que el mismo pueda imponerse a la sociedad y afectar con ello a sus socios, que sufrirían el efecto dilutivo que conlleva esta operación, es siempre preciso que la sociedad deudora manifieste su consentimiento (en este caso, a través del acuerdo favorable del órgano que reúne a sus socios). Adelantamos que, como ya hemos apuntado, a la vista de la regulación que contiene el Libro II del TRLC, conviene no confundir uno y otro plano.

A este respecto, el art. 631.2 TRLC contempla la intervención de la junta general de la sociedad de capital deudora para la aprobación del plan de reestructuración *“que contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora”*. Del apartado 3 del art. 631 TRLC deriva que en ese apartado segundo se contemplan reglas para la *“formación de la voluntad social”*;

⁴⁷ Se ha de tener en cuenta que, al menos el proceso de adopción de acuerdos por la junta general (particularmente el respeto del plazo mínimo entre convocatoria y celebración dispuesto por la normativa societaria), podría no ser un problema en caso de celebración de juntas universales, posibles (y habituales) en función de las características y tamaño de la sociedad.

voluntad que, según se desprende del apdo. 2 de dicho precepto, lo es en torno a la aprobación del plan de reestructuración “*en todos sus términos*” a través de acuerdo de la junta general a la que, en tanto que órgano de la sociedad deudora, corresponde manifestar la voluntad de ésta en la esfera de sus competencias. Ello sin que el art. 631 TRLC establezca distinción alguna por lo que respecta al presupuesto objetivo de esa reestructuración, que podría ser de probabilidad a la insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual (art. 584 TRLC); aspecto éste que reviste particular relevancia en el marco del segundo de los planos que antes hemos señalado (el relativo a si es o no prescindible el consentimiento de la sociedad deudora). Ello supone que, aunque el consentimiento de la sociedad deudora pueda llegar a ser prescindible, el mismo podrá ser prestado y, en tal caso, será manifestado a través de su junta general en los términos del art. 631 TRLC cuando el plan contenga medidas que sean competencia de este órgano.

Conviene precisar que, en rigor, aunque la rúbrica del art. 631 TRLC sea la de “*decisión de los socios sobre la aprobación del plan*”, dicho precepto se refiere, en realidad, a la decisión de la sociedad deudora sobre la aprobación del plan (cuando por su contenido afecte a las competencias de su junta general). No obstante, se aprecia que, tras la reforma, la normativa concursal española contiene previsiones en las que por decisión, aprobación o consentimiento de los socios se está aludiendo a la decisión, aprobación o consentimiento de la sociedad (manifestada a través del correspondiente acuerdo de su junta general)⁴⁸. Sin perjuicio de lo impreciso de las fórmulas empleadas, tratándose de sociedades de capital, además del acuerdo de la junta general, las mismas permitirían cubrir también el posible consentimiento que los socios pueden prestar individualmente o por mayorías de clases de acciones (en tanto que titulares de éstas), según los sistemas de tutela de socios en relación con determinados acuerdos previstos en la normativa societaria y en la normativa concursal⁴⁹. De igual forma, se aprecia también que el legislador concursal parece aludir de forma indistinta a la aprobación del plan de reestructuración por la junta general y a la aprobación de “medidas” u “operaciones societarias” que sean competencia de la junta general y que prevea o que contenga el plan de reestructuración. Así, en ocasiones se alude al “*acuerdo de la junta que acuerde el plan de reestructuración*” (art. 631.2.5ª TRLC) y en otras a que la junta general acuerde las medidas “*que contuviera el plan*” “*que requieran acuerdo de la junta de socios*” (arts. 640.2 y 650.2 TRLC). En relación con ello, se ha de recordar que el art. 631.2 TRLC contempla que la aprobación del plan de reestructuración por la junta general lo sea “*en todos sus términos*”, de forma que con ello se entienden también aprobadas por la junta general las medidas que sean competencia de este órgano incluidas en el plan, en relación con las que restaría su ejecución, que también constituye ejecución del plan⁵⁰. A este respecto, el apdo. 3 del art. 631 TRLC prevé la

⁴⁸ Es evidente que la junta general es el órgano de la sociedad que reúne a sus socios y que sus acuerdos se forman por mayoría a partir de la manifestación de voluntad de sus socios derivada del ejercicio de sus derechos de voto, pero conviene no confundirlos, en tanto que se trata de sujetos de derecho diferentes.

⁴⁹ El art. 631.3 TRLC contempla que, salvo por lo que respecta a la formación de la voluntad social de conformidad con lo dispuesto en ese art. 631 TRLC y a la protección de los acreedores, cualquier operación societaria deberá ajustarse a la legislación societaria aplicable. Así, esos sistemas de tutela seguirían operando en probabilidad a la insolvencia y, en principio, también en insolvencia actual y en insolvencia inminente. Ahora bien, como el art. 640.2 TRLC permite homologar el plan de reestructuración en insolvencia actual y en insolvencia inminente “*aunque no haya sido aprobado por los socios*”, con ello podría estar cubriéndose también la no aprobación por los socios conforme con los sistemas de tutela individual o colectiva por clases dispuestos en la normativa societaria.

⁵⁰ Además, entendemos que, por lo que al objeto de este trabajo interesa, una vez homologado el plan de reestructuración, su ejecución no pasa tanto por la adopción del acuerdo de aumento de capital social, sino por la materialización (ejecución) de ese aumento. Ello es, además, lo más acorde con la finalidad de eficiencia de los procedimientos de reestructuración y de insolvencia que también persigue la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, frente a exigir nuevos acuerdos de la junta general.

conformidad con lo previsto en el art. 631 TRLC en relación con la formación de la voluntad social para la aprobación de operaciones societarias que prevea el plan y, precisamente, lo que contempla el apdo. 2 del art. 631 TRLC, cuando se trata de sociedades de capital, es la aprobación del plan por su junta general cuando el mismo incluye medidas que son competencia de este órgano.

Pues bien, el art. 638.3º TRLC prevé que, para ser homologado, es preciso que el plan de reestructuración sea aprobado *“por el deudor o, en su caso, por los socios”*⁵¹. Esta previsión enlaza con el art. 631 TRLC, al que acabamos de aludir en el párrafo precedente, de donde se extrae que, sin acuerdo favorable de la junta general, no puede entenderse que el plan de reestructuración haya sido aprobado por el deudor. Ahora bien, como hemos señalado, cuestión distinta es que, cuando el deudor es una sociedad de capital, en función del presupuesto objetivo de la reestructuración pueda prescindirse del consentimiento que contemplan los arts. 631 y 638.3º TRLC. Esto último es, precisamente, lo que se extrae de los arts. 640.2 y 650.2 TRLC.

En relación con ello, el art. 640.2 TRLC prevé que si *“el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar, aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente”*⁵². De ser así, del 650.2 TRLC no se extrae que, en tal caso, corresponda entonces adoptar la decisión sobre la aprobación del plan al órgano de administración de la sociedad deudora⁵³, sino que a este corresponde ejecutar las medidas competencia de la junta general incluidas en el plan de reestructuración no aprobado por el deudor, pero homologado (art. 650.2 TRLC). No en vano, al órgano de administración corresponde ejecutar los acuerdos de la junta general y, consideramos que, en este caso, a pesar de no existir acuerdo favorable de la junta general (porque la misma no se ha pronunciado o, porque, habiéndose pronunciado, ha rechazado el plan de reestructuración), el art. 650.2 TRLC contempla que el órgano de administración ha de actuar *como si* la junta general hubiera adoptado esos acuerdos favorables, realizando *“los actos necesarios para su ejecución”*. En cualquier caso, para evitar un posible bloqueo en esa ejecución procedente del órgano de administración, se prevé que el juez podrá designar, a propuesta de cualquier acreedor, a quien

⁵¹ Esta previsión se desarrolla en el art. 640 TRLC. Así, mientras que en el primer apartado se precisa que, si el deudor es persona natural, *“la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por este”*, en el segundo apartado se establece, en un primer inciso, que *“si el deudor fuera una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales”*. Consideramos que, en la medida en que la persona jurídica es un sujeto de derecho distinto de sus socios, esta última previsión no implica que bastaría con que los socios legalmente responsables aprobaran el plan de reestructuración, sino que esa aprobación por los socios personalmente responsables ha de serlo *además* de la de la persona jurídica deudora.

⁵² Ello, según comienza este inciso, en caso de que no existieran socios legalmente responsables de las deudas sociales. Así, si no hubiera socios legalmente responsables de las deudas sociales, el plan se podría homologar sin acuerdo de la junta general en caso de insolvencia actual y de insolvencia inminente. Si los hubiera (por ejemplo, podría ser el caso, más teórico que práctico, de una sociedad comanditaria por acciones – art. 1.4 LSC -), no cabría homologación del plan sin el consentimiento de tales socios. A continuación, surge la duda de si podría homologarse el plan en situación de insolvencia actual y de insolvencia inminente sin acuerdo de la junta general que, no obstante, contara con el acuerdo favorable de los socios personalmente responsables de las deudas sociales. Aunque resulta discutible a la vista del tenor del art. 640.2 TRLC, lo razonable es ofrecer una respuesta afirmativa en tal caso, dado que del art. 640.2 TRLC se extrae que puede prescindirse del consentimiento del deudor para la aprobación del plan en insolvencia actual y en insolvencia inminente (y también del de sus socios, salvo, según deriva del primer inciso del art. 640.2 TRLC que se trate de socios *“legalmente responsables de las deudas sociales”*).

⁵³ No consideramos que la norma esté contemplando un desplazamiento del poder de decisión de la junta general al órgano de administración en tal caso. Entendemos que la aprobación por el deudor del plan de reestructuración que contenga medidas competencia de la junta general pasa por la aprobación del plan por este órgano. El posible bloqueo procedente del órgano de administración, en forma de ejecución del aumento, que no de adopción - que no le compete -, también se superaría *ex art.* 650.2 TRLC. Cuestión distinta es que no sea requerida la aprobación por la sociedad deudora en insolvencia actual y en insolvencia inminente, que es lo que, entendemos, deriva del art. 640.2 TRLC.

quede facultado para realizar tales actos. Con estas previsiones se está previendo la superación de un posible bloqueo por parte de la sociedad deudora: de su junta general, mediante la no adopción del correspondiente acuerdo⁵⁴ y/o de su órgano de administración, mediante la no ejecución de las medidas sobre las que la junta no se ha pronunciado favorablemente, pero que el art. 650.2 TRLC le faculta a ejecutar⁵⁵.

A la vista de todo lo anterior, de contemplar el plan de reestructuración una capitalización de créditos, siendo el aumento de capital por compensación de créditos asunto competencia de la junta general y, por lo tanto, siendo una de esas medidas competencia de la junta general que, en términos del art. 631 TRLC, “*requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora*”, resulta evidente el cambio que a este respecto contempla la normativa concursal actualmente vigente, con respecto a su versión anterior a la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, en situación de insolvencia inminente y en situación de insolvencia actual. En tales casos, la capitalización de créditos puede imponerse al margen del consentimiento de la sociedad deudora y su materialización (ejecución del aumento) ya no depende de la actuación de sus órganos (arts. 640.2 y 650.2 TRLC). Ahora bien, por lo que respecta a la situación de probabilidad de insolvencia, la reforma permite evidenciar que la intervención de la junta general a este respecto lo es, no para ejecutar, sino para aprobar el plan de reestructuración, manifestando el consentimiento de la sociedad deudora; aprobación que es precisa para que el plan pueda homologarse, lo que implica que puede imponerse a la sociedad deudora (y, con ello, a sus socios que se verían afectados por el efecto dilutivo de la capitalización). Así, en probabilidad de insolvencia, no es que la falta de acuerdo de la junta general, que habría de adoptarse en los términos del art. 631 TRLC y que ahora se contempla con respecto al plan reestructuración (pero que conlleva el de las medidas previstas en el mismo), implique incumplimiento del plan por la sociedad deudora, sino que la falta de acuerdo conlleva que el plan no ha sido aprobado por ésta.

⁵⁴ En relación con ello, el art. 650.2 contempla que el auto de homologación será título suficiente para la inscripción registral de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan de reestructuración.

⁵⁵ Estas previsiones solo contemplan que el plan contenga medidas que sean competencia de la junta general, pero surge la duda sobre si el plan de reestructuración ha de ser aprobado por el órgano de administración en el caso en el que su contenido no contemple medidas competencia de la junta general. A este respecto, el art. 638.3º TRLC exige la aprobación del deudor (y, en su caso, de los socios) para la homologación del plan de reestructuración, lo que el art. 640.2 TRLC parece excepcionar en situación de insolvencia actual y en situación de insolvencia inminente cuando el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, pero no en otro caso. Por su parte, el art. 650 TRLC no contempla como imprescindible la intervención del órgano de administración, pues dicho precepto incorpora previsiones para evitar el bloqueo procedente de este órgano, lo que se establece, de nuevo, en relación con un plan de reestructuración que incluya medidas competencia de la junta general. Es más, el art. 650.2 TRLC parte de que la junta general no ha adoptado el acuerdo correspondiente en relación con un plan de reestructuración que contenga medidas competencia de la junta general, sin abordar el caso, también posible, de bloqueo del órgano de administración por no ejecutar medidas competencia de la junta general incluidas en el plan en relación con las que sí ha recaído acuerdo favorable de la junta. No obstante, sin perjuicio de que estas cuestiones precisen de un tratamiento más detenido y detallado, que desborda el objeto del presente trabajo, de entrada, consideramos que a partir de esas previsiones es posible inferir criterios a tomar en consideración más allá de esos concretos casos contemplados en las mismas. Por lo que respecta a lo primero, entendemos que si, en insolvencia inminente y en insolvencia actual, pueden imponerse al deudor medidas de mayor trascendencia económica y jurídica (que son las que, por ese motivo, son competencia de su junta general), ha de poder serlo también cuando las previstas en el plan de reestructuración no sean competencia de la junta general (de lo contrario, se estaría exigiendo el consentimiento del deudor para las medidas de menor trascendencia y prescindiendo de él para las de mayor relevancia económica y jurídica). A este respecto, son los órganos de la sociedad a los que, en la esfera de sus competencias, corresponde manifestar la voluntad social. En relación con lo segundo, parece razonable que el posible bloqueo procedente de los administradores cuando se trata de ejecutar medidas previstas en un plan ya homologado deba de resolverse conforme establece el art. 650.2 TRLC, aunque en él solo se contemple el bloqueo en la ejecución de medidas incluidas en el plan que no ha aprobado la junta general.

Pues bien, conviene precisar que esta constatación que acabamos de señalar lo es para las sociedades de capital a las que se aplica el régimen general del Libro II del TRLC, pues se ha de tener en cuenta que, para las sociedades sujetas al régimen especial de ese Libro II, el art. 684.2 TRLC contempla la necesidad de acuerdo favorable de la junta general, no solo en probabilidad de insolvencia, como hemos señalado, sino también en insolvencia actual y en insolvencia inminente. De la misma forma se contempla, también en esos tres escenarios, en relación con la capitalización prevista en el plan de continuación para microempresas, tal y como deriva del art. 698.1 TRLC. Para estos deudores son aplicables las consideraciones que hemos efectuado para la situación de probabilidad de insolvencia de los deudores-sociedades de capital sujetas al régimen general del Libro II. Recuérdate que, en su mayoría, el tejido empresarial español está formado por este tipo de empresas, de manera que, adoptándose por su titular la forma de sociedad de capital (que es la que tomamos en consideración en el presente trabajo), se mantendrá el poder de decisión de su junta general.

Tal y como señala el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, esta distinción que deriva del TRLC según el tamaño del deudor parte de la idea de que el perfil de socio de las sociedades a las que se aplica el régimen especial del Libro II y también las microempresas no es el mismo que el de las sociedades a las que resulta de aplicación el régimen general del Libro II. Mientras que se asume que en estas últimas el socio es socio inversor al que, por tanto, en atención a su posición de titular residual bastaría, en realidad, con respetar su interés económico en esa sociedad, se asume que en las primeras el socio no es un mero inversor, sino que se implica personalmente en la sociedad, en su gestión, en su actividad, proporcionando a esta experiencia, conocimientos, activos, etc. que son claves para la continuidad y viabilidad de la actividad empresarial⁵⁶. Precisamente, el que no se imponga una reestructuración forzosa a socios cuando la sociedad deudora es PYME deriva de la propia Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, que alude igualmente a los tenedores de participaciones que no sean meros inversores y a los que sí lo son (Considerandos 58 y 59 y art. 4.8)⁵⁷. Por su parte, la reestructuración forzosa a socios que se extrae de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y que lleva a que su art. 32 modifique la Directiva (UE) 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, persigue que los socios no “*puedan impedir injustificadamente la adopción de planes de reestructuración que permitirían que el deudor recuperase su viabilidad*” (Considerando 57). Se parte así de que el reconocimiento de un poder de veto a los socios (exigiendo su consentimiento), para tomar ciertas decisiones que les corresponde adoptar conforme a la normativa societaria (como, por ejemplo, una capitalización de créditos), podría impedir directamente la reestructuración o ser aprovechado por estos para articular estrategias de extorsión, al emplearse ese poder de veto como arma negociadora para obtener de

⁵⁶ Sobre el diferente trato en función del perfil de socio, vid. EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Instrument of the European Law Institute, Rescue of Business in Insolvency Law*, 2017, en particular, pág. 335 y 336.

⁵⁷ Se ha de tener en cuenta, en cualquier caso, que la distinción se viene planteando entre socios de perfil “inversor” y socios de perfil “propietario”, sin que la atribución de un perfil u otro a los socios se haga en atención al tamaño de la sociedad. Ello porque socios de uno y otro perfil podrían convivir en sociedades de diverso tamaño. Ahora bien, no se nos oculta que esa distinción en función del perfil del socio y no del tamaño de la sociedad es relativamente sencilla de aplicar en modelos de reestructuración en los que los socios son tratados como una clase más, junto a las clases de acreedores, motivo porque el podrían preverse a su vez diferentes clases de socios en función de su perfil como tales. En la medida en que el Derecho español no ha optado por ello, sino que mantiene el poder de decisión de la sociedad a través de sus órganos, lo que, en función del contenido supondrá la intervención de la junta general, donde se reúnen sus socios, que podrían ser de uno y/u otro perfil, esa distinción entre socios se ha realizado de manera imperfecta, partiendo de la idea generalmente asumida en torno al perfil de socio “habitual” en función del tamaño de la sociedad, lo que no es exacto en todos los casos.

la reestructuración un mayor valor del que, en principio, les correspondería, a cambio de no obstaculizar la reestructuración.

Pues bien, a la vista de lo dispuesto en el TRLC, de entrada, podría afirmarse que ese riesgo de bloqueo y de extorsión procedente de socios podría seguir operando tanto en probabilidad de insolvencia (con independencia del tamaño de la sociedad deudora) como en el caso de sociedades pequeñas a las que fuera de aplicación el régimen especial del Libro II (y también en el caso de microempresas, aunque en este caso en relación con el plan de continuación en el marco de su procedimiento especial). Ello en tanto que solo se ha previsto una reestructuración forzosa a socios para grandes y medianas empresas (a la que resulta de aplicación el régimen general del Libro II) en los casos de insolvencia actual y de insolvencia inminente. Por lo que respecta a las sociedades a las que resulta de aplicación el régimen general del Libro II, ello obedece a la idea de que, para el legislador español, encontrándose el deudor en situación de probabilidad a la insolvencia, éste no ha perdido aún el beneficio del plazo, en tanto que aún puede satisfacer sus obligaciones conforme resultan exigibles, motivo por el que no parece justificado que puedan imponerse medidas como una capitalización forzosa. Además, se espera que, el que ello sí que pueda imponerse en situación de insolvencia actual y de insolvencia inminente será un potente incentivo para que desde el deudor se impulse una reestructuración preventiva y los socios colaboren con su consecución, toda vez que, de no hacerlo, podrían sufrir una reestructuración forzosa⁵⁸. A ello coadyuva también que se haya previsto la posibilidad de excepcionar la regla de la prioridad absoluta, aplicable en caso de que el plan no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, de forma que sea posible reconocer a acreedores en la reestructuración un valor inferior al importe de sus créditos, conservando los socios derechos, acciones o participaciones en la sociedad deudora (art. 655.2.4ª en relación con el art. 655.3 TRLC). Esto último, según establece el apdo. 3 del art. 655 TRLC *“cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente”*, condiciones éstas que podrían controlar posibles excesos que pudieran proceder por parte de socios.

Por lo que respecta a las sociedades pequeñas (o más específicamente, aquellas a las que se aplica el régimen especial del Libro II y a las microempresas), podría pensarse que, si se asume que los socios tienen una implicación personal en la sociedad, hasta el punto de radicar en ella su medio de vida, por no ser meros inversores, ello parece llevar a considerar que, entonces, serán los primeros interesados en una reestructuración efectiva, que, en principio, no bloquearían. Y, a la vista de su perfil, también se asume que la continuación de la actividad empresarial pasa por su mantenimiento en el capital social, lo que tiene cabida en la regla de la prioridad relativa que opera en relación con la reestructuración en el régimen especial del Libro II. Así, mientras que en el régimen general se establece como causa de oposición a la homologación o de impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases (art. 663.2º y art. 655.1.4ª TRLC), *“que la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes vaya a mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos si una clase de rango inferior o los socios van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración”*, el art. 684.4 TRLC establece, para el régimen especial, que, *“aunque no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, el plan de reestructuración podrá ser homologado si la clase o clases de acreedores que no lo hayan aprobado reciben un trato más favorable que cualquier otra clase de rango inferior”*. Ahora bien, se advierte que la regla de la prioridad relativa presenta el inconveniente de ser susceptible de amparar

⁵⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco., “La reforma del Derecho preconcursal: algunas reflexiones sobre sus fundamentos”, AAVV, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, págs. 41 y 42.

comportamientos oportunistas, a través de estrategias que pretenden extraer valor en exceso a cambio del voto, toda vez que se trata simplemente de asegurar que las clases de rango superior recibirán un trato más favorable que las inferiores pero, a partir de ahí, la diferencia podría ser mínima con tal de ser más favorable, lo que a su vez genera incertidumbre que, se vaticina, afectará a las posibilidades de obtención de financiación⁵⁹. No obstante, a la vista de los preceptos que acabamos de transcribir y también del tenor del apdo. 3 del art. 655 TRLC, podría sostenerse que, al menos en relación con la posición de los socios, con respecto al plan de reestructuración operan las condiciones que derivan del art. 655.3 TRLC y que, según hemos señalado en el párrafo anterior (imprescindibilidad para asegurar la viabilidad de la empresa y ausencia de perjuicio injustificado para los acreedores afectados), podrían controlar posibles excesos que pudieran proceder por parte de socios. En este sentido, nótese que, en Derecho español, los socios no constituyen una clase y, en relación con ello, el art. 655.2.4º TRLC, que contempla la regla de la prioridad absoluta, distingue entre “una clase de rango inferior” y los socios. A este respecto, el régimen aplicable a los deudores mencionados en el art. 682 TRLC consiste en el régimen general del Libro II, pero desplazado en las especialidades que contemplan los arts. 683 y 684 TRLC. De esta forma, si el art. 681.4 TRLC establece que el plan podrá homologarse aunque no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores si las clases de acreedores disidentes reciben un trato más favorable que cualquier “otra clase” de rango inferior y, en Derecho español, los socios no constituyen una clase, entonces en este régimen especial sigue operando esa regla de que los socios no podrían conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración si las clases de acreedores disidentes recibieran en virtud del plan menos del valor de su crédito. Esto es, a la vista de lo dispuesto en el art. 684.4 TRLC parece que lo que se desplaza en el régimen especial es la primera parte de lo previsto en el art. 655.2.4º TRLC, pero no lo segundo (referido a los socios), de forma que, para esto último, podría operar la excepción contemplada en el apdo. 3 del art. 655 TRLC, cuyas condiciones, como hemos señalado, podrían controlar posibles excesos que pudieran proceder por parte de socios⁶⁰.

Ahora bien, no se trata solo de establecer cautelas para evitar comportamientos abusivos del lado del deudor lo que, en ocasiones, pasa por imponer una reestructuración forzosa (en nuestro caso, una capitalización forzosa), sino que la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad parte también de la protección de los intereses legítimos de los accionistas o tenedores de participaciones (Considerando 57). De entrada, de lo que se parte es de garantizar que estos no puedan impedir *injustificadamente* la adopción de planes de reestructuración, de donde se extrae que podría existir justificación para ese bloqueo. Además, no es admisible que ese régimen facilitador de la reestructuración abra la puerta a conductas oportunistas de acreedores, o incluso, también de socios mayoritarios. Así, no parece razonable “neutralizar” el abuso de socios, pero abrir la puerta al abuso de acreedores, lo que se podría evidenciar particularmente en caso de reestructuración forzosa. Pero incluso cuando se precisa del acuerdo favorable emanado de la junta general, ese régimen especial de rebaja de mayorías y, con ello, el menor poder de que disponen las minorías, podría amparar comportamientos abusivos en detrimento de estas. De ahí la necesidad de establecer salvaguardas desde este otro lado. En relación con ello, la principal protección que deriva del TRLC es la previsión, como causa de oposición o de impugnación del auto de

⁵⁹ Vid. BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, “Los socios y el reparto del excedente en la reestructuración”, GARNACHO CABANILLAS, L./ARIAS VARONA, J. (dirs.), *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre reestructuración preventiva*, Wolkers Kluwer, 2022, págs. 225 y 226.

⁶⁰ Por lo que respecta al plan de continuación en microempresas, se establece como requisito de homologación que sea “justo y equitativo” de no haber sido aprobado por una clase de acreedores (art. 698 bis 6 5º TRLC). Esa referencia al carácter “justo y equitativo” del plan pondría coto a posibles abusos.

homologación del plan de reestructuración por parte de los socios, el que “una clase de acreedores afectados vaya a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos” (art. 656.1.5º TRLC), lo que persigue tutelar a éstos frente planes expropiatorios⁶¹. Además, cuando existe acuerdo aprobatorio del plan emanado de la junta general, los socios minoritarios contarían con la posibilidad de su impugnación lo que, aun motivada en las causas de impugnación que contempla la normativa societaria, se haría por el cauce y en el plazo previstos para la impugnación u oposición a la homologación, tramitándose como cuestión incidental de previo pronunciamiento (art. 631.2.5ª TRLC). Ello tanto si el acuerdo aprobatorio es necesario para la homologación del plan como si no, aunque, evidentemente, los efectos del éxito de la impugnación no habrían de ser los mismos, por cuanto mientras que en unos casos el consentimiento del deudor, manifestado a través de su junta general, es esencial desde el punto de vista de la extensión de efectos que implica la homologación, en otros es, en realidad, prescindible.

Precisamente, en el TRLC se aprecia un régimen poco ajustado por lo que respecta a esta última cuestión. De un lado, se prevén causas de impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración (que también operan como motivos de oposición) en función de si el acuerdo ha sido o no aprobado por todas las clases de acreedores y de quien sea el impugnante (acreedores o socios), y de otro lado, se regulan los efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación, en relación con lo que solo se prevé la ineficacia del plan si la estimación se basó en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de clases (art. 661.2 TRLC). En el resto de casos, lo que se prevé que implique la impugnación es la no extensión de efectos del plan únicamente frente al impugnante, subsistiendo frente a los demás afectados. Además, de no poder revertirse esos efectos, lo que se contempla es que el impugnante tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios del deudor. Así, ello parece suponer que, aunque el plan sea expropiatorio de los socios, la impugnación del auto de homologación no afectaría a la ejecución de las medidas contenidas en el plan (si, por ejemplo, se trata de una operación societaria que no pueda revertirse), sino que la tutela del socio vendría por la vía del reconocimiento de un derecho de indemnización, que lo que lleva es a tutelar su interés económico. Ello parece conectar con la idea, que ya se ha sugerido, de que, cuando se trata de socios inversores, lo que se asocia con sociedades grandes y medianas, habría de bastar solo con respetar su interés económico en la sociedad⁶². Al margen de que ello pueda generar un alto grado de litigiosidad, en torno a las diferentes valoraciones de ese interés, en atención a los diferentes métodos de valoración de la empresa, este régimen no parece abordar todas las posibles situaciones, de forma que será necesario precisar su interpretación y aplicación. De esta forma, podría suceder que el régimen de funcionamiento de la junta general o la circunstancia de que el plan pueda imponerse al margen del consentimiento del deudor en determinadas situaciones, pueda ser aprovechado para contemplar en el plan medidas u operaciones societarias que nada tienen que ver con la reestructuración, o que no respeten la legislación societaria o que resulten desproporcionadas para los socios. Existiendo acuerdo de la junta general aprobatorio del plan, no parece que el éxito de la impugnación del acuerdo de la junta general (lo que supone dejar ese acuerdo sin efecto), cuando este acuerdo es imprescindible, no deba conducir a la ineficacia del plan, por cuanto, el dejar sin efecto el acuerdo

⁶¹ PULGAR EZQUERRA, Juana, “El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto refundido concursal”, *El Notario del Siglo XXI*, n. 102, 2022, págs. 6 y 7 (versión electrónica).

⁶² Sobre la adopción generalizada de la doctrina del propietario residual, pero evidenciando que ello también conlleva la necesidad de establecer contrapesos para salvaguardar los intereses legítimos de socios, vid., VATTERMOLI, Daniele, “La posizione dei soci nelle ristrutturazione. Dal principio di neutralità organizzativa alla *residual owner doctrine*”, *Rivista delle Società*, Vol. 63, n. 4, págs. 858-890.

supondría que el deudor a través de su junta general no habría aprobado el plan, lo que constituye presupuesto para la homologación en tales casos. En relación con ello, podría considerarse que acontece la circunstancia que prevé el art. 661.2 TRLC, sobre falta de concurrencia de las mayorías necesarias, en tanto que faltaría la aprobación del deudor. Ahora bien, en aras de conservación del plan de reestructuración, podría explorarse la posibilidad de que, tratándose el acuerdo de aprobación del plan de reestructuración de un acuerdo de contenido complejo, que lleva implícito el de las medidas societarias incluidas en el plan, pudieran dejarse sin efecto aquellas partes del acuerdo de la junta general aprobatorio referidas al contenido del plan que, por ejemplo, no fueran útiles ni relevantes para la reestructuración, lo que, siendo imprescindible el acuerdo aprobatorio, conduciría a que la estimación de la impugnación del auto de homologación del plan dejara sin efecto solo una parte del mismo. Evidentemente, en aquellos casos en los que el acuerdo de la junta general no es imprescindible y en los que, por tanto, puede que el plan sea homologado sin que ni siquiera se hubiese pronunciado la junta general (por no ser necesario), las consecuencias serían diferentes. Nótese que podría no existir acuerdo alguno de la junta general o que, incluso existiendo, el éxito de su impugnación, que llevaría a no entender aprobado el plan por la junta general, se presentara, en principio, irrelevante desde el punto de vista de los efectos de la homologación⁶³. Pero no parece que en todos los casos pudiera bastar con la tutela del interés económico de los socios a través del derecho a la indemnización de daños y perjuicios al socio impugnante que deriva del art. 661.1 TRLC. Entendemos que el que pueda imponerse el plan de reestructuración no justifica que, por ejemplo, puedan introducirse en el mismo cualesquiera contenidos desconectados de la finalidad reestructuradora. Si así se hace, entendemos que, si esos contenidos son competencia de la junta general conforme a la normativa societaria, ha de seguir siendo necesario el acuerdo de la junta general que, además, habría de adoptarse conforme se determina en la normativa societaria (esto es, sin que operaran las reglas del art. 631 TRLC). De lo contrario, no podrían considerarse contenido del plan de reestructuración. De nuevo, de ser así, podría entenderse que, a los efectos del art. 661.2 TRLC, no habrían concurrido las mayorías necesarias para la aprobación del plan.

De esta forma, entendemos que lo que justifica bien el desplazamiento de las normas societarias de funcionamiento de la junta general (art. 631 TRLC) o bien la reestructuración forzosa que afecte a socios en situación de insolvencia actual e inminente de sociedades grandes y medianas (art. 640.2 TRLC), es que se trate de medidas funcionalmente conectadas con una reestructuración realizada en situación de probabilidad a la insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual, que persiga evitar el concurso y asegurar viabilidad empresarial. Sorprende, no obstante que mientras que se contemplan como motivos de impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración por parte de los socios el que la sociedad no se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente o que el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar viabilidad empresarial, la estimación de la impugnación por esos motivos no se contemplan expresamente como generadores de una ineficacia del plan (art. 661.2 TRLC), lo que parecería conducir a considerar que el éxito de la impugnación solo conllevaría que el plan dejara de producir efectos con respecto al impugnante. Por ello, consideramos que, en la medida en que los factores a los que hemos aludido son los que justifican o bien el desplazamiento de las normas societarias o bien que se prescindiera del consentimiento de ciertos deudores en situación de insolvencia actual o inminente (a través del correspondiente acuerdo de su junta general, por lo que a este trabajo

⁶³ No obstante, sí sería relevante desde el punto de vista de la posibilidad de que los socios de la sociedad deudora pudieran impugnar el auto de homologación del plan de reestructuración, toda vez que el art. 656 TRLC, que contempla la legitimación de los socios, parte, en sus dos apartados, de que estos no hayan aprobado el plan de reestructuración. Existiendo, de entrada, acuerdo aprobatorio del plan, podría considerarse que no lo hay si el mismo se dejase sin efecto tras haberse impugnado.

interesa), la ausencia de aprobación en los términos que derivan de la normativa societaria habría de llevar a que tales medidas no pudieran considerarse contenido del plan. De la misma forma, aunque el art. 661 TRLC no lo establezca expresamente, es evidente que no puede considerarse como contenido del plan medidas incluidas en este en unos términos que infrinjan la normativa societaria (por ejemplo, una capitalización de créditos respecto de la que se contemple una emisión de acciones o la creación de participaciones bajo la par, prohibido por el art. 59.2 LSC). En última instancia, serían nulas por contrarias a norma imperativa (art. 6.3 Código Civil). En suma, consideramos que el argumento que se emplea en el Considerando 57 de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad para justificar el desplazamiento de la normativa societaria o que no sea preciso el consentimiento de los socios y que parte de que ha de evitarse que estos obstaculicen injustificadamente la reestructuración (sin dejar de proteger los legítimos intereses de estos) y también la necesidad que se extrae de su Considerando 24, de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración (motivo por el que estos han de estar disponibles en atención a cierto presupuesto objetivo y para garantizar la vialidad de la actividad empresarial), habrán de tenerse muy presentes a la hora de interpretar y aplicar las normas sobre la impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración y sus efectos, siendo no obstante deseable que la normativa concursal fuera más explícita en este sentido.

c. La capitalización de créditos como contenido del convenio

Tras habernos ocupado de la competencia de la junta general en el caso de previsión de una capitalización de créditos en un plan de reestructuración, resta ahora abordar esta misma cuestión en relación con el convenio concursal. Advertimos que sobre ella inciden diversos preceptos de la regulación del convenio en el TRLC que se muestran aparentemente contradictorios.

De entrada, si atendemos al nuevo art. 399 bis TRLC, todo parece apuntar a que la capitalización de créditos prevista en un convenio concursal y articulada por medio de un aumento de capital no precisa de acuerdo de la junta general. En ese sentido, dicho precepto establece que *“si el convenio en que se hubiera previsto la conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad deudora fuera aprobado por el juez, los administradores de la sociedad estarán facultados para aumentar el capital social en la medida necesaria para la conversión de los créditos, sin necesidad de acuerdo de la junta general de socios”*. A partir de ahí, teniendo en cuenta las consideraciones que hemos efectuado en el apartado precedente, la duda que, en principio, dicho precepto suscita podría ser la de si lo que deriva del precepto es si, en este caso, no se requiere el consentimiento de la sociedad deudora (en tanto que, tratándose de un asunto competencia de la junta general es a este órgano al que corresponde manifestar la voluntad social) o si, en cambio, el mismo sí es requerido pero, en la medida en que parece que no lo sería, según el precepto, por su junta general, habría de serlo por su órgano de administración. En última instancia, esta segunda interpretación conduciría a considerar que el art. 399 bis TRLC estaría atribuyendo al órgano de administración la competencia para decidir con respecto al aumento de capital.

Pues bien, ante todo, no consideramos que el art. 399 bis TRLC esté amparando que pueda prescindirse del consentimiento de la sociedad deudora en el caso de que el convenio previera una capitalización de créditos⁶⁴. Si se atiende al art. 359 TRLC, la aceptación por el concursado de la propuesta de convenio presentada por acreedores es precisa para que el convenio, que a esa

⁶⁴ Además, en esta sede no existe previsión similar a la del art. 650.2 TRLC destinada a superar un posible bloqueo de parte del órgano de administración de la sociedad deudora.

propuesta se refiere, pueda ser aprobado por el juez⁶⁵. Precisamente, el art. 399 bis TRLC contempla una conversión de créditos en acciones o en participaciones prevista en un convenio *que fuera aprobado por el juez*. Ello implica que, o bien la propuesta de convenio fue formulada por el concursado (siendo evidente el consentimiento del mismo, al ser autor de la propuesta) o bien, de haber sido formulada por acreedores, la misma fue aceptada por el concursado (la sociedad deudora), pues, en caso contrario, conforme deriva del art. 359.2 y también del art. 379 TRLC⁶⁶, el convenio no habría podido ser aprobado por el juez. Además, de considerar que el 399 bis TRLC estaría contemplando que pudiera prescindirse el consentimiento de la sociedad deudora, ello lo sería en atención a la previsión de una capitalización de créditos en el convenio, pero no en atención a otras medidas como pudiera ser una la enajenación de activos esenciales, que también es competencia de la junta general según la normativa societaria [art. 160 f) LSC]. No se alcanza a entender el motivo por el de que solo se estaría prescindiendo del consentimiento de la sociedad deudora en caso de previsión en el convenio de una conversión de créditos en acciones o en participaciones.

A la vista de ello, teniendo en cuenta lo señalado para los planes de reestructuración, podría cuestionarse el que, en relación con el convenio concursal, el consentimiento de la sociedad deudora no fuera prescindible para la capitalización de créditos, cuando sí lo es en relación con un plan de reestructuración en situación de insolvencia actual y de insolvencia inminente. Ello podría cuestionarse en la medida en que el convenio concursal operaría estando el deudor en situación de insolvencia actual o de insolvencia inminente (en tanto que presupuestos para la declaración del concurso con arreglo al art. 2 TRLC), que son, precisamente, los dos presupuestos objetivos que contempla el art. 640.2 TRLC para posibilitar la homologación del plan de reestructuración que contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios (aunque no hubiera sido aprobado por los socios)⁶⁷.

Se ha de llamar la atención sobre la circunstancia de que el régimen precedente contemplaba una presunción de culpabilidad del concurso y, por ende, de responsabilidad de administradores o de socios a la cobertura del déficit concursal, ligado a una negativa sin causa razonable de administradores a proponer o de socios a acordar a una capitalización de créditos; régimen que solo se contemplaba con respecto a los acuerdos de refinanciación y a los acuerdos extrajudiciales de pagos (eso es, con respecto a los institutos preconcursales), pero no en caso de negativa en relación con la conversión de créditos en acciones o en participaciones prevista en el convenio (art. 700 TRLC con anterioridad a la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre). Si, tras la reforma, esa presunción de culpabilidad, que operaba como mecanismo para impulsar la capitalización de créditos en el precurso, disuadiendo bloqueos precedentes de administradores o de socios (ante el temor de sufrir esas consecuencias de una calificación del concurso como culpable), se ha sustituido por una imposición en situación insolvencia actual y de insolvencia inminente, podría

⁶⁵ El art. 359.1 TRLC prevé que el concursado podrá aceptar la propuesta o propuestas de convenio presentadas por los acreedores en el plazo para las adhesiones, que, según el art. 358.1 TRLC, es de dos meses desde la fecha de admisión a trámite de las propuestas.

⁶⁶ El art. 379.1 TRLC establece que el orden de verificación de las propuestas de convenio para determinar su aceptación será, en primer lugar, la del concursado y, de no haberse alcanzado la mayoría correspondiente, se continuará por las presentadas por los acreedores "*que hubieran sido aceptadas por el concursado*", siguiendo el orden de mayor a menor cuantía de créditos titulados por los proponentes.

⁶⁷ Recuértese que, aun siendo irrelevante a efectos de homologación el plan de reestructuración en tales situaciones, lo cierto es que, tratándose de sociedades de capital, del régimen de reestructuración se extrae que de prestarse el consentimiento de la sociedad deudora para la aprobación del plan que contenga medidas "*que requieran el acuerdo de los socios*", este habría de prestarse a través de su junta general.

tener sentido que esa “sustitución” hubiera tenido lugar en los escenarios para los que estaba previsto ese otro régimen (el precurso y, no, en cambio, en el marco del convenio concursal). El que, bajo el régimen precedente, esas previsiones sobre la culpabilidad del concurso solo operaran en relación con los institutos concursales, parecía obedecer a la idea de incentivar la capitalización para, de esa forma, contribuir al éxito de aquellos, lo que supondría evitar la declaración de concurso y, con ello, los costes temporales, económicos, reputacionales, etc., ligados a la misma. Evidentemente, tales costes no se evitan cuando se trata del convenio concursal, en tanto que ello implica que el deudor ya ha sido declarado en concurso. Y, también ha de tenerse en cuenta que, en reestructuración, se prevé que pueda suspenderse la solicitud de concurso voluntario presentada por el deudor, tanto mientras estén en vigor los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con acreedores por parte del deudor, como si se estuviera en negociación un plan de reestructuración sin comunicación previa (arts. 612 y 637 TRLC)⁶⁸. En cambio, declarado el concurso y en convenio, el deudor podría solicitar en cualquier momento de la fase de liquidación, debiendo el juez dictar auto de apertura dentro de los diez días siguientes a la solicitud (arts. 406 y art. 346 TRLC)⁶⁹.

Descartada esa primera opción interpretativa, la segunda de las opciones que hemos apuntado ya ha sido acogida por quienes se han aproximado al art. 399 bis TRLC. De esta forma, se afirma que la norma ha traído consigo una alteración de la distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital⁷⁰, de donde parece inferirse que, para que se entienda que la sociedad de deudora ha aceptado la propuesta de convenio (art. 359.2 TRLC), bastaría con la actuación de su órgano de administración, en tanto que se entiende que es a este órgano al que corresponde decidir sobre la ampliación de capital correspondiente⁷¹.

No obstante, no nos resistimos a manifestar que, en nuestra opinión, semejante conclusión no resulta tan evidente como pareciera, pues cabrían lecturas de ese precepto más acordes con otras previsiones del TRLC y, además, respetuosas con la distribución orgánica de competencias trazada por la normativa societaria. De entrada, consideramos que el art. 399 bis TRLC no es lo suficientemente preciso como para derivar de él una consecuencia tan relevante como es el desplazamiento del régimen de distribución de competencias entre órganos de sociedades de capital, que lleve a considerar que, junto con el art. 359 TRLC, la normativa concursal establece con claridad una atribución al órgano de administración de la competencia para tomar esa decisión⁷².

⁶⁸ Tratándose de deudores sujetos el régimen especial del Libro II, respecto de los que no cabe reestructuración forzosa, dicha suspensión no es posible (art. 683.2 TRLC).

⁶⁹ Ello no implica que el que el deudor no acepte una propuesta de convenio conduzca a la liquidación (lo que podría solicitar en cualquier momento), por cuanto ello no impediría la toma en consideración de otra propuesta de convenio, si se hubiesen presentado varias (art. 379 TRLC).

⁷⁰ MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, *Los efectos del concurso de acreedores sobre los órganos de las sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, 2023, pág. 31.

⁷¹ MORENO SERRANO, E., “Los acuerdos sociales en el nuevo Derecho Concursal”, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B. (dir.), *Los acuerdos sociales*, Tirant Lo Blanch, 2023, pág. 738, que señala que el art. 399 bis TRLC contempla que los administradores están facultados para *acordar* el aumento de capital.

⁷² Claridad y precisión que resulta necesaria si se tiene en cuenta que con ello se estaría exceptuando lo dispuesto en el art. 68 de la Directiva 2017/1132, en materia de sociedades, conforme al que “*todo aumento del capital será decidido por la junta general*”, salvo capital autorizado (art. 68.2 Directiva 2017/1132). A este respecto, el art. 32 de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad ha modificado la Directiva de Sociedades, incorporando un apartado 4 a su art. 84, a los efectos de permitir a los Estados Miembros establecer excepciones a la aplicación de ciertos preceptos de la Directiva de Sociedades, entre ellos, el art. 68, sobre decisión de la junta sobre el aumento de capital. En relación con ello, se ha de notar que, aunque el Considerando 96 de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad refleje la necesidad de modificar la Directiva sobre Sociedades para permitir a los Estados Miembros excepcionar algunos de sus requerimientos y aunque se prevea en ese Considerando que ello ha de ser

Nótese que el precepto no contempla que los administradores están facultados para *decidir* el aumento (o para decidir sobre la propuesta de convenio), sino que lo están para aumentar el capital social, lo que, en el marco de la ejecución del convenio, sería la materialización de ese aumento, o si se quiere, su *ejecución*.

Así, del régimen de distribución orgánica de competencias establecido por la normativa societaria se extrae que, si es preciso el consentimiento de la sociedad de capital, el mismo no puede manifestarse válidamente más que por el órgano competente; competencia que vendría determinada por los asuntos incluidos en la propuesta de convenio (en nuestro caso, el aumento de capital social por compensación de créditos es competencia de la junta)⁷³. Además, se ha de tener en cuenta que el art. 328 TRLC no ha sido modificado tras la reforma y que dicho precepto, que se refiere a una propuesta de convenio con conversión de créditos en acciones o en participaciones sociales, contempla, en su segundo apartado, “*la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social*” (en relación con lo que se rebaja la mayoría de votación, como ya hemos señalado). En suma, si se tiene en cuenta lo dispuesto en los arts. 328 y 359 TRLC, resulta que el legislador concursal está contemplando un acuerdo de la junta general en caso de propuesta de convenio con conversión de créditos en acciones o en participaciones sociales y un necesario consentimiento del deudor a la propuesta de convenio presentada por acreedores (por supuesto, cuando la propuesta procede del deudor, ello presupone que el mismo consiente esa propuesta).

De esta forma, a la vista de esos preceptos y del art. 399 bis TRLC, no nos parece descabellado considerar que, de la misma forma que se prevé en el art. 631 TRLC con respecto al plan de reestructuración, lo que está contemplando en este caso la normativa concursal es un acuerdo de la junta general para aprobar o aceptar la propuesta de convenio que incluya conversión de créditos en acciones o en participaciones, de forma que el acuerdo favorable a esa propuesta llevaría implícito el acuerdo de aumento de capital social. Y, siendo así, cabría una lectura del art. 399 bis TRLC en el sentido de que, entonces, que ya no sería necesaria la específica adopción de un “nuevo” acuerdo de aumento por la junta general (en tanto que el acuerdo acordando la propuesta de convenio habría de considerarse ya como como acuerdo de aumento) y de que ello ya es suficiente para que pueda ejecutarse por parte del órgano de administración⁷⁴.

Precisamente, quienes parecen acoger la segunda de las posibilidades interpretativas del art. 399 bis TRLC que antes hemos apuntado, señalan que lo que atribuye dicho precepto a los administradores es la facultad para *ejecutar* el aumento de capital⁷⁵. Pero, distinto de la ejecución

así también “*en el caso de procedimientos de insolvencia no cubiertos por la presente Directiva que permitan tomar medidas de reestructuración*”, lo cierto es que, en el articulado de la Directiva, la previsión de la posibilidad de excepcionar ciertos preceptos de la Directiva de Sociedades se ha acabado circunscribiendo a “*la medida y durante el tiempo*” necesario para el “*establecimiento de los marcos de reestructuración preventiva previstos en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo*”, que es lo que contempla el art. 84.4 de la Directiva de Sociedades.

⁷³ A diferencia de lo dispuesto en relación con la reestructuración (art. 631.5º TRLC), para el caso del convenio no se han contemplado previsiones con respecto a la posible impugnación del acuerdo de la junta general que desplacen el régimen societario y dirigidos a encajar su tramitación en la tramitación del convenio. Tratándose de una cuestión que afecta a derechos de socios (el derecho de impugnación de acuerdos sociales, enumerado en la letra c) del art. 93 TRLC], no parece que pueda extenderse al convenio lo dispuesto para reestructuración. En cualquier caso, el que no se hayan contemplado previsiones similares no es determinante de la cuestión que nos ocupa en este trabajo, sino que más bien evidencia la conveniencia, si no necesidad, de que la normativa las contemple también para el convenio.

⁷⁴ De nuevo, ello es lo más acorde con la finalidad de eficiencia de los procedimientos de insolvencia que también persigue la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad.

⁷⁵ MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, *Los efectos del concurso de acreedores...*, op. cit., pág. 381.

es la manifestación la voluntad social en torno a la realización de la operación, tomando una decisión que es la que posteriormente se ejecuta.

Adicionalmente, bajo el régimen precedente se ha sostenido que, si la junta general se pronunciara sobre la ampliación de capital con anterioridad a la aprobación judicial del convenio, sería necesario un nuevo acuerdo de la junta general, una vez que se conocieran los detalles de la operación⁷⁶. Pues bien, no sería incompatible con esa línea argumentativa sostener también que el art. 399 bis TRLC podría estar aclarando que, en realidad, no haría falta ese nuevo acuerdo. Incluso podría entenderse que dicho precepto contiene una suerte de delegación en los términos del art. 297.1 a) LSC⁷⁷.

En definitiva, aunque se ha afirmado que de los arts. 359 y 399 bis TRLC se extrae una alteración de la distribución orgánica de competencias cuando se trata de aumentos de capital para la conversión de créditos en acciones o en participaciones previstos en un convenio concursal, no nos parece tan evidente que ello sea lo que derive de la normativa concursal española, pues caben lecturas de dichos preceptos acordes con la distribución orgánica de competencias trazada por la normativa sobre sociedades de capital (en este sentido, las anteriores previsiones no parecen lo suficientemente claras y precisas para provocar esa alteración) y con otros preceptos del régimen del convenio en el TRLC (particularmente, con el apdo. 2 del art. 328 TRLC, que se ha mantenido inalterado tras la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre).

III. Conclusiones

La reforma del TRLC para la transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad ha traído consigo la incorporación de previsiones en la normativa concursal española que inciden en la capitalización de créditos mediante aumento del capital social en el concurso y en el precurso de las sociedades de capital. En relación con ello, en este trabajo se ha prestado particular atención a la posibilidad de imponer, ya sea acreedores o a la propia sociedad deudora (lo que afecta directamente a sus socios), capitalizaciones de créditos en el concurso y en el precurso.

Por lo que respecta a los acreedores, a diferencia del régimen precedente de acuerdos de refinanciación homologados y de lo dispuesto en otros ordenamientos, como el alemán, tanto para el concurso como para el precurso, con carácter general, y salvo excepciones, la reforma del TRLC ha traído consigo la posibilidad de que la conversión de créditos en acciones o en participaciones pueda ser impuesta a los acreedores de la sociedad deudora. No obstante, ello se compensa en el art. 399 bis TRLC, en relación con el convenio, con previsiones para facilitar que los acreedores puedan posteriormente transmitir sus acciones o sus participaciones, evitando así que queden prisioneros en una sociedad en la que quizás no deseen participar; previsión que también

⁷⁶Vid., MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, "La capitalización de créditos ...", *op. cit.*, pág. 29 y FACHAL NOGUER, Nuria, "¿La reforma del texto refundido...", *op. cit.*, pág. 7. Entre otros detalles, se mencionan a los acreedores y el importe por el que hubieran optado por la capitalización, pero adviértase que la junta general podría adoptar un acuerdo de aumento de hasta una cierta cuantía, cubriendo la máxima conversión posible, lo que ofrecería cobertura para aumentar el capital social hasta esa cifra, sin perjuicio de poder ir ajustándose al formalizar posteriormente el aumento en función de los acreedores que hubieran optado por la conversión con arreglo a la facultad de opción que se les reconociera. Así fue, de hecho, como se contempló en el convenio sobre el que se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala Civil) n. 396/2022, de 6 de abril de 2022.

⁷⁷ Recuérdese que dicho precepto prevé la delegación en los administradores de la facultad de señalar la fecha en que el acuerdo ya adoptado de aumentar el capital social deba llevarse a efecto en la cifra acordada y de fijar las condiciones del mismo en todo lo no previsto en el acuerdo de la junta.

podría contribuir a que hubiera acreedores dispuestos a facilitar la capitalización. El que ello se contemple solo en relación con el convenio concursal lleva a considerar que el legislador parece estar incentivando la medida que nos ocupa más en el convenio concursal que en los planes de reestructuración, sin perjuicio de que previsiones similares podrían contemplarse como contenido del plan de reestructuración.

Desde la perspectiva del deudor sociedad de capital, sin perjuicio de que se hayan añadido (o eliminado, según los casos) otras previsiones, se mantienen, en esencia, algunas de las previsiones en torno al régimen societario de la capitalización de créditos, ya contenidas en la normativa concursal previa a la reforma. Por lo que respecta a la competencia de la junta general, como órgano facultado para manifestar la voluntad social para el aumento de capital por compensación de créditos, resultan particularmente relevantes, de un lado, los arts. 631, 638.3º, 640 y 650 TRLC (en el caso de capitalización como contenido de planes de reestructuración), y, de otro lado, los arts. 328, 359 y 399 bis TRLC (en caso de capitalización como convenio concursal).

En los casos en los que el plan de reestructuración contemple una capitalización de créditos, de los preceptos antes apuntados se extrae que mientras que, en caso de probabilidad de insolvencia, el consentimiento de la sociedad de capital-deudora, manifestado a través de su junta general, es necesario para que el plan de reestructuración pueda entenderse aprobado por el deudor (y, entonces, el plan pueda homologarse), dicho consentimiento, que de prestarse lo sería a través de su junta general, no es necesario para la homologación del plan en insolvencia actual y en insolvencia inminente. Esto último supone que el plan de reestructuración podría homologarse a pesar de no haber sido aprobado por el deudor. Ello implica que, en probabilidad de insolvencia, la intervención de la junta general lo es para manifestar la voluntad de la sociedad deudora con respecto al plan de reestructuración que contemplara una capitalización (de la misma forma que lo es, con independencia del presupuesto objetivo, para sociedades de capital sujetas al régimen especial del Libro II – art. 684.2 TRLC – y que fueran microempresas con respecto al plan de continuación – art. 698 TRLC-). A su vez, ello también supone que, a diferencia de lo dispuesto con anterioridad a la reforma, la capitalización puede ser impuesta a la sociedad de capital deudora en caso de insolvencia actual y de insolvencia inminente, aunque solo para los deudores societarios sujetos al régimen general del Libro II, pues para el resto (pequeñas empresas y microempresas) se hace precisa la intervención favorable de la junta general. Precisamente estas últimas son las predominantes en el tejido empresarial español.

Sin perjuicio de ello, ha de tenerse en cuenta que, particularmente cuando se trata de una reestructuración forzosa (es decir, impuesta a socios, lo que tendrá lugar en grandes y medianas empresas), ello obedece a la idea de evitar que los socios de la sociedad deudora puedan obstaculizar injustificadamente planes de reestructuración que serían susceptibles de asegurar viabilidad empresarial. De ahí que, a la vista de lo poco preciso, a este respecto, de la regulación en materia de impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración y de sus efectos en el TRLC, mientras el mismo no se haga más explícito, consideramos que la aplicación de las normas sobre reestructuración habrá de tener muy presentes tales objetivos, para evitar que esa facilitación de operaciones societarias (o incluso su imposición) que deriva del nuevo régimen pueda abrir la puerta a abusos de parte de acreedores o de socios mayoritarios. En ese sentido, como deriva del Considerando 57 de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, se trata de evitar que se obstaculice injustificadamente una reestructuración eficiente, pero sin dejar de proteger los legítimos intereses de los socios.

Por su parte, atendiendo a la capitalización contenida en el convenio concursal, en este caso ya no se distingue en función del tamaño del deudor, como sucede para la reestructuración en el precurso. En relación con el convenio, ha de destacarse que del art. 359 y, particularmente, del art. 399 bis, ambos del TRLC, se afirma que los mismos han supuesto una alteración de la distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital con respecto al régimen precedente. Ello supondría que la capitalización podría imponerse sin necesidad de pronunciamiento favorable de la junta general. No obstante, no nos parece tan evidente que ello sea lo que derive de la normativa concursal española, pues el art. 399 bis TRLC no es lo suficientemente claro y preciso para ello, siendo posibles lecturas de los arts.359 y 399 bis TRLC acordes con la distribución de competencias orgánicas trazada por la normativa sobre sociedades de capital y con otros preceptos relativos al convenio que aún se mantienen en el TRLC y que proceden del régimen precedente, en el que, sin acuerdo de la junta general, no era posible la conversión de créditos en acciones o en participaciones (en particular, el art. 328.2 TRLC). Conforme a estas lecturas, la capitalización no podría imponerse sin pronunciamiento favorable de la junta general.

Finalmente, comparando tanto el plano concursal como el preconcursal y también el régimen precedente, si bien el legislador español sigue contemplando la capitalización de créditos como medida de saneamiento financiero idónea en tales escenarios, se aprecia que, si bien la normativa concursal española contiene previsiones que la facilitan, tras la reforma, el legislador ha dejado de incentivarla preferentemente frente a otras medidas en el precurso (así, por ejemplo, la rebaja de mayoría en junta general o la presunción de culpabilidad de concurso en caso de rechazo, se contemplaba solo en relación con la capitalización de créditos, pero no con respecto a otras medidas), aunque mantiene su incentivación preferente en el convenio (así, se contempla para ella una rebaja en la mayoría para la adopción de acuerdos por la junta general, que no se traslada a otras operaciones que pudieran preverse en el convenio y que también fueran competencia de la junta general).

“CONTROVERSIAS EN LA CONCURRENCIA DE ACREEDORES VULNERABLES EN LOS PROCESOS CONCURSALES”⁷⁸

Nicolás José Di Lella⁷⁹

1.- Preliminar.

Después de la segunda guerra mundial, varias naciones Europeas llevaron adelante un proceso de reordenación política, por medio del cual evolucionaron del tradicional Estado de Derecho formal a un Estado material de Derecho, incorporando en sus constituciones derechos fundamentales, aplicables directamente, imbuidos de principios que vinculan a los poderes estatales, y sistemas de control judicial de constitucionalidad⁸⁰.

Este fenómeno, conocido como “neoconstitucionalismo”, tiene como nota relevante la consideración que el ordenamiento jurídico no es un sistema cerrado de reglas, sino también involucra principios y valores⁸¹, que propician el respeto de derechos básicos, tendientes a salvaguardar la dignidad de toda persona humana. Y este modelo neoconstitucionalista, que superó ampliamente al sistema legalista, al dar preeminencia al valor sobre la norma; a la ponderación judicial⁸² por encima de la subsunción; a la omnipresencia de la constitución en lugar de la independencia del Derecho ordinario y a la omnipotencia judicial apoyada en la constitución y tratados internacionales, no es ajeno a la realidad de nuestro país.

En efecto, el 29 de diciembre de 1993, se dictó la Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Carta Magna de 1853, dando un paso fundamental al traer a nuestro ámbito doméstico el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se le dio vigencia, entonces, por una vía constitucional privilegiada a los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos⁸³, los que constituyen una limitación de la soberanía de los gobiernos, a favor de las prerrogativas de la humanidad.

En el año 2015, el Derecho Privado argentino asistió a un momento histórico, a raíz de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (“CCyCN”), que, bajo el primer capítulo, titulado “Derecho”, ordenada, expresamente, que los jueces deben resolver los casos -mediante una decisión razonablemente fundada- de acuerdo a la Constitución Nacional y a los Tratados de

⁷⁸ Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal - PREMIO A JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO CONCURSAL - Profesor Dr. Ariel A. Dasso

⁷⁹ Doctor en Derecho (UCA); Magister en “Derecho Empresario” y en “Magistratura y Derecho Judicial” (ambas de Univ. Austral). Magister en “Justicia Constitucional y DDHH” (Univ. Bologna, Italia). Secretario letrado Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Profesor de grado (USAL, UNSTA, USPT) y de posgrado (UCA, UADE, Austral, UNT, USPT, UNSTA) en Derecho Societario y Concursal. Autor de 5 libros y más de 40 arts. de doctrina en Derecho Civil y Comercial. Director de más de 20 tesis de Maestría en Univ. Austral y miembro de jurado evaluador de tesis en Doctorado y Maestrías en Univ. Austral y UCA (nicodilella@hotmail.com).

⁸⁰ Comp. ETCHEVERRY, Juan B., “La práctica del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo”, LL, Actualidad, Año: LXXIV, n° 241, p. 1.

⁸¹ Vid. GRAJALES, Amós A. - NEGRI, Nicolás J., “Ronald Myles Dworkin y la teoría de la argumentación jurídica (in memoriam)”, SJA, 24/04/2013, ps. 3 y ss.

⁸² Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 160/161.

⁸³ Ver HITTERS, Juan C., “La reforma de la constitución argentina de 1994 y los tratados sobre derechos humanos a 20 años de su vigencia”, UNLP, 2014-44, 1 y en LLO: AR/DOC/3932/2014.

Derechos Humanos⁸⁴, interpretando la ley según las disposiciones que surgen de los principios, valores jurídicos y derechos humanos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En ese escenario, el rol de los jueces deja de ser “pasivo”, esto es, meros aplicadores o subsumidores mecánicos de la ley como voluntad directa del legislador, para pasar a ser “activo”, ya que la aplicación del Derecho requiere, ahora, un tipo de razonamiento práctico valorativo, a fin de compatibilizar las reglas positivizadas con los principios y valores. De ese modo, los jueces, sin perjuicio de apegarse a la legalidad vigente, deben procurar atender al trasfondo humano de los conflictos que se suscitaban y atemperar, con criterios de equidad, las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables. Ello, para poder aplicar la solución más justa posible al caso concreto.

Es que el Estado debe brindar, a todo ciudadano, una tutela judicial y administrativa⁸⁵ efectiva de sus derechos, la que involucra la previsión e implementación de un conjunto de mecanismos y herramientas que permitan garantizarles el ejercicio pleno de las garantías, consagradas tanto constitucional como convencionalmente.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho ocurre en todo el sistema jurídico, pero en el especial caso de las personas en situación de vulnerabilidad, se abre una nueva perspectiva basada en estándares internacionales que constituyen el marco de las decisiones judiciales por efecto del compromiso estatal asumido internacionalmente⁸⁶. Y es en este ámbito en donde los magistrados deben velar por la protección de los justiciables especialmente vulnerables, es decir, brindar una salvaguarda particular de aquellos sujetos que atraviesan una situación de riesgo, crisis, peligro, daño o marginalidad (v. gr. niños, mujeres gestantes o con dificultades para procrear, ancianos, enfermos, pobres, indígenas, migrantes).

En el marco del presente trabajo, y dentro de la órbita del derecho concursal, se hará alusión a ciertos casos en donde la aplicación liminar de las normas de la Ley 24.522 (“LCQ”), confrontaban con los derechos de sujetos especialmente vulnerables, y cómo fueron resueltos por los jueces, de acuerdo a las exigencias sociológicas y axiológicas imperantes contemporáneamente.

2. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional.

Como es sabido, el paradigma dogmático-legalista, se constituyó en la Europa continental del siglo XIX, luego de la Revolución Francesa, básicamente a instancias de la escuela exegética e histórica. La sinonimia entre ley y derecho; la consideración de la Constitución en el terreno político no jurídico; la separación entre creación de la ley -legisladores- y su aplicación por subsunción -jueces-; y la existencia de un sistema jurídico cerrado e infalible compuesto sólo por reglas, eran algunas de sus características sobresalientes⁸⁷.

⁸⁴ BORETTO, Mauricio, “El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado en la Argentina y su impacto en el ordenamiento jurídico falencial”, LL cita online: AR/DOC/4095/2012.

⁸⁵ Sobre el particular, véase a MUÑOZ, Ricardo A. (h), “La tutela administrativa efectiva”, LL, 2012-B, 919; URRUTIGOITY, Javier, “El principio de tutela administrativa efectiva”, Lexis N° 0003/012321 y lo resuelto en CSJN, 14/10/2008, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - Decreto 310/98 s/ Amparo Ley 16.986”; CIDH, 02/02/2001, “Baena, Ricardo y otros”, LL, 2001-D, 573; *id.*, 06/02/2001, “Ivcher, Bronstein”, LL, 2001-E, 329.

⁸⁶ BRUNETTI, Andrea M., “Acceso a la Justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Hacia la humanización del proceso”, en BASSET, Ursula - FULCHIRON, Huges - BIDAUD-GARON, Christine - LAFFERRIERE, Jorge N. (Directores), *Tratado de la vulnerabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 669.

⁸⁷ Véase a MAINO, Carlos A.G., “Derechos humanos y consenso o el eterno retorno al positivismo jurídico”, *Prudentia Iuris* n° 73, 2012, p. 23 y ss.

Este modelo puro de reglas era considerado, hasta ese entonces, un sistema “atractivo”, por la seguridad jurídica y la previsibilidad que confería a los justiciables⁸⁸. Pero las críticas se apoyaban, en lo sustancial, en la ausencia de ponderación de la norma con principios y valores, al momento de aplicar la ley. Es decir, “no toma en serio la Constitución escrita, dejando de lado las regulaciones diferenciales de la ley fundamental”⁸⁹. Había, en ese entonces, una tajante diferenciación entre el derecho público y el derecho privado. Así, la Constitución se encargaba, en términos generales, en definir los órganos del Estado, su composición y atribuciones, la distribución del poder en el territorio, como la elección de gobernantes y su destitución. Mientras que era el Legislador, en tanto representante del pueblo, el autor de la configuración de los derechos y su ejercicio, a través del dictado de las leyes⁹⁰.

Tal como fuera sostenido⁹¹, fue a partir de los juicios de Nuremberg, en donde se condenaron a los jerarcas nazis por aplicar la ley pero en violación de principios, valores y derechos humanos esenciales de jerarquía superior -aunque no estuvieran escritos-, cuando comenzó a advertirse las fuertes insuficiencias y debilidades del sistema dogmático imperante en el Estado de Derecho Legal (“EDL”), que culminaron por evidenciar su distanciamiento con la realidad y la operatividad del derecho.

Comenzó, de esa manera, luego de la Segunda Guerra mundial, a producirse profundos cambios en el campo de la interpretación y aplicación judicial de la ley, dada la necesidad de apelar a argumentos razonables para brindar la solución más justa posible al caso concreto, en aquellas circunstancias en donde la norma legal no lo hacía. Fue así como, a fines de la década del 50’, la problemática de la argumentación jurídica se instaló en la agenda de la teoría del derecho Europeo continental, impulsada por PERELMAN y VIEHWEG, alcanzando gran desarrollo en las últimas tres décadas del siglo XX, de la mano de KALINOWSKI, ALEXY y ATIENZA, entre muchos otros; abriéndose paso al Estado de Derecho Constitucional (“EDC”)⁹². También ha recibido el nombre de *constitucionalismo ecuménico*⁹³.

Se caracteriza, en términos generales, en que la Carta Magna es reconocida como verdadera fuente de derecho, imbuida de moral a través de principios, valores y derechos humanos y en la creación de magistrados con facultades de controlar que las normas jurídicas sean compatibles con ella. Por lo tanto, la Constitución es concebida como un conjunto de principios de moralidad social, que establecen derechos básicos de los individuos⁹⁴.

Así, los principios, valores y Derechos Humanos valen para todos los ámbitos del derecho, de los cuales recibe directrices e impulsos la legislación, la administración y la justicia. Desde ese modo, su efecto es *irradiante* del sistema jurídico tradicional⁹⁵. En efecto, se transformaron los contenidos y la recíproca relación entre la ley y la Constitución y quedó en claro que la legislación debe ser entendida e interpretada a partir de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales.

⁸⁸ Comp. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 18.

⁸⁹ *Ibid*, p. 117.

⁹⁰ Comp. IBARLUCÍA, Emilio A., “La constitucionalización del derecho privado”, en BUERES, Alberto J. (Dir.), *Incidencias del Código Civil y Comercial, “Derecho Público”*, vol. 19, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, ps. 36/37.

⁹¹ PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 103.

⁹² Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Argumentación Constitucional”, ponencia presentada en *I Congreso Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Cancún, México, 2008, p. 53.

⁹³ ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 71.

⁹⁴ Ver NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 18.

⁹⁵ Comp. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa editorial, Estudios Alemanes, Romanyá Valls, Barcelona, 1994, p. 159.

La constitucionalización del derecho es el fenómeno jurídico según el cual se impone que todas las normas jurídicas deben ser promulgadas, comprendidas y aplicadas a partir de la Constitución, que es la matriz de todo el ordenamiento jurídico⁹⁶.

En este escenario, la ley que contenía el derecho en el EDL era absolutamente clara para su comprensión y aplicación, en tanto contenía normas, o sea era un juicio que definía un supuesto fáctico genérico al que se le atribuían ciertas consecuencias jurídicas para la hipótesis que ocurriera. Se consideraba al juez como ser prácticamente inanimado y boca de la ley, que aplicaba mecánicamente la voluntad del legislador. Por ello, la interpretación de la ley era exegética. Así, se sostenía, en ese momento, que al juez no se le debe dar libertad alguna de ejercer su fantasía legislativa, porque si pudiese modificar la ley, teniendo en cuenta criterios equitativos u otros, el principio de separación de poderes sería invalidado por la presencia de dos legisladores: el verdadero y el juez⁹⁷.

Ahora bien, y tal como fuera sostenido, en tiempos del EDC uno de los temas que más interesa a la doctrina jurídica es el de los “principios”⁹⁸.

Sin duda que han colaborado a ello las teorías de Ronald DWORKIN y Robert ALEXI. El primero, en su polémica con HART, rechazando la alternativa de reducir el derecho a un “sistema de reglas” y proponiendo centralmente a los principios (*Principles*), o sea “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”, cuyo contenido son los “derechos individuales”, y estableciendo entre los diferentes criterios distintivos entre normas y principios, el que aquéllas sí es posible someterlas al test de origen o *pedigree* en orden a establecer su origen y paternidades, pero esto es inviable para los principios dado que ellos están en el derecho y los juristas lo que hacen es descubrirlos y aplicarlos. El segundo con su concepto del derecho no positivista, en donde se postula para el mismo límites morales infranqueables (“la injusticia extrema no es derecho”), y al mismo tiempo se insiste de que más allá de aquella situación excepcional, lo habitual es que circule por el derecho la moral bajo el rótulo de los principios (*Prinzipien*), pues para ALEXI hay una cierta identidad entre ellos y los valores, y su característica central es que son “mandatos de optimización”, en tanto pretenden la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas⁹⁹. En otras palabras, se aspira a que se cumplan lo máximo posible, porque siempre habrá otro principio que se les contraponga¹⁰⁰.

De esta manera, la interpretación exegética de la letra de la ley, propia del EDL, quedará desplazada si ésta contradice normas emanadas de un tratado o un principio general del ordenamiento jurídico, considerado este último como un todo integral.

Conforme fuera expuesto al respecto, toda una generación de juristas ha sido educada durante una “era del orden”, fundada en una única concepción formal del derecho, inspirada en la tradición filosófica inglesa del empirismo lógico y en la dogmática kelseniana. La lógica deontológica, propia de lo jurídico, la deducción como base del razonamiento, la remisión a una norma de reconocimiento fundante, y los principios de jerarquía, temporalidad y especialidad, fueron las

⁹⁶ BERIZONCE, Roberto, “La jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático”, LL, cita online: AR/DOC/4249/2014. En el mismo sentido: MANILLI, Pablo L., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico argentino”, en BUERES (Dir.), *Incidencias...*, ps. 25/33.

⁹⁷ Cfr. CURA GRASSI, H. Domingo C., “Breves reflexiones referidas al papel que debe desempeñar el juez ante el derecho y el enigma del caballo que piensa”, ED, 03/05/2019, p. 1 y ss.

⁹⁸ Cfr. COMANDUCCI, Paolo, “Principios Jurídicos e indeterminación del derecho”, DOXA, n° 21, Vol. II, 1998, p. 90.

⁹⁹ VIGO, Rodolfo L., “Principios generales del derecho y principios (estado de derecho legal y estado de derecho constitucional, respectivamente)”, LL, 2011-A, 1129.

¹⁰⁰ OSSOLA, Federico A., “Tutela de la Vulnerabilidad y la Teoría General de las Obligaciones”, Revista Iberoamericana de Derecho Privado, N°10, IJ Editores, nov. 2019, cita online: IJ-DCCCLXIII-22.

bases de un sistema formal cuyo propósito fue la coherencia. De tal modo, el derecho es concebido como un sistema formal de coherencia lógica apriorística, es decir, una obra del legislador y de la dogmática que reproduce el modo de razonamiento. Toda una generación de juristas educados en el orden vive ahora en una “era del desorden”, en la que se ha producido un fenómeno de “materialización del derecho”, puesto que el sistema es cada vez más abierto y permeable a la incorporación de criterios que provienen de otras áreas, de las que el divorcio no ha sido enteramente posible, como la moral, la sociología, la economía, o la técnica, que se introducen a través de principios, valores, conceptos indeterminados¹⁰¹.

3. El actual paradigma de interpretación y aplicación judicial normativa.

Una de las consecuencias de lo expuesto anteriormente, es que los operadores jurídicos pueden distinguir entre ley, derecho y justicia. Y esta diferenciación supone que, en la práctica del derecho, los jueces deben ser conscientes de que el conjunto de materiales normativos con los que dispone para resolver conflictos no sólo cuenta de reglas, sino también de principios; que la aplicación de esas reglas debe compatibilizarse con los principios constitucionales, y que el razonamiento realizado resultará valorativo y, por tanto, no será mera y exclusivamente formal¹⁰².

Es por ello, que en el marco del EDC ya no se habla de interpretar exegéticamente la ley, sino de *argumentar* jurídicamente, por lo que la tarea del jurista es encontrar y decir la respuesta más justa a cada caso. Supone elegir de entre las respuestas disponibles en el derecho vigente para el caso en cuestión, y brindar los argumentos justificatorios de esa elección que permiten postularla como la que corresponde triunfar en la contienda.

Es que, conforme fuera sostenido¹⁰³, la argumentación jurídica busca asegurar la racionalidad en la aplicación del derecho. Entonces, los argumentos son necesarios para lograr una fundamentación racional de las sentencias y, especialmente, para referimos a las que deben resolver casos difíciles. Los argumentos son secuencias de proposiciones que se derivan unas de otras por aplicación de reglas de inferencia (deducción) o por otras reglas (inducción, analogía). Hoy en día se considera que la argumentación puede encontrar apoyos no lógicos suficientes como para que no pierda racionalidad¹⁰⁴.

Todo lo expuesto importa una mutación en la manera en que el juzgador debe arribar a la solución del caso (para muchos autores “peligrosa”), pues dependiendo de las nuevas herramientas que conforman el “derecho” (ya no solo la letra de la ley, sino también los principios generales y los valores sociales), la razonabilidad de un contexto puede ser muy diferente al de otro, difiriendo las sentencias teniendo en cuenta las distintas variables que se exponen en el trámite.

Se está frente, en consecuencia, a la interpretación creativa de la jurisprudencia. Ya que al juez, ante la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga una continua adecuación de la legislación a las prescripciones constitucionales. La sustancialización de la constitución sitúa en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo. Por lo cual, si con anterioridad el juez interpretaba-aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora el juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia

¹⁰¹ Ver LORENZETTI, Ricardo L., “La decisión judicial en casos constitucionales”, LL, 2010-F, 702.

¹⁰² Cfr. ETCHEVERRY, “La práctica del derecho...”, LL, Actualidad, Año: LXXIV, n° 241, p. 2.

¹⁰³ ALEXY, *El concepto y la validez...*, op. cit., p. 174.

¹⁰⁴ Vid. PORTELA, Mario A., “Argumentación y sentencia”, DOXA, n° 21, Vol. II, 1998, ps. 334.

vehiculadas por el caso. La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la interpretación de las palabras del derecho. Debido a este peculiar papel asumido por el juez, éste tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico¹⁰⁵.

Como lo señalaba MORELLO, “los jueces no pueden sustraerse a la influencia de las nuevas coordenadas jurídicas, diferentes a las que tradicionalmente constituían su arsenal formativo y, en no pocas decisiones, especialmente en el delicado tema de los derechos humanos, han debido renovar el derecho judicial”¹⁰⁶.

Principios como el *pro homine*, *pro consumidor*, *progresividad*, *pro debilis* o de protección al vulnerable (que nacen de los tratados internacionales ratificados por nuestra Nación y de las 100 Reglas de Brasilia), la buena fe, la prohibición de ejercer abusivamente los derechos, la nulidad por fraude a la ley, el orden público, la defensa de los derechos de incidencia colectiva, la prohibición de dañar a otro o en su caso de reparar el perjuicio ocasionado de manera integral, el deber de prevención, entre otros, resultan rectores a la hora de evaluar la aplicación de una norma o su desplazamiento, teniendo en cuenta que las antiguas pautas interpretativas que ya no son apotegmas dogmáticos a seguir¹⁰⁷. Es que, la persona humana constituye el centro de protección fundamental del sistema jurídico.

Conforme fuera sostenido¹⁰⁸, de la combinación de los principios de (i) *inviolabilidad* de la persona (prohibición de imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos); (ii) *autonomía* de la persona (por el que se asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia) y (iii) *dignidad* de la persona (trato al hombre de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tiene control), se derivan los derechos humanos fundamentales.

Son por definición todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personalidad de su sujeto o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personalidad y de los que se es titular, los reconozca o no el ordenamiento jurídico y aun cuando éste los niegue¹⁰⁹. Constituyen una serie de facultades y prerrogativas que han sido reconocidas a la persona humana sin carga ni cortapista alguna, a través de distintos instrumentos de Derecho Internacional Público, a nivel universal y regional. Es decir, que conforman la positivización de derechos que se consideran inherentes a la condición de persona humana y que afincan en el concepto jurídico de Derecho Natural¹¹⁰.

Tal como se resolviera¹¹¹, estos derechos responden a un orden que precede en el tiempo y supera en jerarquía al derecho positivo. La justicia social se inscribe entre los principales valores y objetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es la justicia en su más alta

¹⁰⁵ POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, DOXA, n° 21, Vol. II, 1998, ps. 341/342.

¹⁰⁶ MORELLO, Augusto, “Motivación adecuada de la sentencia. Matices”, ED, 24/08/2007.

¹⁰⁷ BOQUÍN, Gabriela F., “El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal”, RCCyC, 2018 (febrero), 3; de la misma autora, “Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19”, DECONOMI, Año III, n° 3, UBA, 2020, p. 40.

¹⁰⁸ Cfr. NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed. ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 46.

¹⁰⁹ MASSINI CORREA, Carlos I., *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 140.

¹¹⁰ Vid. MAINO, Carlo A.G., “El control de convencionalidad y las dificultades que ofrecen las interpretaciones de la CIDH”, Prudentia Iuris n° 81, 2016, p. 32.

¹¹¹ CNCom., Sala B, 19/10/2016, “Transportes Tomeo S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito por Chora, María E.” (del dictamen fiscal, que la Cámara hace propio).

expresión, y consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todo y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consiguen o se tienden a alcanzar las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad. Constituye un medio para establecer la paz universal, y un fin propio.

En este contexto, el juez debe arribar a una solución que se encuentre dentro de la nueva cosmovisión jurídica, en la cual la persona humana es el centro de protección, debiendo amalgamar las diferentes normas que se ubican dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional, a los fines de brindar una efectiva tutela judicial. La cual se debe reforzar e intensificar en aquellos casos en los cuales se encuentren sujetos en situaciones de vulnerabilidad¹¹².

4.- Breves nociones sobre vulnerabilidad y sujetos vulnerables.

A los fines de ingresar a una noción conceptualizadora del término vulnerabilidad, cabe destacar que, a pesar de ser aparentemente tan comprensible y conocido, esta palabra encierra una notable complejidad. Así se sostuvo que “vulnerabilidad es, en primer lugar, un concepto con múltiples significados, aplicables a ámbitos muy diversos: desde la posibilidad de un humano de ser herido hasta la posible intromisión en un sistema informático. En segundo lugar, la vulnerabilidad es una característica de lo humano que parece evidente desde una perspectiva antropológica, pero que la tradición cultural más cercana a la defensa del individualismo, la autonomía y la independencia, se ha encargado de dejar en un segundo plano o, incluso, de relegar por considerarla de rango inferior. En tercer lugar, la vulnerabilidad, en tanto que posibilidad del daño, es considerada la misma raíz de los comportamientos morales, al menos de aquellos en que el énfasis se sitúa en la protección y en el cuidado, más que en la reclamación de derechos. Y además, en cuarto lugar, la vulnerabilidad se ha ido asociando no sólo con las condiciones del individuo sino, cada vez más, con las condiciones del medio (ambientales, sociales o de otro tipo) en que su vida se desarrolla, dando lugar a la necesidad de incorporar los aspectos socioculturales en la comprensión de este concepto. De ahí que se hable, frecuentemente, de poblaciones vulnerables, para referirse a aquellos grupos de personas que, a consecuencia de las condiciones del medio en que viven, están en una situación de mayor susceptibilidad al daño”¹¹³.

El término vulnerabilidad proviene de una palabra latina que significa “herida”. Es por ello que se entiende que la persona vulnerable es aquella que puede ser herida, atacada, afectada, física o moralmente. Esta palabra reenvía a la idea de fragilidad y de debilidad, apelando a la necesidad de protección, de cuidados y de atención de todo aquel que se encuentra en ese contexto¹¹⁴. En ese mismo sentido, se ha sostenido que vulnerabilidad denota debilidad, fragilidad para sobrevivir y vivir con dignidad, tanto como para reclamar derechos propios que también se reconocen a otros por dificultades que en ocasiones presenta el sistema jurisdiccional¹¹⁵. Se trata de una condición

¹¹² CS, Tucumán, 22/12/2022, “G.T.L.S. c/ I.D.P.S.D.T. s/ Amparo”, -sent. nº 1625-.

¹¹³ FEITO, Lydia, “Vulnerabilidad”, en *Anales del sistema sanitario de Navarra*, Gobierno de Navarra, Departamento de Salud, España, 2007, ps. 07/22.

¹¹⁴ Cfr. FULCHIRON, Huges, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en BASSET, Ursula - FULCHIRON, Huges - BIDAUD-GARON, Christine - LAFFERRIERE, Jorge N. (Dirs.), *Tratado de la vulnerabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 3.

¹¹⁵ Ver GELLI, María A., “Vulnerabilidad y pobreza. Relectura en tiempos de pandemia, LL, cita online: AR/DOC/2045/2020.

inherente a la naturaleza humana, estrechamente vinculada con la exposición al riesgo del sujeto¹¹⁶. También se ha postulado que la expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se utiliza para designar a aquellos conjuntos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas¹¹⁷. Con ese mismo criterio, se ha expuesto que esta expresión es utilizada para identificar a las personas o grupo de personas que, por razones relativas a su identidad o condición y por acción u omisión del Estado, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y atención de sus necesidades¹¹⁸.

A mayor abundamiento, y en este orden de ideas, se ha postulado que con el término vulnerabilidad se designa a quienes se encuentran en un estado o circunstancia desfavorable, o que padecen desventajas, carencias, o se encuentran bajo circunstancias que afectan el goce y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. En fin, se alude a circunstancias que obstan a la satisfacción de sus necesidades específicas¹¹⁹. De allí que la vulnerabilidad sea relacionada con una situación de exclusión, discriminación y marginación que anulan el ejercicio y goce de los derechos fundamentales.

A más, en la definición del término, se ha considerado que deben admitirse diversas perspectivas, además de la jurídica, en su constitución como tales, como son: la social, la histórica, la cultural, la económica, de modo tal que tal identidad de estas personas varía en cada sociedad y en determinado momento histórico¹²⁰. Es por ello que la autora citada expone que “las personas vulnerables” son aquellas que, por sus características de desventaja por edad, sexo, estado civil, nivel educativo, origen étnico, situación o condición física y/o mental, requieren de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos fundamentales en un pie de igualdad¹²¹.

En definitiva, la vulnerabilidad se relaciona con la capacidad de un individuo para gozar de sus derechos en condiciones igualitarias con otras personas.

En ese marco, se la ha contemplado a la vulnerabilidad como una perspectiva constructiva y reparadora, empoderadora y equiparante del derecho, a los fines de colocar a los sujetos en idéntico pie de igualdad en el ámbito de los intercambios familiares y sociales. En definitiva, se erige en un instrumento de corrección de desigualdades, tanto en el ámbito de adjudicación de justicia distributiva como conmutativa¹²².

Como sus características, se ha esbozado¹²³ que se trata de un concepto: a) *potencial*, puesto que refiere a una posibilidad de herida, ligada a la eventualidad de una amenaza de afectación de la persona y de que esa afectación se produzca efectivamente; b) *objetivo*, dado que la amenaza de

¹¹⁶ Ver SOSA, Guillermina L., “La prevención y/o mitigación del daño en materia de vulnerabilidad”, LL, cita online: AR/DOC/436/2020 y de la misma autora “Hacia una teoría de la vulnerabilidad”, LL, cita online: AR/DOC/800/2019.

¹¹⁷ Cfr. MEDINA, Graciela, “Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las “categorías sospechosas”: una visión jurisprudencial”, en BASSET - FULCHIRON - BIDAUD-GARON – LAFFERRIERE (Dir.), *Tratado de la vulnerabilidad*, p. 78.

¹¹⁸ Cfr. DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba, “Derechos humanos, familia y vulnerabilidad”, en BASSET - FULCHIRON - BIDAUD-GARON – LAFFERRIERE (Dir.), *Tratado de la vulnerabilidad*, p. 109.

¹¹⁹ Comp. VALENTE, Luis A., “El nuevo derecho civil y ética de los vulnerables”, LL, cita online: AR/DOC/3695/2015.

¹²⁰ Vid. DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba, “Derechos humanos, familia y vulnerabilidad”, en BASSET - FULCHIRON - BIDAUD-GARON – LAFFERRIERE (Dir.), *Tratado de la vulnerabilidad*, p. 109.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Cfr. BASSET, Úrsula C., “Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio)”, LL, cita online: AR/DOC/3111/2022.

¹²³ Expuestas por FULCHIRON, Hugues, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en BASSET - FULCHIRON - BIDAUD-GARON – LAFFERRIERE (Dir.), *Tratado de la vulnerabilidad*, p. 4.

afectación a una persona puede determinarse objetivamente, porque el concepto de vulnerabilidad está ligado a la noción de seguridad; c) *subjetivo*, a la hora de evaluar las causas de vulnerabilidad de una persona determinada (edad, causas naturales, estado de subordinación o situación ligadas al derecho mismo); d) *relacional*, es decir, que un individuo es susceptible de ser víctima de una afectación porque otro (este puede ser un particular o un agente que interviene en nombre de la sociedad) lo amenaza; e) *descriptivo de un estado y prescriptivo de un estatuto*: la situación calificada como de vulnerabilidad llama a una protección que se construirá poco a poco en estatuto, parcial (notablemente cuando las situaciones sean diversas: enfermedades o discapacidades) o completo y coherente (cuando la situación esté claramente identificada: género, niñez, mujer embarazada); f) *marginal*, en el sentido de que es un concepto que habita a la vez en el derecho y más allá del derecho, al tener otras dimensiones que la puramente jurídica; g) *integral*, porque la existencia de vulnerabilidad, por cualquiera de las causas que le dan origen, implica la afectación no de uno sino de varios de los aspectos de la vida de las personas que la sufren; y *progresivo*, dado que se acumula y aumenta en intensidad, lo que provoca consecuencias cada vez más graves en la vida de quienes sufren de alguna causa de vulnerabilidad y sus consecuencias, lo que propicia el surgimiento de nuevos problemas y a un aumento de la gravedad de la vulnerabilidad, por lo que esta condición se vuelve cíclica¹²⁴.

Por su parte, ha sido sostenido que existen dos tipos de vulnerabilidades que pueden padecer las personas: a) la *intrínseca*, propia de las condiciones personales o del grupo de personas de que se trate, tales como la enfermedad; la falta de capacitación o educación; b) la *extrínseca*: que deriva de los contextos sociales, económicos o culturales en los que viven las personas específicas. Por cierto, esas fragilidades pueden interrelacionarse y unas ser causa de las otras, aunque en principio puedan distinguirse, pues las patologías pueden ser congénitas o deberse a la vulnerabilidad estructural que sufren las personas enfermas si, por caso, viven sin acceso a redes cloacales o a la vera de fuentes de aguas contaminadas que originan enfermedades. Se suele citar los casos de niños y mujeres en los países en guerras o invadidos por tropas extranjeras o, en los desplazamientos provocados por las contiendas armadas o religiosas en que esos grupos suelen exhibir mayores debilidades físicas que los varones adultos. Además, por los abusos que estos últimos pueden ejercer sobre aquellos¹²⁵.

En esa línea, se ha postulado que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretan que son peculiarmente frágiles los desplazados, los migrantes¹²⁶, las mujeres, los niños, los mayores, las personas con discapacidad, las personas ilegalmente detenidas, los pueblos indígenas y las víctimas de desaparición forzada¹²⁷. Es que los instrumentos normativos del mecanismo regional y los pronunciamientos de su órgano jurisdiccional componen un excepcional faro para la investigación del tópico, siendo imprescindible que los actores del mundo jurídico acudan a ellos para delinear un criterio acerca del grado de vulnerabilidad que amerita una tutela tonificada.

¹²⁴ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar", *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 2005, vol. 38, nº 113, ps. 845-867.

¹²⁵ Ver GELLI, María A., "Vulnerabilidad y pobreza. Relectura en tiempos de pandemia, LL, cita online: AR/DOC/2045/2020.

¹²⁶ OLEA RODRÍGUEZ, Helena M., "Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en *Economía*, Madrid, Nº 9, octubre 2015 - mayo 2016, p. 249.

¹²⁷ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin, "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología", en BURGORGUE-LARSEN, Laurence, MAUÉS, Antonio y SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz E. (Coords.), *Derechos humanos y políticas públicas*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2014, ps. 193-231.

En tal sentido, pueden advertirse sendos fallos de la Corte Interamericana resaltando como causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad (menores¹²⁸, adultos mayores¹²⁹), la discapacidad¹³⁰, la enfermedad¹³¹, la pertenencia a comunidades indígenas¹³² o a minorías¹³³, la pobreza¹³⁴ e indigencia¹³⁵, la migración¹³⁶ y el desplazamiento interno forzado¹³⁷, el género¹³⁸ y la privación ilegal de libertad¹³⁹, o en caso de desaparición forzada de persona¹⁴⁰; la discriminación estructural¹⁴¹.

Este Tribunal interpretó, en el desarrollo de sus sentencias, que dichas condiciones responden a variados motivos, destacándose entre ellos las afecciones, las características emocionales y psíquicas, el conflicto armado interno, la débil presencia de instituciones estatales, el desarraigo, el desequilibrio de poder, las desigualdades, la exclusión, la falta de estudios, información, reconocimiento de personalidad jurídica y recursos adecuados y efectivos, las limitaciones físicas y de movilidad, los pocos medios económicos, los prejuicios culturales, la prevalencia de cierta visión de la propiedad, la proveniencia rural y los tratos peyorativos.

En este orden de pensamiento y sobre el particular, se ha postulado que, para identificar a sujetos vulnerables, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido un *test de vulnerabilidad*, sobre la base de tres elementos fundamentales, a saber¹⁴²: a) las causas subyacentes. Son las condiciones de acceso a los derechos y los elementos estructurales del sistema, las cuales pueden ser: (i) de “derecho” y (ii) de “hecho” (tales como el género, la edad, la condición social o el origen étnico); b) las circunstancias de exposición a amenazas de violación de derechos convencionales. En este marco, se distingue entre los supuestos de omisión (v. gr. ausencia institucional en políticas públicas y económicas) y los de acción (v. gr. influencia de la mundialización que trae disparidad económica y social, ocasionando la marginación de algunos países de la economía mundial, lo que trae aparejado pobreza y migración. Y desde el orden interno, los grandes proyectos de desarrollo amenazan con los pueblos originarios o los conflictos armados incrementan la vulnerabilidad de niños y mujeres); y c) las características y análisis del sujeto vulnerable. Es considerado por el Juez Interamericano como aquel cuya fragilidad (física, de género, étnica, social, cultural) es superior a cualquier otra persona.

De ese modo, se extrae que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que solo calificará como sujeto vulnerable aquél que presente un alto grado combinado de afectación por las

¹²⁸ Corte IDH, 31/08/2012, “Furlan y Familiares vs. Argentina”, LL, RCyS, 2013-II-276.

¹²⁹ Corte IDH, 08/03/2018, “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, LL, cita online: AR/JUR/26607/2018.

¹³⁰ Corte IDH, 14/07/2006, “Ximenes López vs. Brasil”, LL, cita online: AR/JUR/11786/2006.

¹³¹ Corte IDH, 23/08/2018, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, LL, online: IC/JUR/2/2018; Corte IDH, 01/09/2015, “González Llu y otros vs. Ecuador”.

¹³² Corte IDH, 06/02/2020, “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, LL, cita online: IC/JUR/1/2020; íd., 24/08/2010, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”; íd., “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, LL, cita online: AR/JUR/11099/2006; íd., 17/06/2005, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”.

¹³³ Corte IDH, 08/09/2005, “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, LL, cita online: AR/JUR/13227/2005.

¹³⁴ Corte IDH, 22/11/2019, “Hernández vs. Argentina”, LL, cita online: IC/JUR/8/2019.

¹³⁵ Corte IDH, 20/10/2016, “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, DPyC, 2017 (mayo), 117.

¹³⁶ Corte IDH, 23/11/2010, “Vélez Loor vs. Panamá”, LL, cita online: AR/JUR/103942/2015.

¹³⁷ Corte IDH, “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, LL, cita online: 70019911.

¹³⁸ Corte IDH, 16/11/2009, “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, LL, cita online: AR/JUR/77909/2009.

¹³⁹ Corte IDH, 17/09/1997, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, LL, cita online: AR/JUR/3800/1997.

¹⁴⁰ Corte IDH, 27/11/2008, “Ticona Estrada y otros vs. Bolivia”.

¹⁴¹ Corte IDH, 20/10/2016, “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, DPyC, 2017 (mayo), 117.

¹⁴² Expuestas por DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba, “Derechos humanos, familia y vulnerabilidad”, en BASSET - FULCHIRON - BIDAUD-GARON – LAFFERRIERE (Dir.), *Tratado de la vulnerabilidad*, ps. 112/114.

causas de vulnerabilidad, sensibilidad a la amenaza de violación de sus derechos y de exposición a la amenaza en sí misma. Entonces puede considerarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló una noción propia de vulnerabilidad, centrando la atención en la debilidad que comparten todos los individuos, pero hace foco en las circunstancias que atraviesan, dado que interpreta que recién allí adquiere su real dimensión y trascendencia. Igualmente, comienza valiéndose de la endeblez que es común a las personas para detenerse en el punto en que esa fragilidad resulta más gravosa por la confluencia interseccional de causas que autónomamente llevan a una posición perniciosa. Por último, refiere a supuestos en los que es dispar el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado y no existe una protección que subsane semejante inequidad.

Sobre esa plataforma, solo cabe colegir que la idea de vulnerabilidad con la que razona el órgano jurisdiccional interamericano aprecia tanto al sujeto como al contexto que lo rodea, enciende sus resortes cuando alcanza un nivel superior al promedio y pretende ofrecer contención a situaciones discriminatorias desprovistas de tutela suficiente.

Desde otro costado convencional, para terminar, las Reglas de Brasilia brindan una clara perspectiva de cómo identificar la pertenencia a un grupo vulnerable, al afirmar que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”¹⁴³. La finalidad de estas Reglas es la de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan el pleno reconocimiento y goce de los Derechos Humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales.

En esa línea, recientemente, el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán (2022), en la parte preliminar de principios, pregona que “Toda persona tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones en igualdad de condiciones, sin discriminación en razón de la raza, edad, género, religión, idioma, condición social o cualquier otra situación. Toda persona tiene derecho a una tutela jurisdiccional efectiva según el debido y justo proceso siempre que invoque un interés jurídico protegido y legitimación. Se debe priorizar el respeto a niñas, niños y adolescentes, ancianos, personas con capacidad restringida o enfermedad grave y toda persona o grupos en situación de vulnerabilidad, posibilitando su participación en el proceso judicial de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición”.

5.- Los casos “difíciles” y el activismo judicial en materia concursal.

Como es sabido, la simple lectura del art. 274 de la Ley 24.522, al ocuparse medular y específicamente de las facultades del juez concursal, es demostrativa de que se está frente a un enjuiciador con fuertes poderes de impulso procesal y de investigación de la causa, es decir, ante un judicante que resulta calificado de “activista”¹⁴⁴.

¹⁴³ Texto disponible en <https://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf>.

¹⁴⁴ Cfr. BARACAT, Edgar J., “El juez concursal en el inicio del nuevo milenio”, LL, 06/11/2017, 1.

Y a este rol activo, como fuera expuesto en el acápite precedente, el Código Civil y Comercial de la Nación lo ha acentuado, por el proceso de constitucionalización del derecho privado, hoy comprensivo de los Tratados de Derechos Humanos (arts. 1° y 2°, CCyCN), que llama al juzgador no sólo a subsumir los hechos en las reglas, sino a ponderar principios y valores; y por el método de interpretación, más centrado por los fines protectorios de la ley que por la intención del legislador.

En ese sentido, se sostuvo que los artículos citados formulan dos referencias concretas: sostienen que los casos civiles y comerciales *deben* ser resueltos conforme con aquellos tratados de derechos humanos en que la república sea parte y afirman que la ley civil y comercial debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de tales convenciones¹⁴⁵.

En ese marco, el Juez está en presencia de dos fuentes, con valores contrastantes, debe buscar coordinar las mismas en un *diálogo de fuentes*; lo que se traduce en una aplicación simultánea, coherente y coordinada de múltiples bases legislativas, leyes especiales y generales, de origen nacional e internacional. Y ese diálogo, será tanto horizontal, entre el Código Civil y Comercial de la Nación y las leyes especiales, como vertical, entre estas normas y aquellas de fuente constitucional y convencional; y deberá estar iluminado por valores y Derechos Humanos fundamentales, colocando a la protección de la dignidad de la persona humana en el centro del sistema jurídico¹⁴⁶.

Es que los principios constitucionales y convencionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso, pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría una solución injusta¹⁴⁷. Y ese mandato es de *optimización* de la norma, a los fines de procurar obtener la solución más justa al caso concreto¹⁴⁸.

Todo ello por cuanto, como ha sido precisado¹⁴⁹, la justicia no es la contenida en las normas, sino que constituye su pauta axiológica, en el entendimiento que la justicia es un valor superior y anterior a la ley. Como enseña MORELLO¹⁵⁰, los jueces no son fugitivos de la realidad, están inmersos en su tiempo, en las ideas que cuentan en ese lapso de la convivencia. Además, están instalados en valores y creencias que forman parte de la comunidad en la que viven.

En esa inteligencia, se ha postulado que la interpretación que realizará el juez concursal implica una operación intelectual compleja, que incluye diversos factores que deben concurrir de modo simultáneo para alcanzar un resultado final. Ellos son: la norma legal, constitucional, convencional y los principios y valores que las rigen, atendiendo siempre las particulares circunstancias que conforman el caso y que justifican determinado encuadre jurídico, prescindiendo de otras posibilidades¹⁵¹.

Desde esta perspectiva, se sostuvo que los jueces no pueden sustraerse a la influencia de las nuevas coordenadas jurídicas, diferentes a las que tradicionalmente constituían su arsenal formativo y, en no pocas decisiones, especialmente en el delicado tema de los derechos humanos, han renovado el derecho judicial¹⁵². Máxime, cuando existen personas en situación de

¹⁴⁵ ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 57.

¹⁴⁶ Ver KRIEGER, Walter F. - BAROCELLI, Sergio S., *Derecho del Consumidor*, El Derecho, Buenos Aires, 2016, ps. 14/17.

¹⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2016, p. 10.

¹⁴⁸ Cfr. ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, México, 1998, p. 30.

¹⁴⁹ Ver VIGO, Rodolfo L., "La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)", UBA, Buenos Aires, 2004.

¹⁵⁰ Cfr. MORELLO, Augusto, "Motivación adecuada de la sentencia. Matices", ED, 24/08/2007.

¹⁵¹ FERRARESI, Laura, "El rol del juez civil a la luz de la constitucionalización del derecho privado", LL, cita online: AR/DOC/4197/2019.

¹⁵² JUNYENT BAS, Francisco A., "Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales", LL, 2007-E, 552.

vulnerabilidad. Ya que, con el desarrollo del constitucionalismo social, la igualdad ideal sostenida por el constitucionalismo clásico fue perdiendo terreno, para pasar a considerar a las minorías y las necesidades reales de los sectores a los que una igualdad formal no les resultaba suficiente, en tanto no lograban hacer efectivos los derechos pretendidos por los sujetos vulnerables. Comienza el desarrollo de la igualdad por equiparación, involucrando la adopción de medidas de acción positiva a fin de sostener un piso de posibilidades reales, exigiendo poner la mirada en las especiales circunstancias de los sujetos como destinatarios del sistema para concretar no sólo el reconocimiento de los derechos, sino también su efectividad¹⁵³.

Entonces, en un caso complejo, una regla es incompleta si se le aplica liminarmente, es decir, sin ponderación previa con los principios, valores y Derechos Humanos, que conforman el ordenamiento¹⁵⁴.

En el marco de este acápite, si bien es imposible agotar, ni mucho menos tratar, todas las consecuencias que la concurrencia normativa, de principios y valores implica en el sistema concursal, haré alusión, seguidamente, a ciertos casos en donde la aplicación liminar de las normas concursales confrontaban con los derechos de acreedores especialmente vulnerables¹⁵⁵ y cómo fueron resueltos por el Juez. Situaciones jurídicas éstas que, en el anterior Estado de Derecho Legal, hubieran sido consideradas como “casos fáciles”, puesto que la aplicación literal de la ley habría sido lo correcto o esperado.

En el actual Estado de Derecho Constitucional, por sobre la letra expresa del articulado de la ley 24.522 y los principios y valores comprometidos en el propio sistema concursal, se encuentra la protección de la persona humana, quien es sujeto de preferente tutela, según su estado de vulnerabilidad. Y los Tratados suscriptos por nuestro país, en ese sentido, harán que la interpretación del juzgador sea diferente en cada caso, considerando la posible colisión y desplazamiento de normas y derechos, teniendo en cuenta la integración de todo el ordenamiento jurídico¹⁵⁶.

Son ahora los jueces quienes hacen la valoración del interés de la accionante, en el caso concreto. Así como la ley lo realiza en abstracto y de una manera general. Y el silencio legal frente a casos semejantes es suplido por una decisión de equidad, que apunta a una corrección de la ley en el proceso de concretización o particularización¹⁵⁷.

En este orden de ideas, el Máximo Tribunal Nacional ha resuelto que los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión¹⁵⁸.

¹⁵³ Comp. MOSMANN, Victoria, “Incidencias del Código Civil y Comercial en la reforma procesal civil. La igualdad ante la ley y los sujetos vulnerables”, RCCyC, 2016 (octubre), 50.

¹⁵⁴ Vid. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 134.

¹⁵⁵ Ver SOSA, Guillermo L., “Incidencias en la aplicación del derecho de las personas vulnerables”, LL, 2017-C, 653.

¹⁵⁶ Comp. BOQUÍN, “El artículo 2 del Código Civil y Comercial...”, RCCyC, 2018 (febrero), 3.

¹⁵⁷ Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Otra muestra del “derecho privado constitucional”: la constitución avanza sobre los privilegios concursales”, LL, 2004-E, 739.

¹⁵⁸ CSJN, *fallos*: 302:1611; 304:1919; 315:992; 323:3139; 326:3593; 328:4818 y 331:1262.

5.1. *Salvaguarda de adultos mayores.*

La protección de las personas mayores de edad es una obligación estadual que proviene tanto de nuestra Constitución Nacional como de Tratados Internacionales (especialmente, puede citarse a la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores), a través de la cual se debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizarles el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días.

De ese modo, estas personas son consideradas como sujetos especialmente vulnerables¹⁵⁹, a los cuales el Estado de propiciarles una particular tutela. Y esta especial salvaguarda pudo advertirse en el marco del concurso preventivo de la firma “Microómnibus General San Martín S.A.C.”¹⁶⁰, ante la incorporación a su pasivo del crédito de la Sra. Feliciano González, de 78 años de edad, con causa en la indemnización por daños y perjuicios producto de un accidente de tránsito, provocado por un vehículo de la empresa concursada. La actora, víctima de un accidente de tránsito, litigó seis años para lograr sentencia de primera instancia, y luego tres años para llegar a la sentencia de la Alzada. En el ínterin, la empresa responsable del accidente se presentó en concurso preventivo, donde obtuvo homologación de un acuerdo que contemplaba una quita del 40% de los créditos quirografarios, pagadero, ese 60% restante, en 18 cuotas anuales.

En ese marco, de la aplicación lisa y llana de lo normado por el art. 56 de la LCQ, le sería oponible a la víctima, con minusvalía física, el acuerdo preventivo homologado. Entonces, se condenaba a la Sra. González a recibir su crédito al cabo de 18 años, cuando contara con 96 años de edad, transformándola -de aplicarse a ultranza el principio de igualdad de los acreedores- en un beneficio para sus herederos y no para ello, tornando ilusorio cualquier tratamiento que pudiera efectivizarse sobre su minusvalía física, con grave afectación a su derecho a la salud. En suma, en este caso, el art. 56 LCQ conllevaría a una “injusticia extrema” para la Sra. González por conculcar principios de raigambre constitucional y convencional (“vida”; “salud” e “integridad física”), por lo que la Alzada Civil y Comercial de San Isidro, dejó de lado su aplicación y ordenó prontopagar el crédito en cuestión.

Los Jueces de la Cámara partieron de la base que el principio de igualdad frente a los acreedores no es aplicable cuando está comprometido el derecho a la vida de un acreedor, mientras que a los demás sólo les menoscaba el derecho de propiedad. Los Vocales afirmaron que nuestro derecho no es un sistema cerrado de reglas, pertenece al orden de la praxis y debe estar orientado al establecimiento del bien común. Y precisamente para conocer el contenido de este concepto es que el juez debe recurrir en el caso concreto a su verificación según el mismo ha sido plasmado por las normas constitucionales. Sostuvieron que el Juez no cumple el papel de una boca, a través de la cual habla la ley, el juicio implica una decisión y no una conclusión impersonal y necesaria hecha a partir de premisas indiscutidas, puesto que supone la intervención de una voluntad personal. Y para resolver la aplicación de los principios constitucionales que consagran el derecho a la vida y a la salud (arts. 14 y 75 inc., 22, CN), no puede sino juzgar la cuestión a través del prisma de la equidad. En efecto, según la clásica definición, la equidad es aquella parte de la justicia legal que nos induce a la no aplicación de aquellas normas que implican consagrar una injusticia grave y evidente. Concluyeron que cuando por razones económicas se limita un derecho humano básico hasta hacerlo inexistente o se contraría la esencia de ese derecho, el juez está obligado a declarar la

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela, “El anciano: consumidor consumido”, en ARIAS, María P - URRUTIA, Liliana A. (Coord.), *Protección jurídica de los subconsumidores*, Juris, Buenos Aires, 2017, ps. 145 y ss.

¹⁶⁰ CCiv. y Com., 18/05/2004, “González, Feliciano c/ Microómnibus General San Martín S.A.C.”, LLBA, 2004-818.

inconstitucionalidad del acto lesivo. De ese modo, resolvieron que si bien el acuerdo al que llegó el concursado con sus acreedores es ley para las partes, esta ley es inconstitucional para la víctima del accidente de tránsito que obtuvo sentencia favorable en un proceso por daños y perjuicios -en el caso, verificó su crédito tardíamente, cuando el concordato ya estaba homologado-, ya que atenta contra su derecho a la vida teniendo en cuenta su avanzada edad y que el acuerdo se terminará de cumplir en dieciocho años, lo que implicaría que su crédito se transformaría en un crédito para sus herederos de aplicarse a ultranza el principio de igualdad de los acreedores.

Sobre la base de similares argumentos protectorios de la dignidad de la persona humana, el fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires¹⁶¹.

En idéntico sentido y con este alcance, el citado Superior Tribunal, amparó los derechos de una adulta mayor (85 años) a los fines de evitar la espera en el pago de su crédito por el concursado¹⁶².

Por su parte, la Alzada Nacional en lo Comercial¹⁶³ también reconoció el beneficio de pronto pago en los términos del art. 16 de la LCQ a una acreedora debido a su edad (más de 80 años), cuyo crédito derivaba de un accidente de tránsito causado por quien se hallaba asegurado por la fallida y que no contaba con recursos económicos. La Alzada afirmó que “todo eso la coloca en un estado de vulnerabilidad que el tribunal no puede soslayar, máxime si se atiende a que, por la magnitud del proceso de liquidación, la expectativa de cobro en los términos usuales habría de insumir un tiempo que hoy no puede siquiera ser estimado”.

En similares términos, se evidencia un caso en la justicia rosarina¹⁶⁴, con relación a la inoponibilidad de la espera prevista en el acuerdo homologado, respecto de un acreedor, adulto mayor de edad, con una incapacidad total e irreversible que le impedía realizar los actos de vida más elementales por una mala praxis médica.

5.2. Resguardo prioritario de créditos laborales.

Los créditos de los trabajadores, debido a su carácter alimentario, han merecido una gran protección, tanto en una ejecución individual como en la concursal. La cual, a través de los tiempos ha ido en aumento. Son sujetos de “preferente tutela”¹⁶⁵. En el ámbito concursal, goza de una amplia protección, tanto desde el punto de vista *temporal*, a través del instituto del pronto pago, como *cualitativo*, contando con un doble privilegio: especial y general¹⁶⁶.

Ahora bien, en muchos casos, esos créditos pueden quedar totalmente insatisfechos en la quiebra de su empleador, puesto que pueden existir otros créditos con mayores preferencias que consuman los fondos falenciales. Ante esta situación, y partiendo de la base que los titulares de

¹⁶¹ CS, Buenos Aires, 05/04/2006, “González, Feliciano c/ Microómnibus General San Martín S.A.C.”, LLBA, 2006-904.

¹⁶² CS, Buenos Aires, 17/06/2009, “Racing Club s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación p.p. Persini, Ada S.” (causa: 98.731).

¹⁶³ CNCom., Sala C, 10/05/2018, “La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales s/ Quiebra s/ Incidente de verificación por Tules, Yolanda E.”, LL, cita online: AR/JUR/22249/2918.

¹⁶⁴ CCiv. y Com., Sala VIII, Rosario, 18/08/2016, “Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano Garibaldi s/ Concurso s/ Incidente de verificación tardía p.p. González Marcelo Eduardo”, LLLitoral, 2017 (diciembre), p. 6.

¹⁶⁵ CS, Tucumán, 30/11/2017, “Pereyra Víctor Alfredo c/ Farías Franco Emmanuel s/ Cobro de pesos”, -Sentencia nº 1859-; íd., 19/02/2002, “Complejo Agroindustrial San Juan S.A. s/ Concurso preventivo s/ Incidente promovido por Carlos Víctor Majolli s/ Pronto pago laboral”, -Sentencia nº 48-; CCiv. y Com., Sala I, Tucumán, 27/08/2018, “Embotelladora Torasso S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de pronto pago por Trujillo, Ricardo O.”, -Sentencia nº 344-; íd., 27/05/1998, “Norcivil S.A.”, LL, 1999-F, 739; CCiv. y Com., Sala III, Rosario, 01/04/2001, “Cooperativa Gremial Coop. De Seguros Ltda.”, LLLitoral, 2002-271; CNCom., Sala B, 19/10/2016, “Transportes Tomeo S.A. s/ Quiebra s/ Inc. de verificación de crédito por Chora, María E.”.

¹⁶⁶ Ver DI LELLA, Nicolás J., *Concurso Preventivo*, Bibliotex, Tucumán-Córdoba, 2015, ps. 407/430.

créditos laborales son personas vulnerables, merecedores de especial tutela, hay instrumentos internacionales que velan por una efectiva protección, máxime en caso de insolvencia de su empleador, para evitar su desamparo.

Tal cuestión ha sido materia de análisis en la causa “Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A.”¹⁶⁷, cuando un crédito laboral, originado en un accidente de trabajo, es verificado en esa quiebra. En ese proceso, en la oportunidad de pagar el dividendo concursal (art. 218 LCQ), según el orden de prelación de los privilegios concursales (art. 239 y ccs., LCQ), el 95% del activo falencial disponible en razón de la subasta de un inmueble de la fallida, se destinaba a satisfacer el crédito de la AFIP, y el 4,4 % restante sería adjudicado, al trabajador.

Sobre el particular, revocando los fallos de las anteriores instancias, nuestro Máximo Tribunal Nacional, dispuso que “La sentencia que reconoció a un crédito laboral verificado, derivado de un accidente de trabajo, el privilegio general y no el especial invocado por el trabajador debe ser dejada sin efecto, pues el Convenio N° 173 de la OIT, ratificado por la ley 24.285, establece que esas acreencias deben quedar protegidas por un privilegio de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que a los acreedores no privilegiados y contar con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, directivas que no son programáticas sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación, les confiera operatividad”. Sostuvo que los convenios de la OIT, en tanto hubieran obtenido la ratificación legislativa, se inscriben en la categoría de los tratados a los que el art. 75, inc. 22, CN, confieren un rango superior al de las leyes.

Este Convenio, en su art. 5º, dispone que “*En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda*”. Y, por su parte, el art. 6º establece que “*El privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes: a) a los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; b) a las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior; c) a las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo, y d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo*”.

En cuanto al rango del privilegio, el instrumento internacional preceptúa que “La legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social” (art. 8.1).

En ese marco, la Corte hizo hincapié en que estas directivas no son meramente programáticas, sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local, sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad, pues consideró que la ratificación del Congreso de la Nación al Convenio n° 173 de la OIT, por medio de la ley 24.285, determinó, tanto su incorporación al sistema jurídico argentino, con un rango superior al de las leyes, conforme lo dispuesto por el citado art. 75, inc. 22,

¹⁶⁷ CSJN, 26/03/2014, “Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A.”, LL, 2014-C, 191.

CN, como el desplazamiento de las pautas legales vigentes hasta ese momento que se opusiesen o no se ajustasen a ellas.

Asimismo, el Alto Tribunal, igualmente, tuvo en especial consideración la Recomendación Nro. 180 de dicha Organización internacional, referida también a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, adoptada en Ginebra el 23/6/1992, ya que entre los créditos que deberían ser protegidos por un privilegio, además de los que indica el Convenio Nro. 173, incluye en forma expresa las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador.

El Tribunal ponderó, además, que el Convenio Nro. 17 de la OIT del año 1925, ratificado por nuestro país por medio de la ley 13.560, en su art 11 establece que “Las legislaciones nacionales establecerán las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas para garantizar, en toda circunstancia, el pago de la indemnización a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes, y para garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador”.

En definitiva, el Máximo Tribunal concluyó que las normas internacionales citadas han desplazado, en el caso, a las reglas de los arts. 239, párr. 1º, 247 y 249 de la ley concursal, debiendo dar suma protección al trabajador, titular de un crédito de base alimentaria, cuya percepción es destinada a su supervivencia y la de su familia.

Este sostén argumentativo refuerza toda decisión protectoria de los créditos laborales en el marco de un proceso de crisis. Así, el Superior Tribunal de Tucumán, recientemente, a los fines de conferir privilegio a la defectuosa insinuación de un crédito laboral, ha resuelto que “Una solución contraria -como la brindada en la sentencia recurrida-, además de lo considerado, no resultaría acorde con el compromiso internacional argentino de brindar tutela especial y preferente al crédito laboral, conforme lo dispuesto por el Convenio n° 173 de la OIT, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador (ratificado por la ley 24.285), que establece el deber de brindar la mayor protección posible en la satisfacción de los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo. Y cuya operatividad ha sido consagrada por nuestro más Alto Tribunal Nacional (CSJN, 26/03/2014, Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/ Quiebra, LL, 2014-C, 191)”¹⁶⁸.

5.3. Protección de personas enfermas.

Otro antecedente relevante surge en el marco del concurso preventivo de Correo Argentino S.A.¹⁶⁹, donde un abogado -actuando por derecho propio- petitionó el pronto pago de su acreencia (honorarios profesionales) fundando su pretensión en la circunstancia que debía someterse a una intervención quirúrgica en forma urgente, atento la enfermedad que lo aquejaba.

Como resultado de su reclamo, el Juez admite el crédito del insinuante con carácter de privilegio general (art. 241, inciso 1º, LCQ) y autorizó el pronto pago, atento las características del caso, donde está en juego la vida misma del justiciable.

Puntualmente, se sostuvo que “Si bien el suscripto tiene dicho en numerosos precedentes que es improcedente la concesión del pronto pago a favor del letrado del trabajador por el crédito verificado por honorarios regulados en sede laboral, en base a abundante jurisprudencia del

¹⁶⁸ CS, Tucumán, 08/05/2023, “Eciri SRL s/ Conc. Prev. s/ Inc. de verificación p.p. Coronel, Omar O.”, -Sentencia n° 452-.

¹⁶⁹ CNCom., Sala B, 02/05/2003, “Correo Argentino SA s/ Conc. Prev. s/ Inc. de verificación y pronto pago por Segura Carlos”.

Superior, lo cierto es que en el caso concurren circunstancias excepcionales que ameritan apartarse de tal regla, en tanto se encuentra en juego la vida del incidentista quien debe realizarse una intervención quirúrgica de vital importancia para su subsistencia, conforme fuera ratificado por el especialista del Cuerpo Médico Forense en su informe de fs. 139/140. En base a ello, y contemplando la excepcional situación, admitiré en este caso puntual el pronto pago solicitado por el crédito aquí reconocido”.

5.4. Amparo de los menores y/o discapacitados.

En relación a los niños el abordaje de la problemática no puede hacerse sino a la luz de las normas protectoras supralegales, es decir, el reconocimiento debe hacerse en clave constitucional y convencional.

Así, nuestra Carta Magna reconoce que determinados sujetos, entre los que se encuentran los menores de edad, resultan merecedores de una tutela particular. Al respecto, el art. 75, inciso 23, de la CN, establece la obligación del Estado Argentino de legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad. Todo ello, respaldado por disposiciones concretas contenidas en sendos instrumentos internacionales, especialmente, la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Entonces, es indudable la obligación del Estado de proporcionar al niño una protección especial, la que ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesen en el bienestar del niño. Por ello, cuando una norma vigente conculca derechos de un niño, los jueces deben velar por la protección de este sujeto vulnerable.

En ese marco argumentativo, puede observarse la protección del menor vulnerable frente al concursamiento de su deudor, en el marco de los resuelto en la causa “Obra Social Bancaria Argentina s/ Concurso preventivo s/ Incidente de verificación de pronto pago”¹⁷⁰, en donde, ponderando principios y valores y disposiciones contenidas en Convenciones Internacionales, dejaron de lado la aplicación liminar de las normas sobre privilegios concursales, para salvaguardar los derechos del niño.

Así, los vocales de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sostuvieron que “el crédito insinuado por un menor discapacitado -indemnización por mala praxis médica- debe gozar de un pago preferente, sin que ello implique violar el numerus clausus de privilegios del régimen concursal, pues el propio legislador otorgó a los derechos de aquel una protección prioritaria al introducir a nuestro derecho positivo la Convención de los Derechos del Niño, otorgando de esa forma operatividad al principio interpretativo del interés superior de los menores”.

Para acceder al pronto pago del crédito que corresponde al menor, los Sres. Jueces de Cámara sostuvieron que no existe una contradicción legal ni un vacío normativo que, para reconocer el

¹⁷⁰ CNCom., Sala D, 01/10/2013, DJP, 2014 (diciembre), 19 y en LL, cita online: AR/JUR/84364/2013.

derecho prioritario del menor discapacitado a percibir su crédito en forma apropiada a los tiempos que su esencial situación requiere, imponga declarar la inconstitucionalidad del régimen de privilegios del ordenamiento concursal. A tales fines, dijeron que basta con aplicar la ley vigente 24.522, integrándola de acuerdo al orden jerárquico establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional que, bajo el prisma del art. 75, inciso 22, dota a la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23.849, de fuerza normativa de innegable proyección en este caso.

En ese marco, afirmaron que si el crédito del menor discapacitado fuera sometido al trato igualitario de cualquier acreedor quirografario, el sacrificio de aquél no resultaría igual al de éstos, sino que lo excedería notablemente. Y, lo que es peor, sin fundamento legal alguno, ya que la Convención citada, de rango constitucional, otorga a los menores un derecho prioritario, que este Poder Judicial debe hacer valer. Por lo tanto, concluyó la Alzada que decidir de este modo no se viola el *numerus clausus* de privilegios del régimen concursal (art. 239 LCQ), puesto que el propio legislador otorgó a los derechos de los menores una protección prioritaria, lo que implica que sus créditos gozan de un pago preferente (art. 16 LCQ), en atención a las particulares características que ostentan y el interés superior del niño.

Por su parte, puede citarse, además, el reconocimiento del instituto del pronto pago al crédito por educación especial de un niño con síndrome de Down, mediante la aplicación armónica e integral de la legislación interna con tratados internacionales de derechos humanos, a los fines de proteger el interés superior del menor¹⁷¹.

En similares términos, se evidencia un caso en la justicia rosarina¹⁷², en donde se le reconoció privilegio al crédito de un menor -indemnización derivada de una mala praxis sufrida al tiempo del nacimiento y que le ocasionara al niño una lesión corneal en su ojo izquierdo- y ordenó a la concursada el pago preferente e integral de la acreencia insinuada, en un plazo de 60 días de notificada la resolución.

En este orden de ideas y con relación a la insinuación y pago del crédito de una persona hipervulnerable -crédito con causa en la indemnización de daños y perjuicios por abuso sexual de una menor en las instalaciones de un colegio privado- en el marco de un concurso preventivo, el Juzgado de primera instancia rechazó el pedido de los padres de una menor de edad (basado en: a) la inconstitucionalidad del régimen de privilegios; b) la verificación del crédito de su hija, de \$9.784.352,50 como privilegiado y c) la inoponibilidad del acuerdo preventivo alcanzado para privilegiados). La Alzada¹⁷³, el 15/12/2021, revocó el pronunciamiento y ordenó: pago de la totalidad del crédito verificado sin quita (que el acuerdo homologada en sí no contempla); pago sin espera (que el acuerdo contempla en el plazo de 5 años); pago de los intereses devengados con posterioridad a la presentación del concurso preventivo y con la tasa ordenada en sede civil (deja de lado la tasa fiscal fijada en el acuerdo); y se da la opción de cobro que podrá efectivizarse en moneda de curso legal o en moneda extranjera.

Preliminarmente, se sostuvo que resulta imprescindible destacar que el abordaje de cualquier conflicto jurídico no puede prescindir del análisis y eventual incidencia que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales proyectan en el derecho interno del caso. O, dicho de otro modo, la hermenéutica de las normas de derecho común debe adecuarse a la comprensión constitucional de

¹⁷¹ CNCom., Sala B, 28/12/2015, "Obra Social del Personal Gráfico s/ Conc. Prev. s/ Inc. p.p. Instituto Armonía de Educación Especial de Adriana M. Urrerepon y otros".

¹⁷² Juzg. Civ. y Com., nº 3, Rosario, 28/09/2021, "IPAM s/ Conc. Prev. s/ Inc. de verificación p. p. F., F. B", LL, cita online: AR/JUR/168031/2021.

¹⁷³ CNCom., Sala F, 15/12/2021, "Fundación Educar s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación", MJJ 135707.

los intereses en juego. El conflicto traído a estudio no merece ser abordado exclusivamente con la regulación específica de la LCQ, sino que resulta inexcusable la ocurrencia a las pautas provistas por los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos que amparan a las niñas víctimas de abuso desde un doble orden tuitivo: en cuanto niñas y mujeres. Abonó sus fundamentos en el fallo de la CSJN, de 2019, “Institutos Médicos Antártida”, en el que se declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales a los fines de satisfacer el crédito de un menor vulnerable. Postuló la Cámara que pretender que, aun tratándose de un sujeto preferentemente tutelado, la 'situación concursal' pueda imponer su igualación con el resto de los acreedores, implica una conclusión reprochable y errónea en la comprensión global que exige el caso. El sometimiento de la acreencia de la menor a las pautas regulatorias del concurso preventivo provoca una licuación de la indemnización acordada en sede civil. Por otro lado, enfatizó que el remedio concursal al que acudió la fundación concursada estuvo dirigido sustancialmente a afrontar los pasivos derivados de dicho pleito evitando hacer efectivo el íntegro pago de la acreencia de mayor monto establecida en cabeza de la menor.

Sobre el particular, RIBERA¹⁷⁴ en apoyo de la decisión reseñada precedentemente, considera que, dada la constitucionalización del derecho privado, los tratados internacionales vinculados al caso y lo normado por el art. 16 de la LCQ, correspondía conferirle pronto pago al crédito de la niña víctima de abuso sexual. MICELLI¹⁷⁵ postula que toda la normativa plasmada en el fallo que se cita, tanto en los instrumentos legislativos internacionales como nacionales, determina el deber del Estado de hacer efectivos los derechos en juego de la menor abusada, siendo obligación de los jueces garantizar su cumplimiento.

6.- Soluciones encontradas de la CSJN sobre la materia.

Dentro del escenario apuntado en el acápite precedente, resulta imperioso destacar dos recientes resoluciones emanadas de nuestro más alto Tribunal Nacional, vinculadas a la posibilidad o no de pagar prioritariamente el crédito, de un menor de edad discapacitado (producto de una mala praxis médica producida en el establecimiento fallido), en el marco de la quiebra de un sanatorio, dejando insolutos créditos preferentes al de aquél y sin efecto, al caso, el régimen de privilegios concursales. Pronunciamientos éstos que están sirviendo de plataformas argumentativas para un sin número de casos análogos en trámite o por iniciarse.

6.1.- Primer caso: “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”¹⁷⁶.

En el marco de un incidente de verificación tardía promovido en la quiebra de la AFFyB, el Magistrado concursal, a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial n° 20, declaró verificado al pasivo falencial un crédito a favor de un menor (M.B.L.) con causa en la indemnización derivada de los daños que sufriera con motivo de la mala praxis médica durante su nacimiento en el establecimiento fallido. En ese mismo acto, declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales (previsto en los artículos 239 párrafo 1°, 241, 242 parte general y 243 parte general e inciso 2° de la ley 24.522 -LCQ-), verificó ese crédito con privilegio especial prioritario de

¹⁷⁴ RIBERA, Carlos E., “Perspectiva de género y proceso concursal”, RDCO, 315-63 y LL, cita online: AR/DOC/1486/2022.

¹⁷⁵ MICELLI, María I., “Una tutela concursal diferenciada, integral, efectiva y con perspectiva de género”, RDCO, 315-57 y LL, cita online: AR/DOC/871/2022.

¹⁷⁶ CSJN, 06/11/2018, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia (AFFyB) s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otro”, La Ley, cita online: AR/JUR/56326/2018.

cualquier otro privilegio y ordenó su pago inmediato con los primeros fondos existentes en la quiebra.

Apelado que fuera el fallo, la Sala A de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial lo revocó y le asignó al crédito del menor el carácter de común o quirografario, dejando sin efecto el pronto pago dispuesto en primera instancia.

Contra esta decisión, los incidentistas, la Fiscal General ante la Cámara y la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante el mismo tribunal presentaron sendos recursos extraordinarios, invocando tratados internacionales de derechos humanos y la ley 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Los vocales de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Ricardo L. LORENZETTI, Elena I. HIGHTON DE NOLASCO y ROSENKRATZ, votaron por mantener la constitucionalidad del régimen de privilegios concursales y no hacer lugar al pedido de verificación en ese carácter.

Preliminarmente, la Corte apeló a los principios de legalidad y excepcionalidad que caracterizan a los privilegios, tanto en materia de ejecución individual como colectiva. Asimismo, entendió que el régimen contemplado en el título IV, capítulo I, de la LCQ, de donde surgen los privilegios crediticios, responde a la causa o naturaleza del crédito, con independencia de la condición del sujeto.

Sostuvo que admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, *contra legem*, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general. Es por ello, que la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco del proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces. Y en ese debate parlamentario debe abordarse esta temática de manera sistémica o integral, sin desnaturalizar la finalidad de los procesos concursales.

En ese marco, consideró que tampoco se ajustó a derecho la decisión del Juez de primera instancia al ordenar el pronto pago del crédito del menor (el que por la legislación falencial era quirografario), atento a que los arts. 16 y 183 de la LCQ, establecen un elenco taxativo de créditos prontopagables, entre los cuales no se encuentra el crédito del vulnerable.

Por su parte, la Suprema Corte señaló que si bien es cierto que existen tratados internacionales que cuentan con Jerarquía Constitucional (art. 75, inciso 22, CN), tales como: Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales contienen cláusulas vinculadas con la asistencia y cuidados especiales que se les debe asegurar a los niños y discapacitados, no es menos cierto que de ellos no se deriva el reconocimiento de un privilegio como el reclamado.

Los pactos señalados están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el más alto nivel de vida posible, en particular en lo relativo a salud, rehabilitación, desarrollo individual e integración social, pero de ningún modo tienen virtualidad para alterar el régimen de preferencias establecido por la ley, so pena de generar caos e inseguridad jurídica. Se reitera que ello debe provenir del Poder Legislativo más no del Judicial.

Como consecuencia de este fallo, el crédito del menor de edad discapacitado (sujeto hipervulnerable), quedará totalmente impago en la quiebra, puesto que los créditos con preferencias, según el régimen cerrado de la legislación concursal, consumen todo el activo liquidable. En su mérito, la quiebra se clausurará por distribución final (art. 230 LCQ) y, luego de haber transcurrido dos años, se concluirá por falta de reapertura (art. 231, parte final, LCQ).

6.2.- Segundo caso: “Institutos Médicos Antártida S.A.”¹⁷⁷.

El marco fáctico consistió en que un menor fue víctima de mala praxis médica durante su alumbramiento -25 de Mayo de 1990- en un establecimiento médico denominado Institutos Médicos Antártida -fallida desde 2003-, sufriendo como consecuencia un daño consistente en una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible, que condujo a un sufrimiento fetal agudo, con afección de todos los órganos y especialmente de su cerebro.

A raíz de ello, los padres del menor incoaron acción por daños y perjuicios, obteniendo sentencia favorable de la Alzada, que condenó solidariamente a la fallida, conjuntamente con una Obra Social -OSMATA- y a un médico dependiente de aquella entidad -Dr. Jorge López Mautino-. Consecuentemente, encontrándose firme e impaga la acreencia, los padres del menor iniciaron acción vericulatoria, como representantes legales de su hijo y por sus propios derechos, en la quiebra de Institutos Médicos Antártida, para poder cobrar el crédito en cuestión. El problema surgió en relación al grado con el cual debía verificarse ese crédito en el pasivo de la fallida, ya que realizados los activos de ella y estando pendiente de aprobación el proyecto de distribución final, se advierte que con el producido de los bienes sólo se podría hacer frente al crédito reconocido con privilegio especial a la entidad bancaria que financió gran parte de las actividades del establecimiento médico (art. 241 LCQ), y los gastos del concurso.

El juez de grado, teniendo suma consideración a los derechos superiores del menor de edad, naturalmente considerados de orden público, y que se encontraban en juego en el caso de marras, declaró la inconstitucionalidad de parte de la normativa concursal sobre privilegios, para luego proceder a incorporar un privilegio no reconocido en ella, pero que consideró que hoy se encuentra contemplado.

Apelado el decisorio, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia de primera instancia, destacando que el crédito insinuado no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos de créditos privilegiados previstos en la ley 24.522. Sentado ello, entendió que el régimen de privilegios concursales es compatible con los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y las restantes normas de orden constitucional. Explicó que aquéllas no contemplan de modo específico la situación del niño titular de un crédito en el marco de un proceso universal, ni establecen preferencia de cobro alguna respecto de los restantes acreedores. Asimismo, alegó que el respeto por el interés superior del niño no contradice el derecho del acreedor hipotecario a hacer efectiva la preferencia establecida en la ley 24.522. Indicó que los privilegios obedecen a características propias del crédito y no del acreedor.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁷⁸, con fecha 26/03/2019, se pronunció favorablemente a los incidentistas, revocando la decisión de la Alzada; declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales -arts. 239, párr. 1º, 241, 242, parte

¹⁷⁷ CSJN, 26/03/2019, “Institutos Médicos Antártida S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito promovido por Ricardo A. Fava y Liliana R. Harreguy de Fava”, La Ley, cita online: AR/JUR/1632/2019.

¹⁷⁸ Con voto de los Dres. Juan C. MAQUEDA y Horacio ROSATTI, junto a la Dra. Graciela MEDINA. Con disidencia del Dr. Ricardo L. LORENZETTI y de la Dra. Elena I. HIGHTON DE NOLASCO.

general, y 243, parte general e inc. 2º, de la ley 24.522- y verificó a favor de B. M. F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio, sobre la base de los siguientes argumentos.

Parte de la consideración de que los derechos del insinuante están contemplados expresamente en la “Convención de los Derechos del Niño y en la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” que alcanzan a personas de extrema vulnerabilidad como es B.M.F. Lo que determina el deber de velar por el interés superior del niño, para que pueda gozar de una vida plena.

Asimismo, los Sres. Vocales recordaron el antecedente dictado por la Corte en otra causa concursal “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.” donde se sostuvo que el régimen de privilegios previsto en la Ley 24.522 debía ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados en nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes, conforme a lo normas en el art.75 inc.22 CN. En aquel, caso, por tratarse de los derechos de un trabajador se le aplicó las normas de la OIT para verificar el crédito laboral con el carácter de privilegiado.

Y sostuvieron que, si bien son situaciones no asimilables, ya que aquí las normas internacionales en juego no aluden en forma explícita a una prioridad de pago ni otorgan privilegio a estas acreencias en las cuales el daño ocasionado es en la vida, la salud y la integridad física de una persona, no por ello no deben ser contempladas.

En ese marco, concluyeron que el eje del debate y análisis es la operatividad de los derechos humanos contenidos en las convenciones internacionales frente a la normativa concursal. Otorgándole aquí prioridad a estos instrumentos internacionales que tutelan especialmente los derechos del niño y de las personas con discapacidad a fin de que puedan gozar de una vida digna. Y como bien se señala, estamos frente a derechos humanos esenciales y es deber de los jueces hacer que estos derechos resulten efectivos y no ilusorios.

La Jueza Graciela MEDINA, destacó que el menor lleva 28 años intentando cobrar su crédito, reconocido por sentencia judicial firme en el año 2003, mientras sobrelleva una incapacidad del 100%. Expuso que se trata de un sujeto de extrema vulnerabilidad (por ser menor, discapacitado y con bajos recursos) y que de los tratados de derechos humanos constitucionalizados (art. 75, inciso 22, CN), se desprende el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad. Y al aplicar el régimen de privilegios del Código Civil y Comercial de la Nación y de la ley concursal, no solo no respeta el derecho a la salud del vulnerable, sino que agrava sus condiciones físicas, ya de por sí deterioradas, lo cual sería aun más perjudicial si no se establece un pronto pago, que ponga fin a esta interminable disputa en la que se ha visto indirectamente involucrado por la conducta del deudor. Concluyó, sosteniendo que esta decisión constituye una respuesta apropiada a la particular situación del recurrente pues se presenta como un modo de implementar las obligaciones reforzadas que tiene el Estado, la familia, la comunidad y la sociedad en aras de garantizar y proteger los derechos de los niños con discapacidad de manera adecuada.

Como consecuencia de este fallo, el crédito del menor de edad discapacitado (sujeto hipervulnerable), quedará totalmente satisfecho en la quiebra con los fondos existentes, mientras que los créditos del acreedor bancario (hipotecario) no se pagará (aunque le hubiera correspondido por la letra de la Ley 24.522), puesto que los únicos fondos existentes son los ingresados por la venta del instituto médico hipotecado, los que será consumidos por las reservas de gastos y el crédito del menor. Luego de ello, la quiebra se clausurará y, luego de haber transcurrido dos años, se concluirá por falta de reapertura (art. 231, parte final, LCQ).

7. Debate doctrinario sobre la preferencia y orden de pago del crédito del acreedor vulnerable frente al sistema de privilegios de la LCQ.

Nada pacífica ha sido en la doctrina la aparición de los dos fallos de la CSJN, reseñados precedentemente, y las postulaciones que se efectuaron sobre el particular. En ese contexto, pueden advertirse, marcadamente, dos corrientes de opinión. Una que hace a un lado el régimen, cerrado, objetivo y taxativo, de privilegios de la LCQ y apoya la concesión de privilegio de primer orden al crédito de personas en situaciones de vulnerabilidad. Otra que pregona la aplicación de los lineamientos de la legislación concursal en post de garantizar seguridad jurídica al tráfico mercantil y el mantenimiento del principio de división de poderes.

7.1. Posición afirmativa.

Esta postura se encuentra en línea con los fundamentos brindados por la CSJN de 2019, en "Institutos Médicos Antártida", aceptando la posibilidad de desarticular la legislación concursal sobre privilegios y generar una preferencia de primerísimo orden -y pronto pago en su caso- por las situaciones personales de vulnerabilidad del titular del crédito concurrente.

Parten de la base que "la igualación de los desiguales no es igualdad ante la ley". A grandes rasgos bregan por un replanteo de la forma de resolver y de argumentar las soluciones, introduciendo el desafío de armonizar su naturaleza con las distintas perspectivas sectoriales, que pueden resumirse en una "perspectiva de vulnerabilidad"¹⁷⁹. El fin es humanizar al derecho comercial y, en particular, el derecho concursal, ya que no solo afecta a relaciones comerciales, sino que también, indirectamente, lo hace con las personas humanas. Es por este motivo que el rol de los jueces debe ser activo y no pasivo, en pos de garantizar el cumplimiento de los derechos que se les han ido otorgando a personas vulnerables¹⁸⁰, a los fines de impartir justicia de la manera más equitativa y razonable posible¹⁸¹.

Se expuso que no existen dudas que el derecho concursal debe mirar con suma atención a los tratados internacionales de derechos humanos. La cuestión constitucional y convencional de las prioridades no es ajena, dado que cuenta con base normativa (arts. 2° y 3°, CCyCN). Ahora bien, para crear nuevos privilegios el juez debe cumplir acabadamente con el art. 3° que lo obliga a solucionar el conflicto mediante una decisión razonablemente fundada¹⁸².

Dentro de esta postura, VÍTOLO¹⁸³ argumenta que se ha alterado el "orden cerrado" de los privilegios y que el sistema se muestra poroso y como tal que permite la filtración de otros privilegios

¹⁷⁹ MOIA, Ángel L., "La liquidación falencial y los terceros vulnerables: nuevos desafíos de la concursalidad", Revista DECOMI, año IV, nº 18.

¹⁸⁰ BASTEIRO, Maximiliano; GALLARDO, Rocío y JALIF, Kalanit N., "La transversalidad del derecho internacional de los DDHH en el régimen de privilegios de la LCQ", ponencia en *XI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Bahía Blanca, 2021, p. 173.

¹⁸¹ MARTÍNEZ, Miguel G., "Privilegios concursales frente a los procesos con sujetos vulnerables del nuevo código de procedimiento civil y comercial de la provincia de corrientes. un gran avance", ponencia en *XI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Bahía Blanca, 2021, p. 179.

¹⁸² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La Constitución Nacional y los fundamentos de los privilegios concursales", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2021-3, p. 31.

¹⁸³ VÍTOLO, Daniel R., *Privilegios Concuriales y Derechos Humanos*, La Ley, 2022; del mismo autor, "El impacto del sistema interamericano de protección de derechos humanos en el régimen de privilegios concursales previsto en la ley 24.522", ponencia en *XI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Bahía Blanca, 2021, ps. 192-198; del mismo autor: "Privilegios Concuriales. La Corte que viene y va", DSCE, (marzo) 2019; del mismo autor, "Sobre la necesidad de reformular el régimen de privilegios concursales en la legislación argentina", ponencia en *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Santa Fe, 2018, ps. 445

que no están en la norma concursal, sino que se originan a la luz de la reforma constitucional que comprende elementos ya no exclusivamente objetivos, y admite aristas de subjetividad en razón de circunstancias personales y situaciones subjetivas, sosteniendo para encontrar un equilibrio que la doctrina y la jurisprudencia son quienes -por el momento- deben darle cauce a esta nueva realidad evitando que la ponderación se convierta en un procedimiento irracional, ante la inexistencia de una estructura clara al respecto, lo cierto es que en la búsqueda de la realización del principio de la seguridad jurídica, resulta absolutamente necesario y conveniente reformular legislativamente el sistema de privilegios en la legislación concursal.

MOSSET DE ITURRASPE¹⁸⁴, apunta que en los tiempos actuales hay que repensar el Derecho en el contexto de un orden capaz de vincular la ley a la realidad. Ello incide en el tema capital de las fuentes del Derecho; del diálogo entre fuentes diversas; de la comunicación permanente con la superación de los ámbitos cerrados o cotos normativos. El sistema "macro" y los "microsistemas" en un diálogo fluido, propio de una avenida de doble tránsito. Son ahora los jueces quienes hacen la valoración del interés de la accionante, en el caso concreto. Así como la ley lo realiza en abstracto y de una manera general. Y el silencio legal frente a casos semejantes es suplido por una decisión de equidad, que apunta a "una dichosa corrección de la ley", al decir de Aristóteles, en el proceso de concretización o particularización. El Tribunal falla en equidad. Si bien lo hace "contra legem", pero al conjuro de un fuerte clamor constitucional.

En este orden de ideas, GIL DOMÍNGUEZ¹⁸⁵, comentando el fallo de la CSJN de 2018, expone que "la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen normas generales con el objeto de poder subsumir las particularidades de los titulares de los derechos, para que de esta manera cada uno de ellos se encuentre en igualdad de condiciones ante la ley cuando su subjetividad se espeja en el orden simbólico de la normatividad. La generalidad no es su debilidad, al contrario, es su mayor riqueza frente al Estado. La posición de la mayoría de otorgarle al Estado la potestad absoluta para determinar las obligaciones convencionales es volver al dualismo soberanista de principios del siglo XX y enterrar en un solo acto la totalidad de la doctrina elaborada por el derecho de los derechos humanos desde su advenimiento hasta el presente".

Por su parte, JUNYENT BAS¹⁸⁶ y MARCOS¹⁸⁷, han postulado que la falta de previsiones más específicas sobre un régimen de preferencias cuando el deudor se encuentre *in bonis* o atravesando un estado concursal en absoluto representa un obstáculo para atender casos particulares de extrema e indiscutible vulnerabilidad, como lo demuestra la objetiva y contundente descripción que hace el Dr. Rosatti en su voto. Precisamente, si algo define la necesidad de acudir a una razonable integración normativa (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) es la excepcionalidad del caso concreto y la extrema vulnerabilidad del sujeto, beneficiado con la especial tutela de su vida y su dignidad como persona humana que le dispensan instrumentos internacionales de indiscutida jerarquía constitucional como los que se encuentran involucrados en el proceso que venimos analizando. De otra forma no se tutelarían en forma útil, oportuna y justa derechos de indiscutible mayor valor, como lo son el derecho a la vida de las personas humanas y a la salud que lo complementa, fundamentalmente

y ss.; del mismo autor: "La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un orden cerrado estable a un orden poroso inestable", ED, 05/04/2016.

¹⁸⁴ MOSSET DE ITURRASPE, "Otra muestra del "Derecho Privado Constitucional": La Constitución avanza sobre los privilegios concursales", LL, cita online: AR/DOC/2047/2004.

¹⁸⁵ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Convencionalidad, discapacidad y normatividad", LL, 11/02/2019, p. 7.

¹⁸⁶ JUNYENT BAS, Francisco A., "Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales", LL, 2007-E, 552.

¹⁸⁷ JUNYENT BAS, Francisco A. – MARCOS, Fernando J., Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del "acreedor involuntario", LL, cita online: AR/DOC/187/2019.

cuando se encuentran atravesando problemas de tal gravedad que no admiten las demoras inaceptables, pero ciertas, en que sistemáticamente incurre el Estado a la hora de cumplir con estas obligaciones asumidas en convenciones y tratados internacionales. No resulta correcto afirmar que el sistema sobre privilegios sea "cerrado" o "abierto". Este debate carece de sentido, pues siempre se debe respetar el principio de legalidad de los privilegios, pero ello no implica ignorar las preferencias que otorgan la Carta Magna y las normas supralegales que surgen de los tratados constitucionalizados. Resulta obvio que no es el juez quien debe establecer los privilegios y sus alcances; pero cuando la norma que tutela existe como tal, cuando es operativa, como sucede con las Convenciones sobre los Derechos del Niño y sobre las Personas con Discapacidad, aunque éstas no se refieran en forma directa al otorgamiento de privilegios, no parece jurídicamente razonable que los jueces se amparen en normas como el art. 2574 del CCyCN o el art. 239 de la LCQ -ambas de orden público, pero no de raigambre constitucional- para reconocer preferencias a determinados créditos, frente a otros cuya satisfacción guarda directa relación con la protección de la salud, la vida y la dignidad de las personas humanas, en tanto la cancelación de esa acreencia resulte determinante para que ese riesgo extremo se mitigue. Son claras razones humanitarias y de equidad, que operan como un principio y valor jurídico a la vez, las que obligan a dar cauce a situaciones donde se encuentran en juego aquellos derechos humanos esenciales.

BOQUÍN¹⁸⁸ enfatiza que la situación de vulnerabilidad de un acreedor debe ser especialmente considerada en el proceso concursal siendo su atención prioritaria un imperativo convencional. Esa protección especial se encuentra radicada en nuestra Carta Magna (art. 16), en virtud de la garantía de igualdad ante la ley, que debe ser sustancial y no solo aparente o abstracta. Asimismo, a través del CCyCN (art. 2º), se instauró la denominada "constitucionalización" del derecho privado que no resulta otra cosa que la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos para resolver los casos prácticos de nuestra cotidiana práctica judicial. En el Estado Constitucional moderno existe una subordinación de la ley general o especial a los principios, valores y normativa internacional que son cláusulas de aquellos Tratados en los cuales nuestro país ha comprometido su cumplimiento, so pena de responsabilidad internacional. Es por todo ello que a pesar de que por la fría letra de la ley con una mirada simplemente exegética se lo pueda considerar quirografario al crédito de personas vulnerables, tal no es la solución correcta, pues deben compatibilizarse la LCQ con las normas y principios que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos receptados con jerarquía constitucional (art. 75, incisos 22 y 23, CN), además de las leyes que reglamentan dichos derechos y principios en el orden interno.

A su turno, RIBERA¹⁸⁹ sostiene que aun cuando en materia de privilegios la interpretación es de carácter restrictiva y su origen es exclusivamente legal (art. 2574, CCyCN), compartimos la solución que reconoce derecho al pago prioritario a algunos créditos que, pese a no estar mencionados en la LCQ, se trata de casos particulares en los que están en juego derechos humanos esenciales. La jurisprudencia mayoritaria se inclina por la solución correcta aplicando los tratados de derechos humanos que no pueden ser soslayados mediante disposiciones como el régimen cerrado de los privilegios de la legislación concursal (cfr. leyes 26.061 y 26.485). El tema debe ser analizado con los principios centrales de igualdad y de derechos humanos, porque es deber de los magistrados ejercer

¹⁸⁸ BOQUÍN, Gabriela Fernanda, "Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19", DECONOMI, año III, n° 3; de la misma autora: "El artículo 2 del Código Civil y Comercial...", RCCyC, 2018 (febrero), 3, y "Dialogo de fuentes y flexibilización del numerus clausus de los privilegios y preferencias en el cobro", ponencia en X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, T. III, Santa Fe, 2018, ps. 361-366.

¹⁸⁹ RIBERA, Carlos E., "Perspectiva de género y proceso concursal", RDCO, 315-63 y LL, cita online: AR/DOC/1486/2022; del mismo autor, "El acreedor involuntario con privilegio especial", LL, 2019-B, 290; del mismo autor, "El fin del sistema cerrado de privilegios de la LCQ ante los principios jurídicos", RDCO 273, 961 y LL, cita online: AR/DOC/5301/2015.

sus funciones con tal interpretación para evitar intervenciones que impliquen revictimización de los sujetos vulnerables.

DI CHIAZZA y GIANNESCHI¹⁹⁰ arguyen que el mero hecho de que el origen del privilegio sea la ley, ello no significa que un juez no pueda crearla para un caso concreto y determinado. No es casualidad que con motivo de la sanción del Código Civil y Comercial se les conceda a los jueces un margen de acción importante. Se procura que puedan aplicar las normas con cierta flexibilidad para conferirle al caso concreto la justicia que reclaman los litigantes. Incumbe a los jueces ordinarios tener atribuciones para la búsqueda de la verdad, ya que habrán de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (cf. art. 3º, CCyCN). El juez cuenta con facultades de creación de ciertas herramientas para la protección de determinados derechos en cada caso concreto, ya que debe ser un intérprete de principios supraleales que lo obligan y debe arbitrar los medios de protección de las personas vulnerables.

En esa línea, YUBA¹⁹¹ considera que otorgar el plus de protección reforzado en tanto sujetos de derechos de los más vulnerables (en este caso, al decir de Medina, "doblemente vulnerables": por ser niño y discapacitado) se vuelve entonces en un objetivo central en la interpretación y aplicación de las leyes. La igualdad, la no discriminación, la protección integral, la tutela judicial efectiva son ejes vitales en la garantía del pleno goce y ejercicio de los derechos que se vincula con la dignidad humana. El Estado en su deber de proteger, fundado en las normas convencionales y nacionales, cobra relevancia desde la actuación del Poder Judicial al resolver reconociendo efectivamente derechos al sujeto vulnerable, otorgando privilegio especial al crédito que le es debido para poder así, a través de este, recibir el tratamiento y asistencia necesaria para tener una vida digna. El deber de proteger del Estado se traduce en este caso en el reconocimiento de la tutela judicial efectiva del derecho del menor a recibir lo que le es debido con ese plus reforzado de protección en pos de la realización y promoción de sus derechos conforme la doctrina de la Protección Integral. Y esa puesta en práctica de los derechos del sujeto vulnerable, no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacerle favores a los niños y personas con discapacidad, sino en aplicar una perspectiva basada en los derechos de la infancia y de las personas con discapacidad que apunten a la realización plena de sus derechos, mediante una acción de gobierno, del parlamento y la justicia, teniendo en cuenta los principios de los arts. 2º, 3º, 6º y 12 de la CDN. No basta con la mención o su reconocimiento en los tratados o convenciones internacionales, sino que es necesario que en la práctica el Estado, en este caso, el Poder Judicial decida de una manera que efectivamente se concrete la protección especial que requieren los sujetos doblemente vulnerables para que su vida, la salud y la dignidad como persona sea respetada, garantizada y promovida.

Con este criterio, MARTÍNEZ¹⁹² agrega que el tradicional sistema cerrado de privilegios ha mutado a un régimen "poroso". Dentro de un cambio de paradigma del Derecho, hacia la centralidad de la persona humana y los derechos fundamentales, con eficacia normativa directa, es decir, necesidad de desarrollo legal de disposiciones y efectividad de los derechos reconocidos. En este contexto, recobran significado e importancia el respeto, la protección y la defensa de los DDHH en y desde la

¹⁹⁰ DI CHIAZZA, Iván G. – GIANNESCHI, Carlos J., "Vulnerabilidad de la persona vs. créditos privilegiados. La situación de los acreedores involuntarios en la quiebra", LL, 2019-A, 254.

¹⁹¹ YUBA, Gabriela, "El Estado y el deber de proteger a los sujetos vulnerables", SJA, 22/05/2019, p. 32; DFyP, 2019 (junio), p. 215 y LL, cita online: AR/DOC/1301/2019.

¹⁹² MARTÍNEZ, Marisol, "Régimen de privilegios: bloque federal de convencionalidad y acreedor involuntario. La igualación de los desiguales no es igual ante la ley", LL, cita online: AR/DOC/1744/2019; de la misma autora: "¿Superación del régimen de privilegios?", ponencia en *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Santa Fe, 2018, ps. 411-420.

cultura jurídica de la sociedad, pues son tales libertades las que definen y orientan ese proyecto de Nación. En definitiva el fallo de la CSJN de 2018 es descalificable como tal por omitir la aplicación de las disposiciones de orden público e internacionales reconocidas en nuestro sistema como bloque federal de convencionalidad, que claramente desplazan las normas de la LCQ, afectándose el principio de progresividad receptado en diversas normas de derecho internacional de los derechos humanos, las que cita expresamente, en tanto retrocede en el reconocimiento de derechos al estado anterior a la entrada en vigencia de las directivas de la Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849 y ley 26.061, como asimismo desconoce los principios de la ley 26.378 que aprobara la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.

MICELLI¹⁹³ expone que estamos frente a derechos fundamentales a tutelar, de rango constitucional, como la vida, la salud, el derecho a una vida digna, en el caso de un niño o una niña con discapacidad absoluta desde su alumbramiento, a fin de que pueda disfrutar de una vida en condiciones que aseguren su dignidad. Y ello, no puede quedar sin una justa reparación frente a la insolvencia y al inexplicable silencio de nuestra ley concursal para estos casos. Esperamos que de aquí en más este sea el criterio que marque el camino a seguir frente a futuros casos, a fin de que los jueces concursales puedan seguir otorgando estas «tutelas diferenciadas». Bajo estos extremos contextos fácticos, resulta imperativo e indispensable proteger a estas personas en situación de absoluta vulnerabilidad.

DE CESARIS¹⁹⁴, pregona la necesaria valoración de la situación de los denominados “acreedores involuntarios” conforme al principio “pro homine” y con criterio de progresividad -o no regresividad-, sin que sea el régimen de privilegios un obstáculo para la atención prioritaria de su crédito. Considera que las personas vulnerables tienen un mejor derecho y gozan de una legítima causa de preferencia que viabiliza se autorice el pago directo y “pronto” del crédito pero la “preferencia” está adherida o adosada al crédito en función de la situación de su titular, de sus condiciones personalísimas.

En similares términos, EGUIAZU¹⁹⁵ sostiene que “éstos acreedores se hacen merecedores de atención de sus créditos por fuera del sistema de los privilegios que la ley de quiebras establece, debiendo el magistrado interviniente procurar la satisfacción del mismo, en la medida de salvaguardar la protección de sus derechos reconocidos por la manda convencional y constitucional, sin necesidad de recurrir a la creación pretoriana de categoría preferencial alguna o declaración de inconstitucionalidad del régimen de preferencias, sino por la sola existencia del reconocimiento de su situación excepcional y su amparo supra concursal. Dentro de la comunicación de fuentes del derecho, las normas convencionales guardan su supremacía sobre las leyes locales en cuanto afectan los derechos por ellas reconocidos”.

Por su parte, BELLOTI DE SAN MARTÍN¹⁹⁶, en apoyo de esta postura sostiene que lo decidido por la CSJN de 2019: a) reafirma la irradiación de la Constitución y de los tratados internacionales de

¹⁹³ MICELLI, María I., “Un nuevo pronunciamiento de la Corte sobre las tutelas diferenciadas: Institutos Médicos Antártida. ¿Habemus justicia?”, *Microjuris*, cita online: MJ-DOC-14875-AR.

¹⁹⁴ Cfr. DE CESARIS, María C., “El pago preferente que se reconozca a los llamados acreedores involuntarios no conlleva el otorgamiento de privilegio al crédito verificado”, ponencia en *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Santa Fe, 2018, ps. 369-370.

¹⁹⁵ EGUIAZU, Alfredo A., “Los Acreedores Involuntarios. (Aquellos que nunca quisieron asistir a una cena empobrecida)”, ponencia en *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Santa Fe, 2018, p. 378.

¹⁹⁶ BELLOTI DE SAN MARTÍN, Lucas, “La Corte Suprema y los privilegios titularizados por una persona incapaz. Un feliz viaje de Francia a la Antártida”, *LL*, 2019-B, 280.

derechos humanos hacia todo el ordenamiento jurídico, aun en aquellas materias que tradicionalmente han sido ajenas a esa perspectiva, como la concursal: b) pone de manifiesto la conveniencia de asumir la tarea judicial en toda su complejidad, la cual debe hacerse cargo de una infinita cantidad de particularidades, valores y normas que singularizan cada causa. Es ese difícil ejercicio el que permite hallar la justicia, que las más de las veces está en las reglas, pero otras en las excepciones; y c) nos asegura que el Estado no se convierta a través de su Poder Judicial en un segundo agresor de las personas vulnerables.

Finalmente, RAMÍREZ BOSCO¹⁹⁷ postula que el grado de concreción de los principios y normas internacionales y constitucionales en los casos de mala praxis de menores es suficiente para llevar a una solución semejante a la de “Pinturas y Revestimientos aplicados” (fallo CSJN, año 2014), aun cuando su intensidad fuera algo menor que en este último.

7.2. Posición negatoria.

Esta corriente de opinión se encuentra en línea con los fundamentos brindados por la CSJN de 2018, en “Asociación Francesa Filantrópica”, negando la posibilidad de dismantelar la legislación concursal sobre privilegios y generar una preferencia de primerísimo orden -y pronto pago en su caso- por las situaciones personales de vulnerabilidad del titular del crédito concurrente.

Dentro de esta postura, GRAZIABILE¹⁹⁸, uno de sus principales exponentes, sostiene que en esta nueva labor judicial no es lo mismo aplicar principios constitucionales o convencionales frente a un vacío legal, que hacerlo directamente para borrar una regla concreta, dado que ello llevaría al peligro de que la reglamentación no quede en manos del legislador sino del criterio de cada uno de los jueces. Sería un peligroso libre albedrío judicial. La Sociedad, el justiciable y la economía se debe manejar en un Estado de derecho con seguridad jurídica. Si el derecho judicial destruye el sistema jurídico y las reglas no son claras, no podrá existir desarrollo económico, porque no podrá acentuarse la mayor interacción social necesaria para que se produzca. Ninguna de las fuentes supralegales determina que deba reconocérsele un privilegio al crédito de la persona vulnerable y no todas las normas de derechos humanos son operativas. Concluye, categóricamente, afirmando que ni el derecho como ciencia, ni la justificación como valor, se realizan concretamente con soluciones ajenas a nuestro sistema jurídico, y exentas de toda justificación jurídica.

BARREIRO¹⁹⁹ y TRUFFAT²⁰⁰, exponen su preocupación sobre la desatención del valor “certeza”, inmolado sin prudencia en el altar de la “justicia” en el caso concreto (cuando una sociedad civilizada exige un razonable equilibrio entre ambos). Recuerdan que los jueces deben evitar apartarse de las reglas generales que consagran las leyes o de las excepciones que estas mismas autorizan, a riesgo, en caso contrario, de alterar el mecanismo de división de Poderes. Cabe al Poder Legislativo, que deriva su autoridad de la voluntad popular y está sujeto a la periódica renovación de sus integrantes, el hacer las leyes generales. Es esta legitimación de origen la que justifica tal exaltada facultad. Y de

¹⁹⁷ RAMÍREZ BOSCO, Lucas, “La quiebra y el porvenir de los acreedores involuntarios más vulnerables”, RDCO n° 295, p. 353 y LL, cita online: AR/DOC/1183/2019.

¹⁹⁸ GRAZIABILE, Darío J., *Nuevo sistema concursal*, Ediciones dyd, Buenos Aires, 2022, ps. 44-51; del mismo autor: “Sistema normativo concursal de la seguridad jurídica”, DSyC, n° 408, noviembre de 2021, p. 1153; del mismo autor: “Necesaria ratificación de la constitucionalidad de los privilegios concursales (a propósito del antecedente de la CSJN “Asociación Francesa Filantrópica”)”, DSyE, n° 375, febrero de 2019, p. 113; del mismo autor, “Inconstitucionalidad del acuerdo preventivo homologado”, LL, cita online: AR/DOC/2161/2004.

¹⁹⁹ BARREIRO, Marcelo - TRUFFAT, E. Daniel, “Los acreedores involuntarios: una cuestión que ronda las puertas del debate concursal”, LL, cita online: AR/DOC/3955/2007.

²⁰⁰ TRUFFAT, E. Daniel, “Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo -con motivo de un fallo tan querible como erróneo-”, LL, cita online: AR/DOC/2454/2004.

esa legitimación carecen los jueces. Postulan que una decisión contraria, que desarticule lo legislado expresamente, encarecerá el crédito. Mucho peor si esto queda librado al simple arbitrio judicial (con invocación de normas supranacionales o declaraciones de inconstitucionalidad) porque nada dispara tanto el costo del crédito como la imposibilidad de efectuar previsiones razonables -dado que allí rige el temor y es sabido cuan cobarde, y a la vez cuan ávido, es el capital cuando tiene miedo-.

Los autores citados, en un trabajo posterior²⁰¹, si bien se mostraron más permeables con este tópico, insisten en los riesgos de los fallos a medida y la necesidad de que los jueces recuerden que no son, salvo cuando la ley los habilita, magistrados de equidad; y que la destrucción de toda certeza es un flaco favor a la calidad del derecho y de la vida civilizada. Es grave riesgo que la vida o fortuna de los justiciables esté a tiro de olas, modas, estados de ánimo de quienes fijan la verdad legal.

RASPALL²⁰², expone que la discusión es sumamente "filosa" y sensible, por los riesgos que implica crear categorías y privilegios desde la jurisdicción (derecho judicial), contrariando el régimen de creación legal, el sistema de excepción que rige en materia de privilegios y que imponen interpretación restrictiva, siendo estos los principios sobre los que se sustentan privilegios, o igualmente, forzando las normas y su interpretación de una manera sumamente exigida. Esta modalidad, si bien puede permitir dar una respuesta satisfactoria a la pretensión de un caso concreto, genera inseguridad jurídica en un tema tan sensible como es el de los privilegios, que influyen directamente sobre el sistema de las garantías patrimoniales que son ponderadas para realizar los negocios jurídicos y el otorgamiento de crédito (comercial, negocial o financiero). El sistema patrimonial requiere previsibilidad. Es un tema del cual debe hacerse cargo el legislador y si está dispuesto a generar una tutela diferenciada mediante la concesión de algún tipo de preferencia o privilegio para proteger estos créditos que ciertamente lo ameritan -en los cuales la calidad y cualidad de la persona titular del mismo tiene mucha relevancia- que lo plasme a través de una ley y deje las cuestiones puestas en su lugar y a la vista de todos los interesados, a fin de que cese la incertidumbre y cada quien pueda contratar con el deudor y su patrimonio, con conocimiento de causa y asumiendo los riesgos. Esta es la razón de ser del principio de creación legal y de unidad o cerrado en materia concursal.

En un trabajo posterior²⁰³, el autor citado expuso que "esta actitud indiferente y facilista de nuestros legisladores implica "patearle" el problema a los ciudadanos y a los jueces, con altos costos implícitos para la seguridad jurídica y para la tutela efectiva en tiempo oportuno de los derechos de los vulnerables. La reforma del régimen de privilegios con un tratamiento específico para los acreedores involuntarios es una necesidad impostergable, única forma de resolver el conflicto de manera tal que reponga la seguridad jurídica".

²⁰¹ BARREIRO, Marcelo - TRUFFAT, Daniel - RASPALL, Miguel, "El acreedor involuntario. Esbozo de una teoría general del tema en el Derecho Concursal Argentino", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Legis, Colombia, 2019, p. 41.

²⁰² RASPALL, Miguel A., "Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales", LL, cita online: AR/DOC/196/2019.

²⁰³ RASPALL, Miguel A., "Dinámica de los privilegios: orden cerrado y privilegios por fuera de la LCQ", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2021-3, p. 127.

RICHARD²⁰⁴ y FUSHIMI²⁰⁵, en esta postura, exponen que la responsabilidad debe recaer sobre quienes fueron realizaron los actos de mala praxis y no sobre los acreedores de la persona jurídica que -en definitiva- son los que soportan la socialización de los quebrantos de la concursada o de la fallida. La atención de los grupos vulnerables y más con los doblemente vulnerables o hipervulnerables corresponde al Estado, al menos en forma subsidiaria. ¿Por qué, entonces transferírsela a los acreedores que son sujetos del derecho privado y que nada tuvieron que ver con el daño recibido por los hipervulnerables?. El Estado, a través de los enormes gastos que efectúa en materia de ayuda social, y a través de los amplios recursos de la seguridad social que percibe a trabajadores en relación de dependencia y a empleadores, el que otorgue la cobertura final, aunque subsidiaria, a la desprotección en que queda sumido el hipervulnerable en estos procesos, ya que - en definitiva- el bienestar general no es sino el primero y más claro objetivo del Estado, plasmado en el mismo Preámbulo de nuestra Carta Magna.

De tal manera, DE LAS MORENAS²⁰⁶ expresó que “los jueces, de su lado, deben evitar los cantos de sirena que claman la justicia del caso para apartar los siempre molestos privilegios. Nunca se tratará de resolver conflictos normativos, o de establecer una mera atribución de prioridades jurídicas de diferente rango, y menos de transformar el régimen de privilegios en una cenicienta jurídica por su naturaleza estrictamente patrimonial. Se tratará, al contrario, de una interpretación finalista que contemple no solo el derecho subjetivo afectado con tutela supra legal sino también la afectación al interés general que pueda provocar un quebrantamiento al régimen de privilegios”.

Por su parte, TON²⁰⁷, comentando un caso en donde se ventilaron estas cuestiones, se preguntó “¿Quién nos asegura que otro acreedor mucho más joven no tenga alguna enfermedad incurable? O que un acreedor no pueda sufragar los gastos de salud o por qué no de educación de su hijo ¿No son todos estos casos plenamente aceptables como necesarios para una vida digna? Esto nos lleva a una pregunta mucho más grave aún ¿Sirve nuestro sistema concursal actual?. Hemos dicho que habría que modificarlo. Pero es una cuestión de política legislativa. Si los daños derivados de accidente de tránsito para el legislador deben gozar de pronto pago como los acreedores laborales se debe modificar la ley y permitirle tal instrumento a todos los dañados, no sólo a uno de ellos. Si las personas que tienen derecho a cobrar y son mayores de determinada edad participan de un proceso concursal y se le quiere dar un pronto pago, hay que hacerlo con todos y no sólo en un caso especial. Estas desigualdades en manos del juzgador no dan de ninguna manera seguridad jurídica, que habíamos dicho que era el valor que queríamos defender para lograr la paz social”.

CAPDEVILLA y PALAZZO²⁰⁸ postulan que la solución de atribuir privilegio a personas que no lo tienen, más allá del fin loable puesto que son sujetos vulnerables, genera un desbalance, ya que prescinde de considerar tanto la estructura social básica sobre la que se funda esa asignación, cuanto las consecuencias que su modificación puede tener. Evaluar los casos desde una perspectiva redistributiva, como lo hace la CSJN, requería un análisis de mayor envergadura que no se limitara a precisar quien obtiene la ventaja puntual -la preeminencia en el cobro-, sino que abarcara el

²⁰⁴ RICHARD, Efraín H. y FUSHIMI, Jorge F., “Acreedores hipervulnerables de una sociedad concursada o en quiebra: ¿problema de los acreedores o de los socios?”, en *Instituciones y Principios Concursales*, T. I, Univ. Nacional del Sur, Departamento de Derecho, Bahía Blanca, 2021, p. 257.

²⁰⁵ FUSHIMI, Jorge F., “Proceso concursal, vulnerabilidad e hipervulnerabilidad”, ponencia en *XI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Bahía Blanca, 2021, p. 185.

²⁰⁶ DE LAS MORENAS, Gabriel, “Aplicación de tratados internacionales al estado de distribución”, ponencia en *X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Santa Fe, 2018, ps. 375.

²⁰⁷ TON, Walter, “Pars conditio creditorum ¿existe?”, LLBA, 2006-1147.

²⁰⁸ CAPDEVILLA, Guillermo H. (h.) - PALAZZO, Carlota, “Una solución de justicia distributiva que no repara en sus posibles consecuencias”, LL, cita online: AR/DOC/3499/2019.

paradigma básico de adjudicación de los derechos vinculados. Por fuerte que fuera la idea de justicia que la Corte ha querido sostener, la misma no podía aplicarse aislada, desasida de los criterios de eficiencia y coordinación que debían servir para conformar la estructura social estable. Sin este análisis, la solución del caso conduce solo a un estado disvalioso donde los derechos que se atienden en el caso individual se precarizan, por consecuencia, respecto de los otros propios de la misma clase.

VANNEY²⁰⁹, postula que si bien resultaba justo que el afectado cobre su crédito, no resultó justo - en Institutos Médicos Antártida- en quien recayeron las consecuencias de hacer ese pago, el acreedor hipotecario del único activo importante de la fallida. Si en el caso ha fallado la administración de justicia (no tenemos duda que hubo algún tipo de falla, con solo ver la demora de 28 años en brindar una solución definitiva), creemos que debería ser el Estado quien se haga cargo de las consecuencias de esa falla, al menos hasta tanto se reconozca en el texto legal -en las normas concursales, sin necesidad de acudir a los tratados de jerarquía constitucional- algún tipo de preferencia o privilegio a los casos como los aquí mencionados. Esta incertidumbre no solo afecta a quien reclama su crédito y requiere la inconstitucionalidad, sino que repercute también en el crédito en general, afectando a los acreedores que ya no tendrán tanta seguridad a la hora de prestar su dinero con una garantía hipotecaria amparada por un privilegio concursal. Todos tienen derecho a la certeza de saber el lugar que ocuparán en la quiebra.

A su turno, FISSORE²¹⁰ considera que los jueces, al realizar el control de constitucionalidad difuso, no deben desplazar al legislador, dada las graves consecuencias para el ordenamiento jurídico en su conjunto y para el sistema de división de poderes. Es por ello que, no cabe duda que la materia referente a las causas de preferencia en el pago de los créditos es una de las que por disposición del art. 75, incs. 12 y 31 de la Constitución Nacional se halla sujeta a la legislación exclusiva del Congreso, y que una interpretación contraria sería realmente inconciliable con los propósitos expresados en los artículos citados de hacer efectivo en todo el territorio del país el principio de la unidad de la legislación común

Finalmente, SAFI²¹¹, de un modo contundente y con preocupación, destaca la pérdida de fuerza vinculante de la ley y el notable aumento de los poderes discrecionales del juez para resolver los casos según su arbitrio, sin un necesario respaldo normativo, con la sola invocación de estándares laxos relativos a principios generales, extraídos de una pretensa visión constitucional, convencional y axiológica de todo conflicto. Resalta que “el riesgo de amputar lo legislativo para fallar los casos a sola constitución y principios, nos deja a merced de un decisionismo judicial, potencialmente arbitrario y distorsivo de los resultados democráticamente establecidos por el ordenamiento legal, fragmentario de su uniformidad y devaluador de su autoridad, abriendo paso -a su vez- a la perplejidad, imprevisión y desconcierto en el funcionamiento de las instituciones, perjudicando la convivencia social, aun por fuera del proceso judicial, al inyectar una fuerte dosis de irracionalidad en los comportamientos por falta de marcos objetivos de referencia general, reafirmando todo ello la sensación de anomia social y la idea del todo vale”.

²⁰⁹ VANNEY, Carlos E., “La última porción”, ponencia en *XI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Bahía Blanca, 2021, p. 189.

²¹⁰ FISSORE, Gabriel, “Una Corte, una quebrada y volvemos”, Univ. San Andrés, En *Disidencia Blog Online*, 17/11/2018.

²¹¹ SAFI, Leandro, “La fuga facilitadora hacia los principios generales”, LL, cita online: AR/DOC/3817/2020.

8.- Postura adoptada.

La cuestión de los acreedores, concurrentes a los procesos de crisis, que se encuentran en situación de vulnerabilidad, tiene una complejidad especial en nuestro medio, puesto que el ordenamiento falencial no les otorga privilegio o, cuando lo hace, no lo es en forma suficiente.

Surgieron así las contradicciones, en doctrina y jurisprudencia, que, en determinadas situaciones concretas, puede generar ese sistema de privilegios respecto de ordenamientos de jerarquía más elevada -CN y Tratados internacionales de DDHH- en materia de derechos esenciales.

Delineadas las corrientes de opinión encontradas sobre esta temática, analizadas en los acápites precedentes, expondré mi posición, adelantando que, a pesar de conmovirme el tópico de marras, considero acertada la tesis negatoria, sobre la base de los argumentos que expondré a continuación.

8.1. Argumentación genética del instituto de los privilegios concursales.

El legislador argentino ha creado el régimen de privilegios en la Ley 24.522 como un sistema excepcional, puesto que rompía con la igualdad de trato para con el resto de los acreedores. Así fue que el legislador, con fundamentos basados en el bien común, protección del tráfico mercantil, justicia distributiva, carácter alimentario -entre otros-, confirió, objetivamente, privilegio a determinados créditos a los fines de ser satisfechos con preferencia a otros.

Claramente, el espíritu de ese legislador era que sólo él y nadie más que él crearía los privilegios, al resaltar, de un modo enfático y contundente, sus caracteres de legalidad, objetividad y taxatividad, con interpretación judicial sumamente restrictiva (art. 239, LCQ)²¹². Ello a los fines de dotar de previsibilidad y seguridad al ordenamiento jurídico y al tráfico mercantil.

Y ese régimen fue instaurado en el año 1995, cuando ya se había reformado la Carta Magna y otorgado jerarquía constitucional a sendos tratados internacionales de Derechos Humanos, lo que era harto conocido por los congresistas.

Tampoco debe olvidarse que sobre la base de ese régimen de privilegios para las ejecuciones universales, en 2015 se lo reflejó para las ejecuciones individuales, con la sanción del Código Civil y Comercial Común (arts. 2573 a 2586, CCyCN), enfatizando el origen “legal, exclusivo y objetivo” de las preferencias (art. 2574, CCyCN), cuando la concurrencia de créditos cuyos titulares son vulnerables era una temática debatida por la doctrina y analizada por la jurisprudencia concursalista y no concursalista. Incluso la Corte de la Nación ya había dictado el fallo “Pinturerías y Revestimientos Aplicados”, vinculado al privilegio laboral.

Es por este motivo que, desde una interpretación histórica del régimen de privilegios, el espíritu del legislador es el de proteger a ultranza el principio de división de poderes (puesto que no confiere a los jueces la potestad de crear privilegios en ningún tipo de ejecución de deuda); el de seguridad jurídica (para que todo ciudadano sepa a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y los demás particulares) y el de previsibilidad en las transacciones comerciales (para facilitarlas, fomentarlas, salvaguardarlas y no elevar sus costos).

Tales circunstancias son valoradas y respetadas por la CSJN en el caso: “Asociación Filantrópica de Beneficencia” y desconocidas en “Institutos Médicos Antártida”, como en cualquier otro en el que se autorice al Poder Judicial a crear privilegios, sobre la base de la subjetividad del titular del

²¹² DI LELLA, Nicolás J., “Transmisibilidad de los Privilegios”, RDPyCO, 2021-3, ps. 233-238; del mismo autor; *Régimen Concursal Preventivo*, T. I, Bibliotex, Tucumán, 2020, ps. 165 y ss.

crédito y haciendo sopesar sus consecuencias en los restantes acreedores del deudor, como en el tráfico crediticio en general.

8.2. *Estado de Derecho Constitucional vs. Estado de Derecho Judicial.*

Como fuera analizado, en el “neoconstitucionalismo” imperante en nuestro Estado de Derecho, la Constitución Nacional es reconocida como una verdadera fuente de derecho, imbuida de moral a través de principios, valores y derechos humanos, y los Magistrados cuentan con facultades de controlar que las normas jurídicas sean compatibles con ella.

En este escenario vigente, toda la doctrina es pacífica en preocuparse y resaltar los riesgos de migrar de un Estado de Derecho Constitucional a un Estado de Derecho Judicial, en donde, ante la inactividad del Estado de sancionar leyes idóneas, que recepten normativamente los principios protectorios de personas vulnerables en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y que los regule expresamente, los Jueces deben ocupar esa función y legislar a través de sus sentencias, con posibles decisiones opuestas ante casos de similar plataforma fáctica y jurídica.

En tal contexto, se dictaron los fallos analizados de la CSJN en 2018 y 2019. El primero, respetando la letra de la ley, velando por los principios de la seguridad jurídica y la división de poderes, e interpelando al Poder Legislativo del Estado a cumplir sus funciones y sancionar las leyes pertinentes. El segundo, desplazando la ley expresa, en post de satisfacer el crédito de un acreedor vulnerable, en desmedro del patrimonio de las demás partes intervinientes en la quiebra de la deudora, con el impacto negativo en las relaciones mercantiles en materia de créditos y seguros.

A priori, la primera reacción de cualquier lector del fallo sería, desde un plano de la sensibilidad humana, que el carácter restrictivo y origen legal de los privilegios concursales, debe ceder ante el bloque de constitucionalidad, que impone el deber del Estado de proteger a los niños y personas con discapacidad, de manera preferente y con un plus reforzado de actuación.

Nadie desconoce que la protección especial que requieren los niños con discapacidad implica, por parte del Estado, el adoptar todas las medidas de acción positivas que tornen efectivos los derechos reconocidos por los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, brindando a todos los sujetos hipervulnerables -en el caso, menor de edad, discapacitado y de bajos recursos-, una atención y trato en igualdad de condiciones y sin discriminación, orientada al desarrollo integral de su personalidad.

Ahora bien, considero que no es adecuado quedarse en ese análisis preliminar, sensible y efectista de la cuestión, puesto que resulta fundamental efectuar un estudio más profundo de las consecuencias negativas que apareja este tipo de decisión.

Y estas derivaciones se traducen en el traspaso a un “Estado de Derecho Judicial”, en donde las reglas sean establecidas por los Jueces en cada caso, según su subjetividad, formación y argumentación. Ergo, existiría una solución particular según el Magistrado sorteado y la jurisdicción competente. De ese modo, la norma concreta no estaría ya en la ley sino en la forma en la que ese Juez la interpreta sobre la base de los principios y valores, contenidos de un modo amplio, genérico y laxo, en los Tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional. Entonces, ante un caso con idéntica plataforma fáctica y jurídica, la resolución judicial sería distinta, de acuerdo con el Juez de turno (incluso en caso de subrogancias o suplencias). Esto es lo que sucedió en los casos concursales de la CSJN de 2018 y 2019, los que están sirviendo de base argumentativa para un sinnúmero de casos similares.

Este avance de un decisionismo judicial subjetivo, claramente, atenta contra la más elemental seguridad jurídica, base fundamental de todo Estado de Derecho. Es que la Justicia exige que el derecho sea previsible, imparcial, seguro y no aleatorio, a partir del respeto de las reglas de juego por las que se dejaron llevar las partes al tiempo de litigar.

La tesis contraria que postula que ahora todo caso judicial sería “difícil” y debería resolverse no con la letra de la ley, sino integrando el diálogo de fuentes constitucionales y convencionales, para aplicar la solución más justa al caso concreto, no autoriza a considerar que ahora todos los casos sean de este modo, que ya no haya casos fáciles y/o que toda decisión se haya vuelto opinable, ante el más mínimo miedo en la aplicación de la norma. Es que cuando la norma y reglas jurídicas aplicables son claras y establecidas de antemano, la apertura al diálogo de fuentes debe ser subsidiaria, más no sustitutiva de la ley, debiendo aplicarse en forma razonable, por la inseguridad e incertidumbre que genera en el sistema político, social y económico. Caso contrario, ingresaríamos forzosamente en un casuismo judicial inagotable e incierto, dejando la suerte de los conflictos en manos de la solución discrecional de un activismo judicial incontrolable.

Es que debe entenderse que cuando la ley es clara y no admite dudas, debe ser aplicada por los Jueces y resolver el caso sometido a su jurisdicción. Y si esa norma debe mejorarse, esa tarea debe provenir del Poder Legislativo, no del Judicial. La apelación a principios, valores y derechos humanos debe efectuarse ante vacíos legales o en aquellas situaciones donde la decisión no afecta los derechos de terceros, la seguridad jurídica, el tráfico comercial de una comunidad y desmantela todo un proceso concursal. Lo expuesto no significa volver a un Estado de Derecho Legal, sino mantenernos en el Estado de Derecho Constitucional vigente (y que el Estado actúe a través del Poder pertinente -el legislativo-) y no pasar a un indeseable e inseguro Estado de Derecho Judicial.

En ese marco, resulta más conveniente y preferible, a largo plazo, la valoración y decisión adoptada por la Corte en el caso: “Asociación Filantrópica de Beneficencia”. Supuesto éste, en donde se privilegió la seguridad jurídica y se interpeló al Estado, a través del poder ejecutivo y legislativo, a reformar la legislación vigente, para dar una solución segura sobre base ciertas al presente conflicto.

8.3. El Poder Judicial no debe legislar.

Como fuera analizado en este trabajo, en el paradigma del Estado de Derecho Constitucional, a través de reforma de 1994 a la Carta Magna y de 2015 al ordenamiento Civil y Comercial, el rol de los jueces debe ser activo en procura de la aplicación de la solución más “justa posible” al caso concreto.

Ahora bien, en esa búsqueda del “mejor Derecho” el Juez no puede sustituir al legislador. No cabe sobreinterpretar la Constitución Nacional y llegar al liso y llano desplazamiento de la ley, cuando la misma es clara y está vigente hace casi 30 años (en el caso de las disposiciones de la Ley 24.522), por más criticable que fuera.

Y en ese cuestionamiento de la legislación concursal, por más loable que sea la ponderación entre el derecho de propiedad del deudor -y el resto de los acreedores- y el derecho a la salud y a una vida digna por parte del acreedor vulnerable, no puede pedirse a la ley de concursos y a los jueces encargados de aplicarla soluciones que deben venir necesariamente de la política.

A diferencia de lo que sostiene la tesis afirmativa, cuando se desplaza sin más el régimen de privilegios concursales por acudir a los principios generales y valores plasmados en los tratados de DDHH, se conculca la manda que exige al Juez decidir sobre la base de una “decisión razonablemente fundada” (art. 3º, CCyCN), puesto que no aplican la ley objetiva y proceden subjetivamente a legislar

sobre la materia, generando soluciones diversas para casos idénticos, reinando la inseguridad jurídica.

Claramente, los Jueces no pueden legislar en el caso particular, *so pena* de llegar a tantas soluciones distintas como magistrados hubiera -esto es, a un Estado de Derecho Judicial-, quebrantando así el tan esencial principio de división de poderes imperante en cualquier Estado de Derecho.

Sabido es que desde sus inicios la CSJN ha reconocido la división de poderes como un principio cardinal del sistema político, siendo la misión más delicada de la justicia la de mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumbe a los otros poderes, dado que es el poder judicial el llamado legalmente a sostener la vigencia de la Constitución Nacional y un avance sobre los restantes implicaría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público.

De ese modo, la creación del privilegio está reservada, con exclusividad, al Congreso de la Nación, el que deberá proveer las disposiciones pertinentes como correlato de las competencias que le está reservada por el art. 67, inciso 2º, CN, respecto de la facultad de dictar la legislación de fondo, dentro de la cual están incluidas las normas sobre el régimen de las obligaciones y del crédito, por ser éstas materias directamente vinculadas con los privilegios.

Tal como se sostuvo²¹³, aquella sujeción a lo legal, a la que se hizo referencia precedentemente, es inherente al Estado de Derecho -en lo vertical- y a la división de los poderes -en lo horizontal-. Con relación a lo primero, el principio de legalidad nos recuerda que todas las autoridades del Estado -incluidos los jueces- deben someterse al imperio de la ley para ahuyentar el riesgo de la arbitrariedad en el ejercicio del poder, en beneficio de la libertad de todos los ciudadanos. No pudiendo escaparse los jueces de ese marco bajo el pretexto de ser los portavoces de la Constitución, porque ello los sobrepondría a la ley, haciéndolos amos y señores del derecho, con riesgo de indefensión general frente a su abuso de autoridad. Ello explica que, también por añadidura, los jueces deban guardar actitud de deferencia especial hacia lo legislativo, en respeto de la voluntad plural de las mayorías, por sobre el libre arbitrio de su exclusiva voluntad individual, condescendiendo al “valor epistemológico de la democracia deliberativa”, sirviendo ese principio de límite y contrapeso del poder que también tienen los jueces para controlar lo legal. Cierto es que las mayorías pueden violar la Constitución y que los jueces pueden tener que invalidar esas desviaciones en resguardo de las minorías, pero en tales supuestos no deben actuar a su arbitrio, ni ignorar lo legal, sino hacerse cargo de su análisis y ejercer un control objetivo de constitucionalidad, evidenciando la falla palpable y no subjetiva de la pretendida antinomia normativa.

Lo expuesto refuerza la corrección de lo decidido por la Corte en el caso: “Asociación Filantrópica de Beneficencia”. Es que el Poder Judicial allí no legisló -con preservación de los principios más elementales de la división de poderes, previsibilidad y seguridad jurídica- y procedió a exhortar al Estado para que sea el Poder Legislativo el que se avoque a reformar la cuestión y brindar la protección que la persona vulnerable se merece desde el lugar o la legislación que estime más conveniente.

8.4. La fundamental vigencia de la Seguridad Jurídica y la protección del tráfico mercantil.

La seguridad jurídica es uno de los principios fundamentales y básicos del ordenamiento constitucional democrático, a los fines de que todo ciudadano sepa a qué atenerse en sus relaciones

²¹³ Comp. SAFI, “La fuga facilitadora...”, LL, cita online: AR/DOC/3817/2020.

con el Estado y los demás particulares. Se traduce en la confianza de todo individuo en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Los Jueces y Tribunales tienen el deber de aplicar la ley y esa sujeción a la misma es lo que dota de previsibilidad a las consecuencias jurídicas de los actos de todos los ciudadanos.

Un Estado de Derecho quiere decir que su poder y autoridad vienen regulados y controlados por la ley; la que debe respetarse y, en caso de que resultar necesario, modificarse por las vías constitucionales previstas a esos efectos.

Este principio básico se asienta, entonces, sobre el concepto de predictibilidad, en el sentido de que cada uno conozca, *a priori*, las consecuencias jurídicas de sus comportamientos, promoviendo, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en la libertad.

En los países desarrollados, una sólida seguridad jurídica ha permitido y permite, inversiones importantes a largo plazo, como créditos amplios sin elevada tasa de interés. Entonces, una fuerte seguridad jurídica es indispensable en todo Estado y se erige en un presupuesto básico y esencial, para el desarrollo económico y social.

Particularmente, el régimen de privilegios concursales impone una distribución de riesgos entre los actores de la insolvencia que, si bien está lejos de ser perfecto, es absolutamente previsible, confiriendo certezas a los sujetos involucrados o a involucrarse en el juicio colectivo que prevé la legislación concursal de Argentina. En especial, a los dadores de créditos, garantizando la fluidez y economía en el tráfico mercantil cotidiano. El principio supremo del proceso, del que depende la Justicia del reparto, es el de la imparcialidad judicial y la mejor manera de garantizarlo es el apego criterioso del juez a la normativa legal.

Es por ello que sin una acción positiva que provenga del Estado encaminada a dar una solución a la problemática de los acreedores vulnerables en los procesos de crisis, ante el rígido régimen de privilegios concursales, que cualquier Juez, acudiendo al fallo “Institutos Médicos Antártida”, pueda declarar en una quiebra privilegiado y prontopagable el crédito de sujetos vulnerables, considero que podría llegar a desestabilizar bases y cimientos estructurales, no sólo de la legislación concursal, sino de todo el ordenamiento jurídico, con una contundente y preocupante afectación de la seguridad jurídica.

O, por ejemplo, apelando a los fundamentos del fallo “Fundación Educar” (ya analizado), en un concurso se autorice la verificación de créditos cuantiosos de acreedores vulnerables (menores con discapacidad; accidentes de tránsito, adultos mayores, indemnizaciones por abuso sexual o violencia de género), a todas luces, se atentaría contra la finalidad de este proceso, la conservación de la empresa, la fuente de trabajo y se pondría en jaque este sistema de reestructuración patrimonial que rige en la Argentina.

De ese modo, una solución como la apuntada, en un contexto en donde el Estado no evalúa esta situación y no reforma la legislación concursal (vigente desde 1995), desencadenaría, además, graves repercusiones en el régimen de garantías, considerando que en aquellos casos en los que pueda estar comprometido los derechos de un menor de edad, quien otorgue el crédito verá su garantía desplazada y disminuida, ocasionando inconvenientes a la circulación del crédito e inseguridad jurídica en el tráfico mercantil. A la par que puede terminar destruyendo o desarticulando toda forma de solución preventiva o de reestructuración ante la crisis empresarial.

En este orden de ideas, LORENZETTI²¹⁴ ha expuesto su preocupación sosteniendo que: “i) que “la Argentina es un país imprevisible”, caracterizado por el hecho de que las reglas que en otros países se cumplen, aquí no se observan; ii) que aquí las reglas se perciben como simples “sugerencias” y no como algo vinculante, bajo la sensación de que pueden ser abandonadas en cualquier momento; iii) que ello impide contar con marcos legales de referencia razonables y previsibles que sirvan para orientarnos; iv) que la estabilidad de las reglas tiene importancia decisiva para el desarrollo de las naciones, incrementando la confianza institucional y las inversiones económicas, redundando todo ello en beneficio de los ciudadanos; v) que en ese contexto las personas no pueden planificar su vida, ni hacer cálculos racionales; vi) que la situación de imprevisibilidad normativa coloca en desamparo al ciudadano, deteriorando sus relaciones y calidad de vida, llegando al extremo de resultar -esa anomia- enfermante”.

Por su parte, ROSENKRANTZ²¹⁵ explicó la imperiosa necesidad de que los Jueces respondan y respeten las reglas que el pueblo fijó para resolver los conflictos. Poniendo de relieve la crisis de legitimidad que padece el Poder Judicial en la República Argentina, expuso que ella responde a “... una crisis de confianza, y la desconfianza de nuestros ciudadanos en el Poder Judicial ha nacido en parte porque existe la sospecha de que servimos a intereses diferentes al derecho... (sin sujeción) a procedimientos reglados con base en los cuales sea posible evaluarlos con objetividad. La magistratura... (señaló)... debe estar sujeta a reglas de evaluación claras... debemos mostrar que lo que hacemos se conforma a reglas claras establecidas de antemano... debemos esforzarnos en mostrar que somos puntillosamente respetuosos de las reglas que el pueblo...fijó para resolver los conflictos...y que respetamos únicamente esas reglas...”.

Es que la ruptura del principio de la seguridad jurídica genera, de forma automática, el quiebre de la previsibilidad que requiere el sistema patrimonial. Todo ello influye, directa y negativamente, sobre el sistema de las garantías patrimoniales que son ponderadas para realizar los negocios jurídicos y el otorgamiento de crédito. Maxime, si a la inseguridad jurídica se le suma la económica que impera en nuestro país desde hace años.

Difícil, a mi criterio, sería, con la proliferación de fallos en este sentido (como el de la CSJN de 2019), imaginar el financiamiento de los medios de transportes (principalmente empresas de ómnibus, ferroviarias, aéreas) o bien la construcción, modernización o financiación de establecimiento médicos o educativos, en donde por desgracia constantemente ocurren siniestros, y lamentablemente, un porcentaje no menor de ellos involucran niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, evaluando las circunstancias fácticas del caso, surge la preocupación de que, en caso de llegar a ser un criterio preopinante en la Corte Nacional (el del fallo de 2019), qué persona o entidad con fines de lucro o bajo qué condiciones, conferirá un crédito importante para financiar estas actividades mencionadas, si nuestro ordenamiento no reconocerá preferencia cuando se vea involucrado los derechos de los menores de edad, quienes tendrían un privilegio especial prioritario absoluto a cualquier otro sujeto o profesional represente a las partes involucradas en el asunto.

8.5. *Los tratados internacionales que rigen la materia no confieren privilegio al crédito de sujetos vulnerables.*

Nuestro más Altos Tribunal Nacional, reiteradamente y desde tiempos inmemoriales, ha decidido que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma

²¹⁴ LORENZETTI, Ricardo, “La Argentina imprevisible”, Diario Clarín, 03/05/2019.

²¹⁵ ROSENKRANTZ, Carlos F., “Discurso de apertura del año judicial 2019”, www.cij.gov.ar.

gravedad que debe ser considerado la *última ratio* del orden jurídico²¹⁶, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados²¹⁷.

En este marco, nos encontramos con la legislación concursal que establece, de un modo expreso, objetivo y taxativo, qué créditos gozan de privilegio y el orden de su pago en un proceso de crisis. Como se dijo al respecto, puede que el sistema referido no sea perfecto y requiera un cambio, pero genera previsibilidad en las relaciones negociales y, por ende, seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Tan necesaria en épocas de crisis económicas, como la que atraviesa nuestro País desde hace años.

Desde esta perspectiva formal y, ciertamente, no intrascendente, no hacen lo propio ni la Convención de los Derechos del Niño (ley 26.061) ni la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), las que si bien tutelan especialmente a los sujetos a quienes están dirigidas estas normas convencionales, no ingresan en los mecanismos legales de protección patrimonial de eventuales acreencias que pudieran estar en juego.

Solución ésta que sí sucedía en el escenario fáctico del caso “Pinturerías y Revestimientos” (CSJN, 2014), por lo cual la Corte decidió amparar prioritariamente al crédito del trabajador frente a los créditos estatales, dado que ello estaba expresamente reglado por la Recomendación nº 173 de la OIT.

Lamentablemente, nada de ello ocurre con relación a la concurrencia al pasivo concursal preventivo o falimentario de los créditos de personas vulnerables. No existe norma expresa internacional que les confiera privilegio alguno o derecho a pronto pago, que autorice al Juez a desplazar las normas de la Ley 24.522.

Y tal omisión del Estado no puede ser suplida por la judicatura a través de lo normado por el art. 3º del CCyCN, puesto que ordena a los jueces a resolver los casos -mediante una decisión razonablemente fundada- de acuerdo a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos. En esa misión, la interpretación y aplicación de la ley según las disposiciones que surgen de los principios, valores jurídicos y derechos humanos, tiene que efectuarse de un modo coherente con todo el ordenamiento, no para desmantelarlo o destruirlo, sino para optimizarlo y buscar la mejor solución posible. Y esa mejor solución no será brindar respuesta a una de las partes, haciendo sopesar las consecuencias desfavorables en el patrimonio de los acreedores, de los profesionales que intervinieron en el proceso y a costa de la seguridad jurídica y la previsibilidad del tráfico mercantil.

8.6. Necesaria protección de los demás acreedores.

Si bien, reitero, el criterio sentado por la CSJN en el fallo “Institutos Médicos Antártida”, en cuanto protege y da primacía a los derechos del menor hipervulnerable, es loable apelando a criterios de sensibilidad humana, no puede desconocerse que, con esa decisión, se está haciendo sopesar en los demás acreedores (que no cobrarán sus créditos y que, seguramente, también puede encontrarse en situaciones de vulnerabilidad -desconocidas por el magistrado-) y de los profesionales intervinientes (cuyos honorarios tienen naturaleza alimentaria), la obligación del Estado de articular mecanismos óptimos de tutela de los derechos humanos básicos de sujetos vulnerables.

²¹⁶ CSJN, fallos: 303:248; 312:72; 324:920, entre muchos otros.

²¹⁷ CSJN, fallos: 315:923; 328:4542.

Considero que no es válido ni deseable invocar aquellas ideas neoconstitucionalistas para justificar un activismo judicial decisorio; como si la tutela constitucional no incluyera una protección a las garantías de legalidad, imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa (art. 18, CN), como también la salvaguarda del derecho de propiedad de los demás titulares de créditos que se incorporaron al pasivo concursal, como el crédito por honorarios, de naturaleza alimentaria, de los profesionales intervinientes en el proceso.

En este orden de ideas, y hasta tanto exista una reforma legal, se han desarrollado ideas y opiniones tendientes a responsabilizar por el crédito del acreedor vulnerable a los socios de la sociedad y el costo del siniestro trasladarse a las aseguradoras (si existieran y correspondiera), o a los mismos responsables directos, administradores y controlantes.

También responsabilizar al Estado, dado que es el responsable final de la protección y amparo de cualquier persona, más aún vulnerable. Es que, es el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones consagradas en las convenciones internacionales y, por ende, quien debía asegurar el pleno goce de los derechos en cuestión, sin que correspondiera trasladar esa obligación a los demás acreedores concurrentes que contaban con un privilegio legalmente reconocido, como sucedería en el caso con los acreedores hipotecarios que verían postergado el pago de sus créditos.

Paliativamente, hasta tanto el Poder Legislativo se digne en tomar cartas en el asunto, resultaría de gran ayuda la creación de un fondo nacional para la protección de este tipo de situaciones, en donde el Estado cumple con la orden judicial de pago y otorgue al deudor un plan para su devolución, sin hacer sopesar las consecuencias en los restantes acreedores concurrentes al pasivo concursal, que también puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

8.7. Responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Uno de los argumentos que la doctrina emplea para aprobar el segundo y más reciente fallo de la CSJN, que se vincula a que gracias a su dictado la Argentina se exime de responsabilidad internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es acertado.

Es sabido que toda violación de una obligación internacional -generada por costumbre; tratado; sentencia o laudo de un tribunal; resolución de organismo vinculante o por un acto jurídico unilateral²¹⁸- que pueda atribuirse a un Estado de acuerdo con el derecho supranacional, constituye un hecho internacionalmente ilícito que genera responsabilidad internacional²¹⁹.

Para la configuración de este tipo de responsabilidad basta con la comprobación de dos elementos esenciales²²⁰: (i) objetivo, configurado por una acción u omisión²²¹ (v. gr. deber de prevención²²²; falta de debida diligencia en la investigación de delitos²²³) contraria a una obligación

²¹⁸ Vide. BARBERIS, Julio, *Formación del derecho internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 1994, p. 260.

²¹⁹ Comp. GATTINONI DE MUJÍA, María, "La responsabilidad internacional del Estado derivada tanto de la actividad como de la inactividad judicial", en VIGO, Rodolfo L. - GATTINONI DE MUJÍA, María (Dirs.), *Tratado de Derecho Judicial*, T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 305/306.

²²⁰ Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, "La responsabilidad internacional del estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general", Avellaneda SGN Editora, Buenos Aires, 2013, ps. 8/9.

²²¹ Corte IDH, 04/07/2007, "Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador".

²²² Corte IDH, 20/01/1989, "Godínez Cruz vs. Honduras"; *id.*, 29/03/2006, "Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay", LL, cita online: AR/JUR/11099/2006; *id.*, 04/07/2006, "Ximenes López vs. Brasil", LLO: AR/JUR/11786/2006.

²²³ Corte IDH, 26/11/2008, "Tiu Tojin vs. Guatemala"; *id.*, 16/11/2009, "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", LL, cita online: AR/JUR/77909/2009.

internacionalmente asumida por el Estado; y, (ii) subjetivo, que dicha conducta le sea imputable al Estado obligado.

En el escenario apuntado, basta con leer la doctrina sentada en la resolución del juicio “Furlán”²²⁴ de la CIDH, para evidenciar que el Estado argentino ha violado el derecho humano a obtener una decisión judicial en un plazo razonable -por incumplimiento de sus recaudos: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación jurídica de la parte interesada e impactos en la integridad personal-, dado que la fecha del siniestro fue en 1990 y la decisión judicial en comentario es dictada a principios del 2019. Dada la situación inflacionaria de nuestro país, el derecho de propiedad del menor vulnerable también se ha visto conculcado en este caso.

En esta línea de pensamiento, la CSJN en el caso “Institutos Médicos Antártida” -segundo caso-, sea que confirmara el criterio sentado en “Asociación Filantrópica de Beneficencia” -primer caso- o que resolviera del modo en que lo hizo -privilegiando el crédito del menor hipervulnerable y declarando inconstitucional el régimen de privilegios concursales-, igualmente nuestro Estado puede ser pasible de responsabilidad internacional ante los organismos protectorios interamericanos de los derechos humanos, al conculcar el principio del dictado de una sentencia en “plazo razonable”.

Se suma a lo expuesto que, partiendo de la base que todo Estado es internacionalmente responsable por todo acto u omisión de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, nuestro país, al no arbitrar mecanismos judiciales y/o administrativos idóneos que brinden una solución efectiva, eficiente y adecuada para este grupo de acreedores (personas humanas en situación de vulnerabilidad), podría llegar a ser pasible de un reclamo de responsabilidad internacional por ausencia de tutela judicial y administrativa efectiva ante los organismos internacionales protectorios de los Derechos Humanos.

8.8. Imperiosa y urgente necesidad de una reforma.

A la luz de todo lo expuesto, para procurar la salvaguarda de la seguridad jurídica, la división de poderes y el derecho de propiedad de todos los acreedores concurrentes al pasivo concursal, la necesidad de una reforma integral sobre la temática se impone de un modo contundente. Máxime, si es una cuestión advertida y debatida por la doctrina concursalista desde más de 15 años.

Cabe recordar las conclusiones y las recomendaciones, expuestas en 2009 (a raíz del fallo de primera instancia en “Institutos Médicos Antártida”, de 2007), en el marco del *VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*: “...se coincide en que es necesario que la ley concursal se haga cargo del conflicto, estableciendo un régimen especial para este tipo de acreedores que hoy son quirografarios, lo cual amerita introducir una reforma en la Sección de Los Privilegios y en su caso, de las categorías, dado que nadie considera apropiado que estas preferencias deban ser dispuestas por los jueces por vía interpretativa o integrativa, teniendo que recurrir a la Constitución Nacional (derechos y garantías) y/o a los tratados internacionales ratificados por el país, para poder hacer justicia en el caso concreto frente a situaciones puntuales de altísima sensibilidad porque ello confronta con el régimen cerrado y estricto de los privilegios en el Derecho Concursal y produce tremenda incertidumbre e inseguridad jurídica”.

²²⁴ Corte IDH, 31/08/2012, “Furlán y Familiares vs. Argentina”, LL, RCyS, 2013-II-276.

El interés y la inquietud que el tema despertó fue en aumento en los sucesivos Congresos Argentinos de Derecho Concursal e Iberoamericanos de la Insolvencia (Tucumán-2012; Córdoba-2015; Santa Fe-2018 y Bahía Blanca-2021), con la activa participación en ponencias y exposiciones por parte de la más autorizada doctrina nacional e internacional.

Es pacífica la conclusión que la solución a este conflicto no debe venir de la mano del Poder Judicial (la que actualmente es paliativa, pero sumamente peligrosa, ante la inacción del Congreso), sino directamente del Poder Legislativo, a los fines de preservar los principios de división de poderes y la seguridad jurídica, cimientos de cualquier verdadero Estado de Derecho.

En este escenario, considero acertada las conclusiones arribadas en el fallo “Asociación Filantrópica de Beneficencia”, puesto que el Poder Judicial no debe obrar como legislador, sino exhortar a nuestro Estado para que cumpla con los compromisos por la CADH y, de un modo inmediato, se avoque a reformar la legislación vigente y prever mecanismos de reparación rápida e integral de los créditos de vulnerables en los procesos de insolvencia.

Ahora bien, si el Estado no toma ese compromiso, y de proliferar resoluciones como las adoptadas “Institutos Médicos Antártida” o “Fundación Educar”, primará la pérdida de la dimensión formal e institucional del derecho, con una fuerte inseguridad jurídica en las transacciones comerciales, con la consecuente disminución del crédito a establecimientos médicos, educativos, de transportes, de construcción o, en su defecto, un extremo encarecimiento del mismo.

Finalmente, y más allá de lo expuesto, estos fallos (2018 y 2019) serán de gran utilidad a los fines de abrir un cauce dentro del derecho judicial y permitir la convocatoria a los legisladores a una serena y profunda reflexión sobre el tratamiento de este tipo de créditos, en armonía y sin conculcar derechos de terceros, igual de legítimos que aquellos.

En nada soluciona el conflicto, el art. 51 del Anteproyecto de reformas al CCyCN, en cuanto establece que “las personas en condiciones de vulnerabilidad tienen derecho a una tutela efectiva diferenciada, que promueva, proteja y asegure el pleno y eficaz goce de sus derechos y el respeto de su dignidad”, puesto que contiene la misma indefinición que los tratados internacionales sobre la materia, más no se expide directamente con relación a si los créditos de personas vulnerables gozan de privilegio en los procesos de ejecución contra su deudor, sea individual o universal.

Deberá encontrarse y conjugarse entonces, medidas y herramientas idóneas, de diversa naturaleza, para la satisfacción íntegra de los derechos del menor y otros sujetos vulnerables, sin violentar derechos legítimamente reconocidos a terceros, ni alterar el equilibrio fundamental otorgado por la igualdad estricta que debe primar en toda relación de derecho privado, inspirada por los lineamientos de la justicia conmutativa.

Nuestro Estado debe tomarse esta temática en serio de una vez por todas y adoptar medidas legales concretas para agilizar los procedimientos judiciales, asegurar el ejercicio y goce de los derechos humanos sin discriminaciones arbitrarias, brindar atención especial, protección enriquecida y un trato preferente a las personas en situación de vulnerabilidad en el marco de los procesos de ejecución individual como colectiva, preservando los derechos de todas las partes involucradas en los procesos de crisis, la seguridad jurídica y el principio de división de poderes.

Considero que solo a través de una reforma legislativa, integral y eficiente, sobre la cuestión litigiosa analizada en este trabajo, salvaguardaría adecuadamente la dignidad de la persona humana, cumplimentaría con los lineamientos convencionales en la materia y permitiría mitigar la situación de la concurrencia de las personas vulnerables en los procesos de crisis empresaria, sin

conculcar derechos de terceros ni violentar los principios de división de poderes, seguridad jurídica y previsibilidad en las transacciones económicas.

Es que colocar a la inviolabilidad de la dignidad de hombre como un principio general y cardinal del derecho, aplicable a todas las relaciones jurídicas e independientemente del rol que el ser humano desarrolle en la sociedad, no solo nos posibilita avanzar como sociedad, sino que torna operativos los valores constitucional y convencionalmente reconocidos.

“PROBLEMAS ACTUALES DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: EL CASO ARGENTINO”**Alexis Matías Marega²²⁵****1. Introducción**

El derecho comercial en general es un área del derecho que, por la vorágine de sus operaciones y la siempre innovadora tecnología aplicada para el intercambio de bienes y servicios, se encuentra en continua evolución.

Proyectar y dictar códigos o leyes marco sobre estas cuestiones son siempre a riesgo que más pronto en el tiempo se vean en la necesidad de introducir reformas para no detener el avance de la ciencia y la técnica aplicada al rubro.

Es en este ámbito en el cual se ubica el derecho concursal -que aquí nos interesa- y más específicamente el derecho falencial internacional. Si es de difícil concreción la modificación o reestructuración de la legislación local, mucho más complejo resultan ser la redacción, aprobación y puesta en práctica de los convenios o acuerdos internacionales entre países, inclusive para una temática tan trascendente para las economías de las naciones.

Desde tiempo antes de la pandemia del COVID-19 diversos países del mundo han comenzado a modificar sus legislaciones concursales²²⁶ para adaptarlas a las nuevas exigencias del mercado, receptando en sus textos las reflexiones de la doctrina y sobre todo la experiencia de las leyes pasadas.

Sin embargo no ocurre lo mismo con los convenios internacionales que deben abordar esta cuestión. La ya habitual internacionalización de los negocios conlleva obligatoriamente la necesidad de coordinar políticas y procedimientos para atender diversas cuestiones y brindar seguridad jurídica a las empresas.

En este trabajo nos proponemos analizar la cuestión y centrarnos en el caso argentino, evaluando de qué manera la ya vetusta ley concursal N° 24.522 aborda la cuestión y cuáles son los pactos con países del Mercosur que permiten abordar el asunto, para evaluarla a la luz de las nuevas exigencias del derecho de la insolvencia.

2. Encuadre de la cuestión

La especificidad de los concursos preventivos plantea siempre un problema de interpretación cuando se lo analiza desde otras áreas del derecho, y no porque sea un compartimento estanco, sino porque posee principios que le son propios y que son necesarios conocerlos para lograr su armonización.

²²⁵ Abogado, doctorando en Ciencia Jurídica (UCSF), Diplomado Internacional en DDHH (UCC) y en Razonamiento Legal Aplicado (USP-T). Director del Instituto de la Empresa de la Universidad Católica de Santa Fe (UCSF). Profesor de grado en la Facultad de Derecho de la UCSF. Correo electrónico: amarega@ucsf.edu.ar

²²⁶ Véase los casos de Las Directivas de la Unión Europea 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20/06/2019, el Texto Refundido de la Ley Concursal de España aprobado por el Real Decreto Legislativo 01/2020 y su reforma mediante ley 16/2022, la reforma del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* italiana del 15/07/2022 y la reciente “Modernización de los Procedimientos Concursales” mediante la ley chilena 21.563 del 10/05/2023.

Así, por ejemplo, los objetivos concursales como la conservación de la empresa, la protección de los acreedores y del deudor, la tendencia a la salvaguarda de las fuentes de trabajo, el reconocimiento de la importancia de la explotación económica en el entorno socio-cultural en el cual se desarrolla, y los clásicos principios de universalidad e igualdad de condiciones de los acreedores, deben tenerse siempre presente cuando se pretende desarrollar cuestiones referidas a los concursos. Esto principios y ejes orientadores varían entre las diferentes legislaciones del mundo, pero todas siguen una tendencia clara: la necesidad de proteger la empresa.

A raíz de ello, en el presente se intentará encarar la cuestión teniendo como eje las enseñanzas de los internacionalistas, abordando detenidamente los convenios, tratados, acuerdos y demás instrumentos que permiten su armonización, pero sin perder de vista (y por ello se remitirá constantemente) de los fines concursales que deben tener en mira un proceso de insolvencia internacional.

Pero, antes de comenzar debemos cuestionarnos qué es y por qué es necesario tratar la insolvencia en el derecho internacional privado. Para poder comprender la complejidad pero también la importancia de la cuestión es necesario tener presente dos ámbitos diferentes que en un punto se van a enlazar.

Primeramente, el desarrollo acelerado del comercio mostró -desde muy temprana edad- su espíritu internacionalista mediante el intercambio de productos en los grandes puertos de la Europa medieval. Los negocios conllevan, necesariamente, problemas de pagos y cobros, surgiendo así la necesidad de regular la falencia²²⁷. Si bien el origen legal de ésta se dio en Roma, fueron las regiones de Venecia, Bolonia y Florencia las que propiciaron, mediante su realidad circundante, la configuración del derecho comercial moderno, y con ello la quiebra introducida por primera vez en el *Costituto* de Siena en 1262, denominado *cessatus*, en referencia a cesación de pagos, lo que llevaba a que el juez dictara la *banca rotta* del *fallitus*²²⁸, que literalmente implicaba la ruptura del banco donde el deudor comerciaba. Es decir, la prohibición de seguir comercializando hasta que satisfaga a sus acreedores.

Llegado a este punto, la cuestión se presenta de manera más clara y podemos internacionalizar la cuestión. Las empresas comerciales hicieron crecer su negocio de tal manera que presentaban transacciones comerciales dentro y fuera de su país, celebrando contratos, contrayendo empréstitos, formulando garantías de pago, obligaciones, etcétera, e incluso la apertura de sucursales, la instalación de nuevos negocios, la adquisición de bienes en otras jurisdicciones.

Cuando uno de estos comerciantes deja de pagar (ingresa en una cesación de pagos), entonces un juez -a pedido de un acreedor o por pedido del propio deudor- puede dictar su concursamiento o su quiebra. Entendida así la cuestión, no presenta ningún tipo de inconvenientes, pues siguiendo los principios de universalidad y unidad -es decir, un único proceso que abarque todo su patrimonio-, el juez que pronuncia la sentencia debe mandar a traer todos los bienes (incluyendo los extranjeros) para liquidarlos (en caso de quiebra) o para

²²⁷ El origen de la quiebra, que pasó por diferentes etapas, comenzando en la Ley de las XII Tablas en Roma y su *manus injectio*, que obligaba al deudor a cumplir bajo la posibilidad de que su acreedor lo tomara como prisionero para luego matarlo o venderlo como esclavo al extranjero, hasta llegar a la ejecución patrimonial con la *Bonorum venditio*, *cesio bonorum* y *Bonorum distractio*, para finalizar en el antecedente inmediato de nuestro concurso actual, el *Pacta ut minus solvatur*.

²²⁸ Cfr. GRAZIABILE, Darío, *Instituciones de derecho concursal*, Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 49.

controlar su administración (en caso de un concurso preventivo), y todos los acreedores, sin importar su origen, deben concurrir a la sede del concurso a solicitar la verificación de sus créditos.

Aquí nos encontramos con el segundo ámbito a tener en cuenta para comprender las insolvencias transfronterizas: la soberanía de los Estados; pues bajo el concepto de “nada escapa al control estatal”, los bienes y sobre todo los bienes inmuebles interesan de manera especial a los países por lo que se procuran de ciertas legislaciones que los protegen principalmente, haciendo muy dificultoso, sino imposible, salirse de su ámbito de control. También la protección que cada Estado hace de sus propios ciudadanos, y en lo que aquí interesa, de los acreedores nacionales.

El problema, que adelantamos no tiene solución en la legislación, es cómo abordar la cuestión de los comerciantes (particulares o empresas) que presentan bienes, sucursales, unidades de negocios, contratos y un sinfín de acuerdos económicos en diferentes países de la urbe, para coordinar políticas legislativas que permitan o bien unificar los criterios concursalistas o bien determinar la partición del patrimonio y -por lo tanto- reconocer la existencia de diferentes tipos o clases de acreedores, con los problemas que ello acarrea y que se desarrollarán en el presente.

A esta altura de la introducción, puede advertirse que la cuestión central en las insolvencias internacionales no es de índole sustancial, sino de proceso concursal. Esta temática trata -entonces- de la repercusión concursal cuando hay en la relación un elemento de extranjería, un elemento que por plurales motivos puede generar la aplicación de una ley de otro país, o un tratado entre países o un marco normativo uniforme diverso al ordenamiento interno, circunstancias en las cuales el ordenamiento concursal de un país de alguna manera cede o paradójicamente concurre con el ordenamiento de otro u otros países²²⁹.

La doctrina ha practicado una multiplicidad de definiciones para enunciar las quiebras internacionales²³⁰, debiendo comprenderse que se trata de un proceso de reestructuración de deudas o liquidación de bienes de manera colectiva, cuando en la vida empresarial se presenten elementos extranjeros, pudiendo ser bienes, acreedores, sucursales, filiales, contratos comerciales, convenios laborales, empréstitos o cualquier otro *comercial paper* en un país distinto a donde funciona su sede o centro de operaciones.

3. Sistemas concursales internacionales

²²⁹ Cfr. *ibid.*, 383.

²³⁰ AZAR, Horacio, “Procesos de insolvencia en el Derecho Internacional Privado argentino: Los concursos y quiebras internacionales,” *El Derecho*, no. 215 (2005), enseña: “se entiende por concurso o quiebra internacional aquel proceso administrativo o judicial relativo a insolvencia [...] dicho proceso requerirá de elementos extranjeros, pudiendo ser éstos personales, reales o conductistas”. DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El derecho internacional privado actual*, 1ª ed., Buenos Aires, Zavalia, 2017, p. 461 la define como “un procedimiento de ejecución forzada de los créditos sobre un patrimonio insuficiente que se liquida por una comunidad de acreedores bajo el principio de la comunidad de pérdidas”. UZAL, María E., *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 936 define a los procedimientos concursales internacionales cuando hay acreedores o deudores en varios países o con establecimientos en diversos Estados nacionales, o cuando, aun sin que ello ocurra, los créditos, deudas o bienes afectados, no están todos en una misma jurisdicción estatal. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Ley de concursos y quiebras*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p. 90 explican que los concursos y quiebras son transfronterizas cuando afectan a un mismo sujeto de derecho pero con bienes en diversos países. De manera más sucinta, RIVERA, Julio César, *Instituciones de derecho concursal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 272 dice: “esto es lo que se denomina quiebra extranacional: es decir, la que afecta a un sujeto que posee un patrimonio internacionalmente disperso”.

En el acápite anterior se ha explicado que la existencia de elementos de una empresa (y no nos referimos sólo a su patrimonio, como bienes, sino a acreedores) en un país ajeno a su sede central o sitio principal donde desarrolla sus negocios es requisito suficiente para que se disparen una cantidad de reglas y normas que colisionan entre sí, produciendo un caos legislativo.

Imaginemos una aerolínea que opera en diversos países en todos los continentes del mundo, tiene contratos con diferentes aeropuertos, personal contratado en cada país en el cual opera, pilotos de nacionalidades diferentes, aviones registrados en distintos países, agencias, sucursales, casa central, contratos bancarios, empréstitos tomados por distintos bancos, incluyendo bancos locales como internacionales (Rebobak, FMO, IFC, etc.). Si en algún momento esta empresa ingresa en cesación de pagos, posee suficientes elementos extranjeros para que sea una quiebra transfronteriza.

Si suponemos que la aerolínea tiene su sede central en Alemania y allí solicita su quiebra, el juez mandará a liquidar todos los bienes y llamará a todos los acreedores para que concurran a verificar sus créditos para -posteriormente- poder cobrar con lo recaudado. Ahora bien, los bienes radicados en el extranjero y los acreedores cuyos pagos deben efectuarse en el extranjero entrarán en conflicto por las leyes locales que lo rigen.

Si bien la ley alemana manda a liquidar todo el patrimonio, la ley argentina estipula que en caso de una quiebra decretada en el extranjero, los bienes radicados en el país serán liquidados y se pagarán a los acreedores locales, para luego, en caso de remanente, pagar a los acreedores foráneos. Partiendo de esta problemática -simplificada a los fines didácticos- en la doctrina tradicional se plantean dos grandes corrientes de pensamiento.

Por un lado, quienes sostienen que debe primar los principios de universalidad del patrimonio y unidad del concurso, por lo que todos los bienes sin excepción del lugar de su radicación deben ser liquidados por la quiebra abierta, y todos los acreedores, sin interesar los tipos de compromisos asumidos ni -obviamente- la nacionalidad de éstos, deben concurrir a la sede de la quiebra a reclamar su crédito y cobrarse con el resto. Esta teoría, que plantea un proceso único, se denomina Sistema de Unidad. Este sistema tiene un alcance extraterritorial, porque su proceso falencial se extiende más allá de las fronteras del país donde se tramita.

La segunda postura argumenta que una sentencia sólo tiene efectos dentro del país en la cual se dicta (por ello se denomina "sistema territorial") y por lo tanto admite la existencia de múltiples procesos falenciales, en cada uno de los países en los cuales la empresa tenga bienes o acreedores, que se regirán por las leyes propias de cada país. Este sistema es denominado como Sistema de Pluralidad²³¹.

Entonces, puede advertirse dos sistemas: uno de "unidad" que conlleva la extraterritorialidad de la sentencia de quiebra, y otro de "pluralidad", pues las sentencias son sólo locales (sin alcances fuera del territorio donde se dictó).

²³¹ Resulta muy importante para comprender los fundamentos de uno y otro sistema, advertir que el Sistema de Unidad tiene su raíz más antigua en el denominado "estatuto personal", que era la postura que intentaba explicar la necesidad de que se tramite una sola quiebra en que "produciendo la quiebra una *capitis diminutio* respecto de la persona del fallido, considerándolo un incapaz, las leyes que determinan esta, es decir, las de su domicilio, tienen efectos internacionales". Mientras que el "sistema de pluralidad" parte del "estatuto real", el cual afirmaba que atento a regir la quiebra el patrimonio del quebrado, debía aplicársele la ley del lugar donde se encontraban los bienes sin poder extender sus efectos más allá del límite de su territorio. Cfr. GRAZIABILE, Darío, *op. cit.* p. 387.

Sin embargo, esta combinación fue ampliada por la doctrina contemporánea, aclarando que la “extraterritorialidad” admite ambas modalidades: la unidad y la pluralidad. La extraterritorialidad de los sistemas de unidad fue explicada en párrafos anteriores. La extraterritorialidad en los sistemas de pluralidad de quiebras radica en que “nadie puede estar a la vez en quiebra en un país e *in bonis* en otro en el cual tenga bienes o acreedores”²³².

Así, un acreedor de un país ajeno donde la empresa ha quebrado puede solicitar la quiebra de ésta en su país a los fines de liquidar los bienes allí radicados y poder hacerse de su crédito, aún cuando en ese país la empresa no se encuentre en cesación de pagos. Así, se expanden los efectos de la quiebra pronunciada en un país, hacia afuera de las fronteras no de manera inmediata, como presupone el sistema de unidad, sino a través del pedido de algún acreedor extranjero, en su país de origen, para que allí también se apliquen los efectos de la falencia, se liquiden los bienes y se cobren sus créditos.

Ninguno de estos sistemas se encuentra de manera pura en las legislaciones del mundo, sino que aparecen de manera mixta, como se verá en los próximos títulos, e incluso los avances que se efectúan en materia de cooperación internacional siguen también esta línea de pensamiento²³³.

3.1 El sistema de unidad²³⁴

Este sistema prevé un juicio único y universal ante el cual deberán presentarse todos los acreedores para hacer efectivo sus créditos²³⁵. Se enfatiza el elemento personal del fallido sobre el lugar de situación de sus bienes y concibe su patrimonio como una unidad²³⁶. Siguiendo este precepto, se abre un procedimiento concursal único que abarca la totalidad del patrimonio del deudor. Aquí el juez del concurso aplica una sola ley (*lex concursus*) a todas las actividades comerciales del deudor a partir de una base mundial. Entonces, la sentencia que dicta el juez tiene un efecto expansivo más allá del país, produciéndose la “extraterritorialidad” del concurso.

Resulta aplicable en estos casos la ley del lugar del proceso (*lex fori*), la que es determinada en relación al domicilio del deudor o del lugar de la administración de sus negocios. También puede aplicarse el estatuto personal en relación al domicilio real del deudor. Dicha ley impone el procedimiento y la jurisdicción y la manera en la que los acreedores harán valer sus derechos en el concurso sin importar el lugar de cumplimiento de sus créditos, como así también sus relaciones con el deudor²³⁷.

Importante doctrina concursalista nacional entendió que lo más coherente con el sistema falimentario sería que internacionalmente se adoptara la unidad concursal, pues se aspira a la

²³² RIVERA, Julio César, *op. cit.*, p. 275.

²³³ Se verá más luego las proposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL y los avances en la legislación de la Unión Europea referente a esta materia.

²³⁴ La doctrina menciona a este sistema como de unidad, extraterritorial o universal, por lo que todas estas denominaciones serán utilizadas de manera indistinta para referirnos a este sistema.

²³⁵ Cfr. WEINBERG DE ROCA, Inés, “Concursos internacionales en la ley 24.522,” *El Derecho*, no. 170 (1997).

²³⁶ Rivera y Crovi van a definir al patrimonio como una universalidad de bienes, que toda persona tiene necesariamente uno y solo un patrimonio, el cual es inajenable y opera como garantía de las obligaciones de su titular. RIVERA, Julio César y CROVI, Luis, *Derecho civil parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, p. 578. Siguiendo esta idea de patrimonio único, Savigny afirmaba que la quiebra declarada en un país produce efectos en todos y cualquier otro donde el fallido tenga bienes que constituyen. Cfr. CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 335.

²³⁷ Cfr. GRAZIABILE, *op. cit.*, p. 389.

unificación, porque la variedad y anarquía afectan la seguridad y estabilidad en las relaciones²³⁸, aunque resulte utópico pensar en la unificación total, porque cada legislación mirará la situación económica, social y política de su país²³⁹.

3.1.1 Ventajas del sistema de unidad

Entre las ventajas que se pueden destacar de este sistema, se encuentra la preservación del principio de universalidad que caracteriza a la quiebra, pues todos los bienes -sin excepción- son traídos al único proceso falencial para ser liquidados por el juez y los funcionarios concursales. El fin de la quiebra es la repartición proporcional del activo entre todos los acreedores y no puede ser logrado sino cuando el procedimiento es único y comprende todos los bienes y todos los créditos²⁴⁰.

La igualdad de trato entre los acreedores, que deben recurrir ante el mismo juez y cumplir -todo ellos- las mismas normas para el reconocimiento y posterior pago de sus acreencias. Según entiende Dreyzin de Klor, los procesos tramitados en el sistema de unidad son menos onerosos y más eficientes, pues se logran reducir costos procesales y aumentar el valor del patrimonio, ello en tanto al considerarlo unitariamente permite la venta global de la empresa²⁴¹, evitando su fraccionamiento o desmembramiento. Entendemos que de este modo, además, se logra consagrar la venta de la empresa en marcha, permitiendo la protección de la explotación económica, lo que conlleva a su vez el resguardo de las fuentes de trabajo.

Al centrarse en un único juez de un único país, las reglas, procesos, privilegios, resoluciones, síndicos y demás periplos propios de este tipo de procesos genera previsión y seguridad jurídica, conociendo de antemano las disposiciones a utilizar durante todo el procedimiento, evitando la adopción de resoluciones contradictorias.

Los defensores de este sistema, respondiendo a las críticas efectuadas por la doctrina, argumentan que las ideas de orden público y soberanía de los Estados son antiguas, esgrimidas en todas las controversias de Derecho Internacional y, agrega, que no es admisible atrincherarse tras la noción vaga de la independencia o soberanía de los Estados, porque ello equivaldría a hacer renacer la idea rancia de que los Estados tienen un dominio eminente sobre los bienes que se encuentran en su territorio²⁴².

3.1.2 Críticas al sistema de unidad

El sistema de unidad pondera que las resoluciones de quiebra se extiendan más allá del Estado al que pertenece el juez que la dicta, propiciándose la extraterritorialidad en cuanto a sus efectos. Argumentan los opositores a este sistema que ello implica violentar el orden público local y la soberanía de las naciones, pues las leyes de quiebras son nacionales, dictadas conforme las realidades imperantes en cada país, sus costumbres e idiosincrasia, las necesidades de sus empresas y la mayor o menor intervención del Estado en sus asuntos económicos. Así, son leyes de policía y seguridad, lo que implica necesariamente su territorialidad.

²³⁸ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, p. 364.

²³⁹ Cfr. GRAZIABILE, *op. cit.*, p. 390.

²⁴⁰ Cfr. DREYZIN DE KLOR, *op. cit.*, p. 468.

²⁴¹ Cfr. *ibid.*, p. 469.

²⁴² Cfr. *ibid.*, p. 467.

La existencia de un único concurso en un único país que abarque todas las acreencias que el deudor pueda tener alrededor del mundo, conlleva necesariamente el problema de la comunicación en un doble sentido.

Por parte del acreedor que debe anoticiarse del proceso falencial que podría darse en cualquier parte del mundo. Imaginemos una empresa de transporte internacional (v. gr. una flota marítima) con sedes, sucursales y negocios en siete países distintos; según la ley de alguno de esos países, podría presentar el pedido de quiebra en uno que no sea necesariamente la de su sede central, sino donde tenga sus negocios principales²⁴³, lo que desorientaría hasta al acreedor más perspicaz.

Asimismo, esta disposición implicaría necesariamente una coordinación y cooperación interjurisdicciones para poder efectuar las liquidaciones de bienes situados en territorio extranjero. Sin embargo, en la mayoría de los países del sistema romano germánico, la dificultad más significativa se halla en la menor discrecionalidad -real o asumida- que los jueces tienen para crear soluciones no contempladas en la ley y, por cierto, en la falta del marco legal adecuado²⁴⁴ que permita la cooperación entre jueces o tribunales que tienen a cargo procesos, distintos pero vinculados, radicados en países diferentes.

La situación de los bienes muebles y sobre todo inmuebles en diferentes Estados, los privilegios y las cargas que pesan sobre la propiedad raíz, son cuestiones que no pueden resolverse sino de acuerdo a las leyes territoriales del lugar de la situación²⁴⁵.

3.2 El sistema de pluralidad de quiebras

El deseo de uniformidad choca ineludiblemente con concepciones locales y la priorización de intereses soberanos, lo que hace muy difícil exportar los ideales teóricos a las legislaciones concretas²⁴⁶. Así, el sistema territorial de los concursos le otorga fuerza jurisdiccional interna a la sentencia de quiebra, no permitiendo que sus efectos se expandan hacia el exterior del territorio nacional.

En este orden de ideas, la quiebra extranjera carece de efectos locales; la quiebra local no tiene efectos extranjeros y surge la posibilidad de la existencia de la pluralidad de concursos. Esta concepción es la que ha primado internacionalmente justificando sus adherentes que la naturaleza de la quiebra radica en el patrimonio del deudor y no es su persona, razón que justifica la aplicación del estatuto real, es decir de la ley del territorio donde se encuentran los bienes²⁴⁷.

El sistema de pluralidad de quiebras parte de la idea de soberanía y jurisdicción, el cual el Estado ejerce sólo dentro de su territorio, y por lo tanto el *imperium* de los jueces no se extiende más allá de estos límites.

²⁴³ Este requisito varía según cada país y las disposiciones de sus leyes falimentarias locales. En Argentina, el lugar de presentación de la quiebra o concurso preventivo estará determinada por el domicilio societario; en caso de sociedades no constituidas regularmente, el del lugar de la sede (art. 3, LCQ). En cambio, Reino Unido permite la apertura de un proceso concursal (administración), cuando -a pesar que la empresa se encuentre constituida en país ajeno- la sede de la administración se encuentre en su territorio. London High Court of June 4, 2002 (unreported) – Substantive Consolidation (Enron Directo Sociedad Limitada). Un sumario del caso en inglés se encuentra disponible en <https://bit.ly/3h04fjY>.

²⁴⁴ Cfr. ROUILLON, Adolfo, "Cooperación concursal internacional," *La Ley*, 2016-A (2015).

²⁴⁵ Cfr. DREYZIN DE KLOR, op. cit., p. 469.

²⁴⁶ Cfr. UZAL, María E., "La insolvencia multinacional y la coordinación de jurisdicciones," in *Derecho concursal*, ed. PAJARDI, Piero, Buenos Aires, Ábaco, 2013, p. 605.

²⁴⁷ Cfr. GRAZIABILE, op. cit., p. 389.

Dreyzin de Klor explica: “la concepción territorialista es un reflejo perfecto del fraccionamiento jurídico: cada Estado donde el deudor tenga bienes organiza la quiebra según su propio derecho”²⁴⁸.

Entonces, el acreedor que petitionó la quiebra del deudor en un país, debe también solicitarla en cada uno de los países en el que el fallido tenga bienes, teniendo en consideración el lugar de cumplimiento de las obligaciones para que sea allí, con esos bienes y bajo las leyes de ese país, donde se ejecuten a los fines de pagar las acreencias correspondientes.

Se desconocen los efectos locales de la quiebra extranjera, y por lo tanto se niegan la propagación de sus efectos. Así, si una quiebra es dictada por un tribunal brasilero referente a una empresa que tiene sucursal en Argentina, ningún juez nacional hará reflejar la quiebra brasilera en nuestro país²⁴⁹. Partiendo del sistema territorial, los acreedores locales deberían solicitar a un juez argentino, tomando como antecedente la declaración de quiebra en otro país, para que inicie un proceso falencial y liquide los bienes radicados en el territorio nacional.

¿Cuántas quiebras pueden ser solicitadas? Tantas como países en los cuales la fallida tenga bienes, presentándose así la “pluralidad de quiebras” que le da el nombre a este sistema. ¿Cómo y por qué se legisla de esta manera? Se debe partir de la idea de que los Estados no pueden fijar con leyes locales qué ocurre en el extranjero. Una ley que disponga: “dictada la quiebra en el país, todos los bienes radicados en el extranjero serán liquidados por los jueces de sus jurisdicciones y remitida vía giro postal los saldos para efectuar los correspondientes pagos ante el juez concursal” sería absolutamente inaplicable, pues ningún juez extranjero miraría esta ley - a la cual no está sometido- para dar curso a un pedido. El tribunal local se rige por las leyes de su país.

Entendida así la cuestión, las legislaciones sí pueden establecer qué ocurre en el territorio nacional cuando una empresa quiebra en el extranjero y tiene bienes, negocios o acreedores en el país; y es en estas circunstancias en las que se dictan reglamentaciones como el artículo 4 de nuestra ley de Concursos y Quiebras. También se protege de esta manera a los acreedores nacionales por sobre los extranjeros, los bienes y los procedimientos para liquidarlos según la legislación patria y, en definitiva, se acentúa un localismo legislativo.

3.2.1 Ventajas del sistema de pluralidad

La protección de la soberanía estatal es una de las grandes ventajas que ofrece el sistema territorialista, pues la apertura de múltiples procesos falenciales permite a cada Estado la aplicación de sus leyes de policía y control, privilegiando a los acreedores locales con los bienes radicados allí.

Alguna doctrina ha destacado también la protección de la posición de los acreedores que no son grandes empresas, como trabajadores, consumidores o pequeños comerciantes vinculados por la cadena de distribución, que no tienen el margen de elevar el precio de su crédito ante la virtualidad de un procedimiento de insolvencia en el extranjero²⁵⁰.

Así entendida la cuestión, un proceso iniciado en el país donde el acreedor debía cobrar su crédito o donde el trabajador celebró su contrato y desarrollaba su actividad resulta mucho más

²⁴⁸ DREYZIN DE KLOR, op. cit., p. 463.

²⁴⁹ Veremos más luego que la situación no es tan tajante, pues los sistemas puros no se presentan en la realidad de las legislaciones internacionales.

²⁵⁰ Cfr. DREYZIN DE KLOR, op. cit., p. 467.

protectorio de la parte más débil, que no deben recurrir a costosos procesos internacionales para intentar cobrar un crédito que, a tenor de los montos, muchas veces no resultan ser siquiera viable el pedido de verificación. Asimismo, el seguimiento del proceso, muchas veces en idioma extraño, acarrea grandes conflictos para el pequeño acreedor o trabajador, falto de tiempo, recursos y conocimiento para semejante empresa jurídica.

3.2.2 Críticas al sistema de pluralidad

Existen diversos inconvenientes que se convierten en centro de críticas contra el sistema de pluralidad de procesos, siendo el más recurrente -justamente- la multiplicidad de procesos abiertos en diversos países, lo que aumenta considerablemente los costos de su tramitación. Una misma compañía debe hacer frente a múltiples procesos falenciales, debiendo contratar abogados en cada uno de los países, teniendo que coordinar a todos ellos.

La afectación al objetivo concursal de continuación de la empresa en marcha. Ello así por cuanto la pluralidad implica someter el proceso de insolvencia a diversas legislaciones, lo que conlleva una dificultad enorme para vender la empresa como una unidad productiva, facilitando -de manera involuntaria- el desmembramiento de la unidad de negocio.

La falta de coordinación entre los jueces de diversas jurisdicciones por la ausencia de acuerdos o convenios entre los Estados²⁵¹, el carácter caótico propio de los concursos se acentúa en los transfronterizos²⁵².

3.3 Sistemas intermedios

Hemos advertido al comienzo de esta investigación que ninguno de los sistemas de insolvencia internacional se presenta de manera pura en la realidad. Los tratados internacionales toman cuestiones de uno y otro para atender las diferentes situaciones que se pueden presentar en los países signatarios, destacándose dos procesos o sistemas que imperan en la actualidad: los procesos paralelos y auxiliares.

Un proceso auxiliar no es un proceso de insolvencia totalmente nacional, sino uno limitado que tiene como principal objeto dar asistencia al proceso principal que se desarrolla en el extranjero en el Estado donde el deudor tiene su centro de intereses principales. Un proceso de estas características prospera toda vez que el juez nacional se asegura de que los acreedores locales tendrán un tratamiento justo y serán oportunamente satisfechos²⁵³.

El proceso paralelo implica varios procesos desarrollándose simultáneamente en varios países. Se trata de procesos totalmente nacionales, pero donde los jueces de cada uno de ellos procuran la coordinación y cooperación en su administración²⁵⁴.

A su vez, estos procesos paralelos poseen una subcategoría que Carrizo Adris y Consolo denominan "secundarios". Éste es un proceso paralelo, es decir totalmente local, el cual va más

²⁵¹ Se verá luego que las disposiciones de los Tratados de Montevideo son vetustas y no logran satisfacer las necesidades siempre cambiantes de los mercados y -por sobre todo- de los procesos falenciales internacionales.

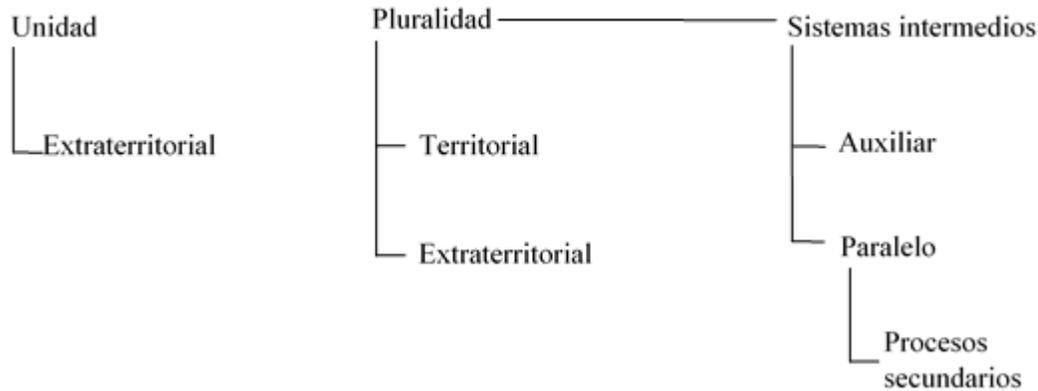
²⁵² Cfr. ROUILLON, Adolfo, "Cooperación y comunicación judicial internacional en procesos concursales," in *Concursos y quiebras.: Estudios en homenaje al Dr. Ricardo S. Prono*, ed. Adolfo Rouillon (2011).

²⁵³ Cfr. CARRIZO ADRIS, Gustavo y CONSOLO, Analía, "La regulación de la quiebra transfronteriza: ¿fraccionamiento o unidad?," *Revista de derecho comparado* 15 (2009).

²⁵⁴ Cfr. WESTBROOK, Jay L., "Multinational enterprises in general default: Chapter 15, the ALI Principles and the EU Insolvency Regulation," *American Bankruptcy Law Journal* 76 (2002).

allá de la mera coordinación con otras jurisdicciones al solicitar a los jueces locales el diferimiento en algunos aspectos en relación a un procedimiento principal extranjero²⁵⁵.

Sistemas de insolvencia transfronteriza



4. La regulación de los sistemas de insolvencia transfronteriza

Hemos explicado que los sistemas de quiebras internacionales no se presentan de manera pura en las diversas legislaciones y convenciones internacionales, sino que cada país o bloque toma ciertos elementos de unos y otros, incluyendo aspectos de los sistemas intermedios, confluyendo en una reglamentación que no pueden encasillarse de una u otra manera, aunque la doctrina suele identificar las tendencias o aspiraciones que las impulsaron.

Al analizar la legislación nacional, y más luego los Tratados y Convenciones de diferentes partes del mundo, se podrá observar qué aspectos de uno u otro sistema fueron tomados para regular ciertos problemas que plantean las quiebras transfronterizas.

4.1 La legislación argentina

4.1.1 Antecedentes

Debe recordarse que los países regulan qué ocurren con las quiebras o concursos preventivos dispuestos o abiertos en país extranjero, pero resulta -al menos por ahora- imposible determinar qué ocurre con una sentencia de quiebra dictada en el país respecto de bienes radicados en el extranjero, pues colisiona con la protección que efectúan los Estados dentro de sus propios territorios.

Así, desde el primigenio Código de Comercio de 1859 existen en nuestro país disposiciones tendientes a regular los conflictos que se producen cuando un deudor fallido en el extranjero tiene bienes en nuestro país, o un deudor nacional tiene acreedores extranjeros²⁵⁶.

También los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, de los cuales Argentina es signatario, poseen reglas relativas a esta materia y contribuyen al Derecho interno vigente pues fueron

²⁵⁵ CARRIZO ADRIS y CONSOLO, op. cit.

²⁵⁶ Estas cuestiones se encontraban reguladas en los artículos 1521 del Código de Comercio de 1859, fuente inspiradora del artículo 1383 del Código de Comercio de 1889, el artículo 5 de la ley 4156, el artículo 7 de la ley 11.719, el artículo 4 de la ley 19.551 y, finalmente el artículo 4 de la actual ley de concursos y quiebras 24.522.

oportunamente ratificadas por el Congreso Nacional mediante las leyes 3192 y 7771, respectivamente.

La doctrina es coincidente en admitir la idea de territorialidad de la quiebra que impera desde sus orígenes en nuestro derecho patrio²⁵⁷, lo que genera carencia de efectos fuera del territorio nacional a la sentencia de quiebra y que no puede ser invocada contra deudores domiciliados en Argentina. En razón de ello, podrá haber pluralidad de quiebras cuando el deudor tenga bienes en más de un país; esto estaba expresamente consagrado en el artículo 7 de la ley 11.719, que preveía la posibilidad de declaración de quiebra en la República existiendo concurso abierto en el extranjero.

Esta preferencia por la territorialidad en los sistemas de falencia internacional responde a una tendencia de defensa de los intereses del comercio interior y “como justa reciprocidad a la idéntica hostilidad de las legislaciones extranjeras”²⁵⁸.

4.1.1.1 El artículo 4 de la ley 19.551

Las disposiciones de la ley 19.551 referente a las quiebras internacionales fueron fuente primaria de la actual ley de concursos y quiebras 24.522, la que se encontraba regulada en su artículo 4. En su redacción original, contenía dos párrafos que regulaban los concursos declarados en el extranjero, es decir, dictados por juez de otro país; y lo referente a los créditos en el extranjero.

El primer párrafo disponía: “la declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito deba hacerse efectivo en la República. Sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales, el concurso en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagaderos en la República, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado”.

Se observan aquí dos cuestiones que se han destacado en el acápite anterior, por un lado la protección de los acreedores nacionales y los bienes radicados en el territorio local, que se acentúa con las disposiciones del párrafo siguiente. Y segundo, los efectos de los concursos extranjeros. Si bien niega que los decretados en territorio foráneo tengan efectos directos aquí, permite tomar éste como sustento fáctico para solicitar la declaración de la quiebra del deudor en el país (aún sin que se cumpla el requisito objetivo de la cesación de pagos).

²⁵⁷ RIVERA, op. cit., p. 276 expresa: “nuestro derecho positivo estuvo, en general, orientado por la idea de territorialidad de la quiebra...”, DREYZIN DE KLOR, op. cit., p. 485 manifiesta: “el proceso abierto como consecuencia de la aplicación del art. 2, inc. 2, LCQ será territorial y su aplicación y validez tendrá virtualidad en la Argentina”. GRAZIABILE, op. cit., p. 393 enseña: “... más allá de los efectos territorialista de la quiebra instaurada en el país...”; UZAL, op. cit., p. 977 enseña: “...el problema de la insolvencia se examina desde la óptica internacional que nuestro país se aparte del principio de universalidad y observa una tradición legislativa que encuadra el concurso multinacional en la órbita del sistema de la pluralidad y de la territorialidad...”.

²⁵⁸ MALAGARRIGA, Carlos, *Código de Comercio comentado*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cia editores, 1922, p. 62. En idéntico sentido lo ha expresado CÁMARA, op. cit., p. 338 al sostener, citando a Malfussi, que en el Argumento de la Comisión (redactora del proyecto de ley), está latente un acendrado chauvinismo jurídico, el cual, por cierto, no es privativo de ella, sino que venía de arrastre a través de los respectivos preceptos legales, y que tiende a la protección del “interés de los acreedores locales”.

Esta tendencia, denominada por cierta doctrina como “extraterritorialidad atenuada”²⁵⁹, incorporaba en la legislación nacional un “efecto cosmopolita”²⁶⁰.

El segundo párrafo del analizado artículo 4, rezaba: “abierto el concurso en el país, los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en él tienen prioridad con respecto a aquellos cuyos créditos deben pagarse exclusivamente en el extranjero; éstos ejercerán individualmente su derecho sólo en el caso de existir remanente, una vez pagados íntegramente los créditos de los primeros”.

Mucho más que en el primer párrafo, pero sin perder el sentido, refuerza la protección de los acreedores locales o pagaderos en el país, contra los extranjeros que quieran venir a cobrarse de los bienes radicados en el territorio nacional, disponiendo una especie de “orden de mérito”, sobre quién y de qué forma iban a pagarse a unos y otros.

Destacada jurisprudencia ha llegado a interpretar que el texto en análisis contemplaba la preferencia de los acreedores cuyos créditos eran pagaderos en el país (acreedores locales) por sobre los acreedores extranjeros (o pagaderos en el extranjero) respecto de los bienes afectados al concurso abierto en el país, pues éstos recién podían hacer valer sus derechos sobre el remanente, sin necesidad de existencia de una pluralidad de procesos falimentarios²⁶¹.

4.1.1.2. La ley 22.917

La legislación de 1972 generó varias cuestiones que, por innovadoras, ocasionaron controversia en la doctrina, la cual ha dedicado grandes esfuerzos en el análisis y la crítica hacia la misma.

Ello, sumado a la enorme crisis económico-financiera que atravesó el país en los años posteriores, hizo que la temática adquiriera extraordinaria trascendencia, donde el ingrediente de que las empresas nacionales habían tomado créditos en el extranjero, generalmente pagaderos en el país del acreedor, produjo que la polémica no sea solo doctrinaria sino de indudable trascendencia económica y social²⁶².

Tal fue así que en 1982 se introdujeron reformas al artículo 4 de la -por entonces- ley de concursos, modificando el segundo párrafo (que refería a la protección del acreedor local) y consagrando de manera expresa la pluralidad de concursos. Así, disponía: “Paridad de concursos: Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla”.

Esto es, si bien mantiene el primer párrafo del artículo 4, referente a la extraterritorialidad atenuada, consagra la necesidad de que en el país se decrete una quiebra para liquidar los bienes de la fallida y efectuar los pagos a sus acreedores²⁶³.

El legislador no ha dejado de ocuparse especialmente de los acreedores nacionales y extranjeros, eliminando la protección especial que había consagrado la ley 19.551, e

²⁵⁹ GRAZIABILE, op. cit., p. 393.

²⁶⁰ CÁMARA, op. cit., p. 339.

²⁶¹ Conf. Juzgado Comercial de Capital Federal (juez Boggiano), ED 71-384.

²⁶² Cfr. RIVERA, op. cit., p. 278.

²⁶³ La doctrina discutía si en la redacción originaria de la ley 19.551, era necesaria la apertura de un concurso o la declaratoria de una quiebra, al decretarse la falencia en el extranjero. Cuestión que ha quedado zanjada con la reforma introducida por la ley 22.917.

introduciendo el concepto de “reciprocidad”, permitiendo la verificación de los créditos a los acreedores cuyos pagos debían efectuarse en el extranjero siempre que se demuestre, que recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República puede verificarse y cobrar -en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

Este apartamiento del espíritu nacionalista ha sido merecedor de las más acervadas críticas por parte de distinguida doctrina²⁶⁴, fundamentalmente por el particular momento político en que se hizo la modificación al ordenamiento concursal²⁶⁵ y los motivos particulares que al parecer habrían coadyuvado a la reforma²⁶⁶.

4.1.2. La ley de Concursos y Quiebras 24.522

Las modificaciones introducidas por el legislador de 1994/95 no alcanzaron de manera sustantiva a las disposiciones referidas a la insolvencia transfronteriza, las cuales se mantuvieron inmutables, e incluso con la misma numeración de artículos que su antecesora ley 19.551, con los cambios introducidos mediante la ley 22.917. Retoca parcialmente la cuestión referida a la reciprocidad, excluyendo tal regla para los créditos con garantía real²⁶⁷.

En esencia, la ley 24.522 regula la cuestión de la quiebra internacional en tres artículos, a saber: el artículo 2, inciso 2, artículo 3, inciso 5 y artículo 4, que se analizarán seguidamente.

4.1.2.1. Los sujetos concursables (art. 2, inc. 2)

El artículo 2 de la ley de concursos y quiebras determina los sujetos concursables, esto es, los que pueden ser alcanzados por un proceso falimentario o de reorganización patrimonial, disponiendo en su inciso segundo “los deudores domiciliados en el extranjero respecto de los bienes en el país”.

²⁶⁴ Fundamentalmente los trabajos de MAFFIA, Osvaldo, *Derecho concursal*, Buenos Aires, Zavalia, 1985, en su capítulo III: Ojeada histórica y SANCINETTI, Marcelo, “El art. 4° de la ley de concursos: historia e histeria de una reforma,” *RDCO* (1984) quien expresa: “Fue el triunfo del lobby realizado por acreedores extranjeros a través de la prensa para igualarse a los acreedores locales cuando no existe concurso abierto en el extranjero”.

²⁶⁵ Explica RIVERA, op. cit., p. 283 que como consecuencia de la crisis económica que se gestó con el plan económico del 2 de abril de 1976, el tema de las quiebras internacionales surgió como una realidad ineludible, pues numerosas empresas argentinas habían tomado créditos en el exterior y se encontraban ante la imposibilidad de pagarlos; ello se puso de manifiesto en el concurso preventivo de “Curá Hnos.”, vieja empresa metalúrgica y aun con mayor resonancia en el concurso preventivo de “Celulosa Argentina”, una de las empresas nacionales de mayor envergadura, fuertemente endeudada con bancos extranjeros.

²⁶⁶ En la exposición de motivos de la ley 22.917, se expuso: “Esta segunda parte (de la redacción original del art. 4) ofrece la desventaja de excluir al acreedor por la sola circunstancia de haber optado por cobrar en otra plaza que las sometidas a los tribunales de nuestra República, exclusión que no prestigia el crédito internacional de los súbditos argentinos, y que no se justifica como práctica de convivencia internacional... La redacción vigente del art. 4° excluye del concurso al acreedor por razón del lugar en que hubiera de haber sido pagado, pero no prevé regla ninguna para evitar que un acreedor, pagadero localmente, fraccione su crédito para emplear una parte del mismo para cobrar en el extranjero, y con otra fracción de sus títulos solicite, obtenga y se beneficie de una verificación concedida en el concurso local... La disposición parece más bien contraria a su fin económico, pues si una persona ‘domiciliada’ en el país cuya legislación discrimina desfavorablemente respecto de los acreedores argentinos, emplea su dinero para prestarlo a súbditos de la Nación Argentina, más bien habría que tratar a tal persona de modo acogedor, pues de esta manera los fondos de quien se domicilia en Estado de legislación contraria a la convivencia internacional pasarán a integrar el giro comercial nacional”.

²⁶⁷ IGLESIAS, José, “La filosofía de la Ley de Concursos y Quiebras,” *La Ley*, E-1995 (1995), con sentido crítico, comentaba que en el artículo 4 se realizaron algunas correcciones de carácter gramatical, y en lo referente a la reciprocidad agregaba: “...Lamentablemente la ley ha desaprovechado la oportunidad de propiciar la derogación de la regla de la reciprocidad, que constituye una hostil rémora en nuestra normativa iusprivatista. La reciprocidad nunca alienta modificaciones en el derecho de otras naciones, y, en todo caso, solo sirve para anunciar la adhesión de nuestro ordenamiento a la Ley del Talió, nada menos que en el plano de la cooperación internacional...”

Esta disposición contiene diversos elementos que deben ser interpretados para lograr comprender la filosofía del derecho concursal en materia de derecho internacional que dispuso el legislador. Primeramente dispone una excepción al artículo 1 de la ley: la universalidad del patrimonio, permitiendo la liquidación de patrimonio radicado en el país, de manera separada a lo que ocurra con los bienes que el deudor tenga en el extranjero.

El artículo 2, inciso segundo reconoce la aplicación territorial de la ley de quiebras y su validez local, asumiendo la posibilidad de la pluralidad de procesos falenciales²⁶⁸. La jurisdicción queda así delimitada a los bienes locales y no tendrá injerencia alguna respecto del patrimonio del fallido internacionalmente disperso que se encuentre fuera del territorio nacional²⁶⁹, pues la disposición legislativa prevé jurisdicción concursal local, aplicable a deudor domiciliado en el extranjero, pero no sobre su persona o sobre la totalidad de su patrimonio, sino sobre la parte de éste que se encuentra en nuestro país²⁷⁰.

La cuestión suscita un alto grado de debate al plantearse la posibilidad de iniciar un proceso de quiebra contra un deudor que no tenga bienes en el país, pero sí que se encuentre domiciliado aquí (v. gr. una empresa con sucursal pero sin capital de afectación a tal actividad).

Distinguida doctrina sostiene que lo determinante para la apertura de la jurisdicción internacional es que existan bienes, cuya situación física esté en el país, habilitada sólo para ellos, argumentando que la *ratio legis* de la norma demuestra la carencia de interés local de iniciar un proceso universal liquidativo sin bienes que liquidar²⁷¹. Y en la misma línea argumental, entienden que la ley concursal exige la existencia de acreedores locales y créditos exigibles en el país, pues si no desaparecería todo interés tutelable por la ley local para abrir el concurso²⁷².

Esta interpretación aparece como la más adecuada en cuanto al texto del artículo 2 que se analiza, pues expresamente hace la salvedad de que los deudores domiciliados en el extranjero pueden concursarse, pero sólo “respecto de los bienes existente en el país”, presentándose como una condición de aplicación del inciso. Por aplicación de la lógica: sin bienes en el territorio nacional, el deudor con domicilio extranjero no es un sujeto concursable.

No obstante la literalidad de la norma, la quiebra de un sujeto acarrea consecuencias que distan de estar solamente relacionadas a las acreencias que pueda tenerse contra el deudor. Así, el período de sospecha que permitiría revisar los contratos celebrados por el deudor antes de la declaración de quiebra, la responsabilidad de terceros no fallidos, la extensión de la quiebra e incluso su proyección hacia el extranjero²⁷³ son consecuencias que no están directamente relacionadas a la liquidación de los bienes, y que operan incluso ante la ausencia de éstos, o exclusivamente ante la ausencia de ellos, como la presunción de fraude y la intervención de la justicia penal (art. 232 y 233, LCQ).

²⁶⁸ MAFFIA, op. cit., p. 97, criticaba tal disposición manifestando que prevalece en las legislaciones el sistema de pluralidad en defensa de los acreedores locales cuando en realidad el sistema ideal sería el de la unidad, es decir, un solo proceso para todos los bienes.

²⁶⁹ Cfr. DREYZIN DE KLOR, op. cit., p. 485.

²⁷⁰ Cfr. GRAZIABILE, op. cit., p. 206.

²⁷¹ Cfr. ibid.. RIVERA, op. cit., p. 196; CARRIZO ADRIS y CONSOLO, op. cit., p. 486. Esta interpretación fue la sustentada en los casos “Austral Bank International s/ pedido de quiebra por Caramschi, José”, CNCom., sala B, 20/10/1999, LL 2000-C, 539 y en “Pacesseter SA”, Fallos 317-625, del voto en disidencia de Boggiano.

²⁷² Cfr. ROUILLON, Adolfo, “¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero?: El caso “Probean International Corp.”,” *La Ley* Suplemento de Concursos y Quiebras (diciembre de 2001).

²⁷³ CNCom., Sala C, abirl de 1993, “Pacesseter System Inc. s/ pedido de quiebra por Pacesseter SA”, LL 2001-B, 101 y CNCom., sala D, 12/04/2000, “Proberan International Corp. SA s/ ped. Quiebra por Braticevich Jorge”, JA, 2000-IV-115.

Estas cuestiones fueron advertidas por la jurisprudencia que ha procedido a la declaración de quiebra sin bienes de deudores domiciliados en el extranjero, argumentando que de ninguna manera la existencia previa de bienes en el país puede constituir un requisito de procedibilidad o de admisión de la petición de falencia, en la medida en que no se trata de una acción individual que persigue la ejecución de bienes para cobrarse con el producido de la venta forzada de los mismos²⁷⁴.

4.1.2.2. Competencia de los jueces (art. 3, inc. 5)

La ley de Concursos y Quiebras habilita la posibilidad de declarar la quiebra o someter a un concurso preventivo a sujetos domiciliados en el país, siempre que éstos tengan bienes en la República (art. 2, inc. 2). Al así establecerlos, también debe determinar qué juez será el competente para atender la cuestión, y ello lo soluciona el artículo 3, cuando en su inciso quinto dispone: “[...] tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez del lugar de la administración del país; a falta de éste, entiende el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso”.

El artículo consagra una serie de opciones, no elegibles sino de aplicación obligatoria según el orden de prelación determinado, siguiendo la regla ordinaria del domicilio de las personas jurídicas²⁷⁵, esto es, que tienen su domicilio (en nuestro caso, el domicilio que determinará la competencia) en el lugar de la administración que han fijado en el país.

Debe recordarse a este respecto que el artículo 11, inc. 1 de la Ley General de Sociedades exige la determinación de un domicilio a los fines de inscribir una sociedad en Argentina, y que tratándose de sociedades constituidas en el extranjero, para proceder a su inscripción en el país, deben cumplimentar los requisitos de inscripción del Registro Público (art. 118, inc. 2 y 123, LGS).

Si la administración principal de la persona jurídica se encuentra en el extranjero, se debe acudir al domicilio del establecimiento más importante; coincidiendo esta interpretación con la brindada por el artículo 152 del Código Civil y Comercial, el cual dispone que éste es el fijado en sus estatutos o en la habilitación dada para funcionar, e incluso en el lugar donde funcionan sus establecimientos.

En caso de que el deudor posea solamente bienes en el país, sin administración ni establecimientos principales en territorio nacional, rige el principio de atribución de competencia según el lugar donde se encuentren los bienes (*lex rei sitae*)²⁷⁶, y estando los bienes radicados en diversos lugares (dispersión de bienes), corresponde la competencia del juez que hubiere prevenido²⁷⁷.

4.1.2.2. Concursos declarados en el extranjero (art. 4)

Los artículos analizados previamente determinaban la posibilidad de un juez nacional de abrir un proceso concursal o declarar la quiebra a un deudor cuyo domicilio radicara en el exterior, estableciendo ciertos requisitos para su procedencia y determinación de la competencia. No se

²⁷⁴ “Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo”, citado por DREYZIN DE KLOR, *op. cit.*, p. 487.

²⁷⁵ Atento a que el artículo en análisis no distingue entre personas humanas y personas jurídicas, la hipótesis descripta debe aplicarse a cualquier tipo de deudor, con tal que cuente con el requisito establecido en el inciso: que esté domiciliado en el exterior. Cfr. JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, *op. cit.*, p. 84.

²⁷⁶ Cfr. *ibid.*, 85.

²⁷⁷ Esta tesis fue planteada por ROUILLON, Adolfo, “Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina 24.522,” *La Ley Separata de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Bs. As.* (octubre de 1999).

contempla, hasta aquí, las consecuencias que trae aparejado que un deudor domiciliado en el extranjero quiebre, con respecto a los acreedores cuyos pagos deban efectuarse en la República, e incluso con los bienes radicados aquí.

El artículo 4, que trata directamente estas cuestiones, sigue casi en identidad la redacción de la ley 22.917, disponiendo en cuatro párrafos todo el tema concerniente a las quiebras transfronterizas: concursos declarados en el extranjero, pluralidad de concursos, reciprocidad y paridad en los dividendos.

4.1.2.2.1. Disposiciones generales

Como se ha explicado anteriormente, el primer párrafo del artículo cuarto, cuyo origen se remonta a la ley 19.551 aunque inspirado en el Código de Comercio de 1859²⁷⁸, consagra la “extraterritorialidad atenuada”²⁷⁹ que se ha explicado en el apartado 3.1.1.1, a cuyos comentarios remitimos.

Sin perjuicio del requisito objetivo de la cesación de pagos, la ley concursal exceptúa de tal exigencia al deudor cuya apertura concursal haya procedido en el extranjero: “la declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país”. En esta inteligencia, nuestro país no exige la configuración del estado de cesación de pago, sino que tiene como causa la quiebra transfronteriza que opera como un verdadero “hecho de bancarrota” que habilita el proceso concursal sobre los bienes existentes en nuestro país²⁸⁰.

Aún con las modificaciones introducidas mediante ley 22.917, de la redacción del primer párrafo del artículo cuarto, se desprende una protección especial al acreedor nacional o pagadero en territorio nacional con respecto a los acreedores cuyos créditos deban pagarse exclusivamente en el extranjero, lo que equivale a establecer una suerte de fraccionamiento del patrimonio del deudor, en cuanto los créditos de aquellos pretendan hacerse efectivos sobre bienes de ese patrimonio sitos en el territorio nacional²⁸¹.

Esta línea protectoria se observa también al consagrar la imposibilidad de invocar el concurso extranjero para anular actos otorgados por el fallido con los acreedores nacionales. Ello no significa que los contratos en general que el deudor haya celebrado con anterioridad a la declaración falencial estén exceptuados de ser controlados por el juez sino que, para que ello ocurra, debe procederse conforme lo dispone la legislación nacional.

4.1.2.2.2. Pluralidad de procesos

El segundo párrafo del artículo en análisis reconoce de manera expresa la posibilidad de que coexistan diversos procesos en otras partes del mundo, aunque la literalidad de la norma echa por tierra la discusión que generaba el texto originario de la ley 19.551 a partir de las

²⁷⁸ CÁMARA, *op. cit.*, p. 336 explicaba que el art. 4 vigente contempla el tema en forma similar al art. 7, ley 11.719, concordante con el art. 1531 del C. de Comercio de 1859 -nacionalizado el año 1862- repetido con variantes formales por los arts. 1385 del C. Com. de 1889 y 5 de la ley 4156.

²⁷⁹ La quiebra extranjera no produce efectos en el país, sino que un acreedor puede invocarla para -sin más requisito que su demostración- proceder a declarar la quiebra del deudor en Argentina. No se produce una extraterritorialización de la sentencia, sino el hecho generador de dicha falencia, cesación de pago o insolvencia. No es la sentencia dictada en el extranjero la que abre la quiebra argentina, sino un nuevo pronunciamiento judicial emanado de un órgano internacionalmente competente. Cfr. DREYZIN DE KLOR, *op. cit.*, p. 490.

²⁸⁰ Cfr. JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, *op. cit.*, p. 92.

²⁸¹ Cfr. DREYZIN DE KLOR, *op. cit.*, p. 491.

interpretaciones judiciales, disponiendo que las reglas relativas al tratamiento de créditos extranjeros se aplican al supuesto de quiebra y no de concurso preventivo²⁸².

Esta interpretación acarrea un inconveniente al tratar de determinar qué ocurre con los acreedores extranjeros cuando hay un concurso preventivo en Argentina, pues puede ocurrir que en el extranjero haya una quiebra o un proceso preventivo. Los autores se inclinan por sostener que si hay quiebra en el extranjero y concurso preventivo en Argentina, no rige la exclusión del artículo 4° que se aplica sólo a la hipótesis de quiebra en nuestro país²⁸³.

Se ha eliminado la referencia al ejercicio individual; lo que permite interpretar que los acreedores pertenecientes a concurso extranjero serán verificados y actuarán como una segunda masa que irá sobre el remanente que queda una vez satisfechos los acreedores nacionales.

4.1.2.2.3. Reciprocidad

La reciprocidad se encuentra contemplada en el tercer párrafo del artículo cuarto y ha suscitado fuertes críticas por parte de la doctrina del sistema de unidad. Rivera advierte que es incorrecta la referencia al lugar de pago como punto de conexión, explicando que éste puede ser fácilmente burlado por un deudor perteneciente a un país cuya legislación discrimina a los acreedores extranjeros, mediante la elección de otro lugar de cumplimiento; en razón a ello la doctrina propicia la conexión por el domicilio del acreedor o por su nacionalidad²⁸⁴.

Pero ¿a qué refiere la ley cuando habla de reciprocidad?, a que un acreedor perteneciente a un concurso extranjero está sujeto a la carga de la verificación de su crédito conforme al principio general del artículo 200, LCQ. Es decir, el acreedor foráneo deberá acreditar que su crédito ha sido declarado legítimo por el tribunal extranjero, todo de conformidad con las normas que regulan la acreditación de dicha situación mediante la aplicación de las normas de rito locales²⁸⁵.

El artículo 4 permite, además, que un acreedor pagadero en el extranjero pueda verificar su crédito en el concurso nacional, debiendo demostrar sumariamente igualdad de trato. Esto es, en caso de una quiebra o concurso en el país de origen²⁸⁶ un acreedor nacional pueda ir a verificar su crédito allí. Se prueba de esta manera la ausencia de discriminación de la ley extranjera para con un nacional.

La demostración recae en cabeza de quien invoca el derecho, aunque debe interpretarse en términos de “hechos notorios” y no de demostración en sentido estricto, pudiendo acreditarse tal extremo adjuntando textos legales vigentes del país de origen mediante dictamen emanado de profesionales del derecho debidamente legalizados²⁸⁷, e incluso una manifestación de un profesional matriculado en el país donde se deben hacer efectivo el cumplimiento de la obligación.

²⁸² Cfr. RIVERA, op. cit., p. 284; DREYZIN DE KLOR, op. cit., p. 490. En contra JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, op. cit., p. 96.

²⁸³ Cfr. RIVERA, op. cit., p. 285.

²⁸⁴ Cfr. *ibid.*, 286.

²⁸⁵ Cfr. JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, op. cit., p. 94.

²⁸⁶ Advierta el lector que “país de origen” refiere al punto de conexión, esto es: el lugar de pago. Por lo tanto, se debe demostrar que en el país que se ha fijado como lugar de pago, el acreedor nacional puede ir a verificar su crédito, pagadero allí, en caso de que el acreedor quiebre. Esto es la reciprocidad, tan criticada por la doctrina y consagrada por la legislación positiva.

²⁸⁷ CN. Com., sala A, 10/09/1991, “Cavifre SA s/ quiebra – incidente de revisión por Overland Trust”, citado por MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El arbitraje en los procesos concursales,” *Estudios socio-jurídicos* 7, no. 2 (2005): 61.

La crítica de la doctrina, que la hemos destacado en diversas oportunidades, recae en que esta exigencia de “ausencia de discriminación” no contribuye a una sana y adecuada convivencia internacional, pues genera una continua desconfianza entre los Estados. El popular: “yo te doy si vos me das”, lo que Graziabile considera la consagración legal de la Ley del Talión.

Un ejemplo de esto sería el siguiente: imaginemos que una empresa A, con domicilio en Argentina, contrae empréstito con una empresa B, domiciliada en Ámsterdam. En el contrato celebrado fijan como lugar de pago la ciudad de Nueva York (Estados Unidos). Si A se presenta en concurso preventivo, B debe concurrir a verificar su crédito al país. Para que el juez concursal proceda a la verificación (y además de los requisitos exigidos por el artículo 21, LCQ), la empresa B debe demostrar que en Nueva York (lugar de cumplimiento de la obligación), A puede concurrir a verificar su crédito. Aquí está la reciprocidad que se viene explicando: la ley argentina permite verificar el crédito de B, si Nueva York le permitiría a A verificar su crédito en ese país extranjero. No opera aquí el domicilio de B (Ámsterdam) como punto de conexión, sino el lugar de cumplimiento de la obligación.

¿Siempre puede venir B a verificar su crédito en el concurso argentino? No siempre. Imaginemos el siguiente caso: A es una empresa que posee sucursales y establecimientos en diferentes partes del mundo. La justicia estadounidense decreta la quiebra de A, y como consecuencia de ello, los acreedores cuyos pagos deben ser satisfechos en Argentina le solicitan al juez competente que declare la quiebra de A en el país. El juez argentino, en razón a lo dispuesto por el artículo 4, que aquí analizamos, puede decretar la quiebra por el solo hecho de la quiebra decretada en el extranjero. No hay aquí que probar la cesación de pagos.

¿Qué consecuencias acarreará tal circunstancia? Que los bienes radicados en Argentina serán liquidados por el juez falencial local, y se distribuirá lo recaudado entre los acreedores verificados en el país. Los acreedores cuyos pagos debían realizarse en el extranjero, ¿pueden solicitar ser pagados en el proceso falencial local?²⁸⁸. Para evitar el doble pago (ser pagados en Argentina y en el extranjero), el acreedor debe demostrar que no ha solicitado verificación de su crédito en ninguna otra quiebra abierta, y demostrar la ya explicada reciprocidad.

La última parte del párrafo en análisis incorpora una novedad que no fue contemplada en las leyes antecedentes, la excepción de demostrar reciprocidad cuando el crédito que se reclama posee privilegio especial, sustentado en una garantía real.

4.1.2.2.4. Paridad de dividendos

Ahora bien, si un acreedor pagadero en el extranjero logra cobrar una porción de su crédito, puede concurrir al proceso abierto en el país a reclamar el saldo. Esta cuestión la estipula el último párrafo del artículo cuarto, cuando reglamenta la “paridad de dividendos”. La norma dispone: “los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes”.

Sancinetti entiende que lo cobrado en la quiebra extranjera debe ser deducido de lo que le correspondería cobrar en el país, conforme el porcentual que le corresponda en la quiebra. Así, por ejemplo, explica el autor que si un acreedor verificó \$10.000; cobró en el extranjero \$4.000; en el concurso argentino se paga el 50% de los créditos, de donde al acreedor le tocaría cobrar

²⁸⁸ Antes de la reforma de la ley 22.917, los acreedores pagaderos en el extranjero, según interpretaba la doctrina, no podían siquiera verificar su crédito en la quiebra nacional, y debían esperar a que -en caso de remanente- iniciar las acciones individuales de ejecución, sin sujeción a los principios concursales. RIVERA, *op. cit.*, p. 282.

\$5.000. Pero como ya cobró \$4.000 en el extranjero, sólo restaría pagarle \$1.000 en el proceso local²⁸⁹.

Por nuestra parte creemos que la interpretación es errónea, pues si en la quiebra extranjera hubiera cobrado \$6.000, siguiendo el mismo ejemplo dado por Sancinetti, en el proceso argentino su acreencia sería negativa, un contrasentido.

El porcentual correspondiente debe calcularse sobre el saldo que el acreedor no logró cobrar en el extranjero. En el ejemplo dado, el 50% debe aplicarse a los \$6.000 del saldo, debiendo cobrar \$3.000. Esta interpretación es armónica con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 4.

Si el término “cobros de créditos quirografarios” que utiliza la ley refiere a pagos efectuados por la empresa fallida en el país pero que aún no se encuentra en quiebra en el extranjero, entonces al verificar el crédito correspondiente no tendría una acreencia de \$10.000, sino sólo de \$6.000, pues ya se le habría pagado \$4.000, con lo que la interpretación dada tampoco tendría acogida.

4.2. Los tratados de Montevideo

Hasta aquí se ha analizado cómo los sistemas de insolvencia transfronteriza se presentan ante la legislación nacional, donde se pudo advertir una inclinación hacia la pluralidad de concursos, pero con una clara tendencia hacia el territorialismo. Se estudiará ahora cómo regulan estas cuestiones los diferentes tratados internacionales que han abordado la temática

Sobre insolvencia transnacional, Argentina es signataria de dos Tratados, ambos de Montevideo sobre Derecho Comercial Internacional de 1889 y 1940, los cuales establecen ciertos aspectos de la quiebra internacional sin referirse al concurso preventivo ni a otros procedimientos concursales tendientes a reestructurar la empresa o a liquidar los bienes del deudor, como los Acuerdos Preventivos Extrajudiciales (APE).

El Tratado de Montevideo sobre Derecho Comercial Internacional de 1940 (TM40) se celebró en el marco del 50 aniversario de la firma del Tratado de 1889 (TM89), y si bien -en líneas generales y en lo que respecta a insolvencias- los acuerdos no variaron en sustancia, los países signatarios del TM40 fueron menos que los del primero²⁹⁰, pues en 1928 se había celebrado en La Habana la Sexta Conferencia Panamericana, donde fue aprobado un instrumento que tenía por finalidad la unificación y codificación de la materia de derecho internacional privado, denominado Código Bustamante.

Debe advertirse que, si bien de importancia los avances que logra en materia de coordinación internacional, los Tratados de Montevideo resultan insuficiente, pues no vinculan -por ejemplo- a Brasil o Chile, con los cuales Argentina tiene fuertes vínculos comerciales y económicos. Sobre este particular, la jurisprudencia ha dado muestras palpables de que se ha debido seguir la legislación interna al presentarse algún caso en virtud del vacío normativo imperante²⁹¹.

4.2.1. Pluralidad de procesos

²⁸⁹ Cfr. SANCINETTI, op. cit.

²⁹⁰ El TM89 fue celebrado por Argentina, Paraguay, Perú, Uruguay y Bolivia, mientras que el TM40 fue rubricado por Argentina, Paraguay y Uruguay, cuestión que resulta de trascendencia pues sus disposiciones solamente son obligatorias entre los países signatarios del tratado.

²⁹¹ Cfr. CARRIZO ADRIS y CONSOLO, op. cit.

En las disposiciones de cada uno de los Tratados es importante advertir la adopción del Sistema de Unidad de quiebras, como regla, aunque seguidamente establece un conjunto de disposiciones que abren el juego a la pluralidad de procesos, alejándose enseguida de la regla.

Así, al reglamentar la competencia de los tribunales, se dispone que resulta competente para conocer en los juicios de quiebra, los del domicilio del fallido, aun cuando la persona quebrada practique “accidentalmente” actos de comercio en otra Nación, o mantengan en ella agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad de la casa principal (art. 35, TM89, y en una redacción con cambios en la sintaxis, art. 40, TM40).

Surge, como se anticipaba al comienzo de este acápite, la consagración del principio de unidad concursal. Es competente para conocer en una única quiebra el juez del domicilio del fallido.

Sin perjuicio de ello, en el artículo 39, TM89 y artículo 45, TM40, se plantea la primera excepción, permitiendo a los acreedores locales promover un nuevo juicio de quiebra contra el fallido en otro Estado. De esta disposición resulta importante destacar dos cuestiones: la primera de ella referente a la necesidad de que el primer juicio de quiebra, la quiebra principal, sea declarada en el domicilio del deudor, pues ambas normativas disponen la palabra “nuevos juicios”, haciendo referencia a la previa existencia de uno ya abierto.

En segundo lugar, ambos artículos consagran de manera indubitable la pluralidad de procedimientos, pues reglamentan que “los diversos juicios de quiebras se seguirán con entera separación y se aplicarán respectivamente en cada uno de ellos las leyes del país en que radican...”. Se les otorga a los acreedores la opción de disociar la quiebra, aplicándose la ley territorial, en la jurisdicción territorial, y para los acreedores y bienes existentes en el país con independencia de las secuelas de la previa quiebra declarada en el extranjero²⁹².

Sosteniendo la idea de que la regla es la quiebra única, cabe preguntarse cuándo procede la pluralidad de quiebras que los Tratados lo incorporan como excepción. Adviértase que los artículos 35 y 40 anteriormente citados disponían la quiebra única cuando efectuaran actos accidentales de comercio en otros países o tengan agencias o sucursales dependiente en todo su desenvolvimiento de las casas matrices principales. Esto da pie a la disposición incorporada en los artículos 36, TM89 y 41, TM40, que otorgan competencia a los tribunales donde se sitúan las casas comerciales para entender en la quiebra de éstas, cuando son independientes de la casa principal.

En esta hermenéutica, la pluralidad de quiebras tendrá lugar cuando una empresa fallida tenga sucursales o casas comerciales en territorio foráneo que no dependan de la casa principal, esto es, “casas comerciales independientes”.

Esta definición causó inconvenientes en la doctrina, pues la Convención no lo calificó, argumentando que dicho parámetro era materia de interpretación de cada Estado, y que definirlo implicaría restringir su soberanía. La postura sustentada por el representante de Paraguay durante el Segundo Congreso de Montevideo de 1940, destacó el criterio de “independencia económica”, como indicio para distinguir una casa comercial independiente²⁹³.

²⁹² Cfr. DREYZIN DE KLOR, op. cit., p. 472.

²⁹³ Ibid., 474.

Este fue el criterio seguido por la jurisprudencia nacional, al rechazar un pedido de quiebra contra una sucursal argentina de una sociedad constituida en Uruguay, con fundamento en la falta de acreditación de la independencia económica²⁹⁴.

4.2.2. Reconocimiento de los funcionarios de la quiebra

Al admitir la pluralidad de procesos falenciales, ambos Tratados de Montevideo disponen el reconocimiento de los Síndicos y de los representantes legales de la quiebra en todos los Estados en donde tramite un proceso falencial vinculado.

De esta manera se determina la autoridad universal de los síndicos y la delimitación de sus funciones extraterritoriales. Respecto de la ley que regirá el ejercicio de dichas funciones, parece claro que las facultades del síndico serán determinadas por la ley del lugar donde radica la quiebra que lo nombró. Uzal resalta que esta interpretación no se estableció de manera indubitable en el artículo 45, TM89²⁹⁵, sin embargo fue expresamente contemplada en el artículo 49, TM40. El límite lo establece la ejecución de los bienes, en cuyo caso deberán ajustarse a las leyes del estado de situación.

Esta disposición organiza el funcionamiento del proceso de quiebra en diversos países donde el fallido tenga bienes y resulta claro en caso de una quiebra única. Así, por ejemplo, solicitar el embargo de ciertos bienes, dirigir y peticionar la liquidación, custodiar los papeles, libros de comercio y correspondencia de las casas comerciales no independientes, etcétera.

La cuestión parece complejizarse cuando exista pluralidad de quiebras, pues podría ocurrir que la norma que le otorga participación a los funcionarios concursales de manera extraterritorial colisione con las funciones de los síndicos en las quiebras respectivas de sus propios países. Veamos un ejemplo. Hasta tanto la quiebra en el país extranjero no esté decretada, ya sea porque algún acreedor no la haya solicitado o porque se esté litigando en torno a demostrar la independencia del establecimiento comercial, el síndico de la quiebra principal tendrá atribuciones para solicitar el resguardo y protección de los bienes del deudor.

Pero, una vez declarada la quiebra, nos planteamos los siguientes interrogantes: ¿en qué momento el síndico de la quiebra principal cesa en sus funciones?, ¿debe rendir cuentas al nuevo síndico sobre su actuación, máxime en las efectuadas ante otros jueces del país pero distintos al de la quiebra actual (v.gr. del lugar de radicación de ciertos bienes inmuebles)?, ¿de qué manera el nuevo síndico informa al síndico de la quiebra principal su designación?, ¿es necesario la utilización de las vías diplomáticas o puede usarse métodos más directos como correos electrónicos, comunicación verbal, etcétera?, si durante el período en que aún no se había declarado la quiebra en el país, el síndico de la quiebra principal logró liquidar ciertos bienes, ¿debe solicitar al juez de la quiebra principal el reintegro de esos fondos al país?. Estas cuestiones son tratadas de manera especial al final de este capítulo, bajo el título “Cooperación y coordinación internacional”.

4.3 Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia

²⁹⁴ Belum SA c/ Tecnoacom San Luis SA s/ pedido de quiebra, ED, 185-624 y Belforte Uruguay SA, LL 2003-E, 592.

²⁹⁵ UZAL, op. cit., p. 959.

El marco de la comunidad europea les otorga a los países del viejo continente una estructura y una facilidad para la negociación de diversos tratados, muy difícil de ver en otras latitudes del mundo. Este aceitado mecanismo les permitió a los europeos acercarse enormemente a la unificación de criterios en materia de insolvencia internacional, no sin inconvenientes como se explicará.

El Reglamento 2015/848, que sustituye el antiguo Reglamento 1346/2000, es una disposición procedimental, que de manera clara y concisa busca determinar qué órgano jurisdiccional tiene competencia para abrir un caso de insolvencia, cuál es el derecho aplicable y dispone el reconocimiento entre los países signatarios de una sentencia declarada en otro país sobre un sujeto insolvente.

Un punto muy importante del Reglamento 2015/848 y que lo distingue de su antecesor, es que tiene la mirada puesta en los procesos preventivos, disponibles en virtud del derecho nacional que se pueden poner en marcha en las primeras fases a fin de aumentar las posibilidades de rescate de la empresa, abandonando la visión central de la liquidación de bienes, característico de los Tratados de Montevideo que se analizaron anteriormente.

Siguiendo el paradigma imperante desde hace varios años en Europa sobre la necesidad de brindarle atención a las personas con problemas económicos antes de que se produzca su *default*, y que es recogido por la doctrina argentina²⁹⁶, el Reglamento dispone: “debe ampliarse (la aplicación del Reglamento) a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios. Dado que esos procedimientos no implican necesariamente el nombramiento de un administrador concursal, deben estar sujetos al Reglamento si se desarrollan bajo el control o la supervisión de un órgano jurisdiccional. En este contexto, el término ‘control’ debe incluir aquellas situaciones en las que el órgano jurisdiccional solo intervenga a instancia de un acreedor u otras partes interesadas”²⁹⁷.

Se determina que el país competente para entender en un proceso de insolvencia es aquel en el cual del deudor tenga su “centro de intereses principales”, suponiendo que éste se encuentra en el domicilio social si se trata de una empresa o persona jurídica, el centro principal de actividad cuando se tratare de un particular que desarrolla una actividad mercantil o profesional; y el lugar de residencia en caso de otros particulares.

El Reglamento determina una excepción a estas presunciones, indicando que no son aplicables cuando el domicilio ha cambiado en un período de tres meses anteriores a los procedimientos de insolvencia, o tratándose de una persona que no ejerza una actividad mercantil o profesional independiente, el deudor haya trasladado su residencia habitual a otro Estado miembro dentro de los seis meses anteriores a la solicitud de apertura de los procedimientos de insolvencia. Con estas disposiciones se busca eliminar las posibilidades de fraude concursal mediante el *fórum shopping*.

²⁹⁶ PRONO, Ricardo, “Hacia dónde debe ir el derecho concursal. Prevención de las crisis e insolvencias patrimoniales,” *RDCO*, Noviembre-diciembre (2021): 82.

²⁹⁷ Punto 10 de los considerandos del Reglamento, disponible para su consulta en español en <https://bit.ly/3vXFZkq>

A sentido contrario de lo que dispone nuestro derecho patrio en torno a la imposibilidad de que un juez concursal extranjero se ampare en un proceso de insolvencia para anular actos que el deudor haya celebrado con un acreedor nacional, a los fines de proteger la unicidad de los procesos, el Reglamento europeo establece que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia también deben ser competentes para conocer de las acciones que se deriven directamente de dicho procedimiento y que guarden una estrecha vinculación con este, incluyendo entre ellas las acciones revocatorias frente a los demandados en otros Estados miembros, así como las acciones relacionadas con las obligaciones que surjan en el transcurso de los procedimientos de insolvencia, como los pagos anticipados de las costas procesales.

4.3.1. Procesos secundarios

Puede observarse que el Reglamento consagra como regla la unidad de los procesos, centrándolo en el domicilio del deudor²⁹⁸. Sin embargo, habilita la posibilidad de existencia de otros procesos, que los denomina “procesos secundarios”, cuando el insolvente tenga operaciones en un país de la Unión Europea distinto de su centro de intereses principales, permitiendo a dicho país abrir procedimientos de insolvencia contra el deudor, pero limitándolos a los bienes radicados en ese territorio.

Estos procesos secundarios pueden tener distintos objetivos, además de la protección de los intereses locales, pues pueden darse casos en que la masa del deudor sea demasiado compleja para ser administrada unitariamente, o en que las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de que se trate sean tan grandes que puedan surgir dificultades por el hecho de que los efectos derivados del Derecho del Estado de apertura del procedimiento se extiendan a los demás Estados miembros en que estén situados los bienes. Por ese motivo, el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal puede solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario cuando así lo requiera la eficaz administración de la masa.

Surge entonces, que la solicitud de un procedimiento de insolvencia secundario puede ser pedido, además de los acreedores situados en un Estado miembro diferente de donde tramita el procedimiento principal, por el mismo administrador o síndico, quien por considerar inconveniente, antieconómico o imposible por la complejidad y extensión del negocio del deudor, se abran diferentes procesos secundarios en uno y varios países, a los fines de administrar de la mejor manera los bienes, procurando la conservación de la empresa.

En esta inteligencia, el administrador del proceso principal puede también oponerse a la apertura del proceso secundario o solicitar su aplazamiento cuando tal circunstancia pueda entorpecer la eficaz administración de la masa.

A los fines de evitar la apertura de procesos secundarios el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal tiene la posibilidad de contraer el compromiso con los acreedores locales de que van a recibir el mismo trato que si se hubiesen abierto procedimientos de insolvencia secundarios. Ese compromiso debe reunir una serie de requisitos previstos en el Reglamento, en particular, ser aprobado por una mayoría cualificada de los acreedores locales.

²⁹⁸ La legislación europea ha hecho un enorme esfuerzo por consagrar la unicidad de los procedimientos, pero advirtiendo sus consecuencias y dificultades sostuvo: “El presente Reglamento acepta el hecho de que la disparidad de las normas sustantivas entre los Estados miembros no permite la aplicación de un único procedimiento de insolvencia de alcance universal en toda la Unión. En este contexto, la aplicación sin excepciones del Derecho del Estado de apertura del procedimiento llevaría con frecuencia a situaciones difíciles”

Una vez contraído ese compromiso, el órgano jurisdiccional ante el que se haya solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario puede denegar la solicitud cuando considere que el compromiso protege adecuadamente los intereses generales de los acreedores locales. A la hora de valorar esos intereses, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta la aprobación del compromiso por una mayoría cualificada de los acreedores locales.

5. Coordinación y cooperación internacional

Luego de haber efectuado el desarrollo de los diferentes sistemas falenciales transfronterizos y exponer cómo se presentan en la legislación nacional y mediante diversos tratados, se expondrá brevemente la cuestión de la coordinación y cooperación internacional en cuestiones de insolvencias.

La visión tradicional de la insolvencia transfronteriza abordaba el caso específico de la quiebra, pues se centraba en la manera en que se debían liquidar los bienes ubicados en diferentes países. De hecho, el requisito de quiebra internacional era la existencia de bienes por fuera del país donde el deudor tenía su explotación principal, llegándose el caso de no abrir una quiebra en un país sin bienes, aunque haya en él negocios y/o acreedores, cuestión que hemos abordado y criticado en el punto 4.1.2.1.

Los Tratados de Montevideo, suscriptos por Argentina, siguen esta tendencia e incluso el Reglamento europeo para insolvencias transfronterizas 1346/2000 contenía resabios de ello. No se contemplaba -o se contemplaba secundariamente- la posibilidad de que los procesos de insolvencia finalizaran mediante un concordato preventivo, pues no establecen la forma ni la manera en la que se debían contar las mayorías, aplicar el acuerdo o incluso dar a conocer la novedad.

Resulta relevante recordar que tanto los Tratados como el Reglamento son -en el caso de estudio- principalmente de derecho procesal, disponiendo muy poca normativa destinada a regular el fondo de la cuestión. Sin perjuicio de ello, no se advierte en su análisis reglas procesales que tiendan a reunir los intereses de deudor y acreedores, habiéndose llegado en diferentes instancias a debatir el hipotético caso de que una compañía se concurse en un país y quiebre en otro.

Las reglas procesales consagradas en los instrumentos internacionales de Montevideo han quedado anticuadas y de muy difícil aplicación. La comunicación mediante rogatoria internacional conlleva un proceso lento y burocrático que atenta contra la agilidad que las leyes locales imponen a los procesos concursales, y las medidas cautelares -que deben ser rápidas para ser eficientes- suelen llegar tarde y mal. No se contempla la posibilidad de utilizar otros medios de comunicación más eficientes y ágiles como correo electrónico, firma digital, llamada telefónica y cualquier otro sistema que -con la seguridad que impone el derecho- pueda agilizar y facilitar la comunicación entre jueces concursales de los diferentes países.

5.1. Necesidad de la cooperación internacional

La expansión por fuera del territorio nacional de las empresas que antes estaba reservada para enormes *holding* o industrias de alcance global hoy es una aspiración de relativamente fácil concreción por parte de empresas incluso medianas, que les permite crecer y expandir sus negocios, abriendo nuevos mercados.

Esta extensión conlleva necesariamente una logística por parte de las corporaciones para que el desarrollo de sus negocios se efectúe de manera armónica y coordinada, con sedes más o menos independientes pero que necesariamente responden a un orden, idea o políticas económicas dictadas por una cabeza central.

El funcionamiento armonioso se ve abruptamente interrumpido cuando el negocio ingresa en *default*, poniendo fin a la normalidad para dar entrada al caos. Rouillon explica que en una insolvencia internacional típica, diferentes grupos de acreedores hacen valer diferentes clases de reclamos sobre diferentes bienes, bajo diferentes normas en diferentes países²⁹⁹.

Si bien esta es una característica de todos los concursos preventivos, los que se desarrollan dentro de un único país tiene la particularidad de que un único juez concursal centraliza, controla y dirige el procedimiento, estableciendo un orden necesario. Tal circunstancia no se da a nivel internacional, pues aún se carece de tribunales supranacionales que tengan competencia falencial sobre las diferentes quiebras que se declaran en los diversos países.

Así entendida la cuestión, la cooperación judicial en los concursos internacionales se hace necesario para reunir información sobre activos y pasivos ubicados en países diferentes; prevenir la desaparición u ocultamiento de activos; prevenir los actos de fraude que pudieran llegar a cometer el deudor, los acreedores o los terceros; maximizar el valor de los activos; permitir el acceso y el reconocimiento de los créditos extranjeros; facilitar la administración de los procesos; encontrar y hacer factibles, sobre todo, soluciones que permitan la reorganización de las empresas y eviten su liquidación; coordinar los diferentes órganos concursales a los fines de incrementar la eficacia y la equidad de los procesos³⁰⁰.

5.2. La Ley Modelo de UNCITRAL y otros elementos de comunicación

Si bien los Tratados de Montevideo explicitan muy poco sobre la comunicación entre los jueces concursales de diferentes países, la reglamentación sobre cooperación, comunicación y entendimiento fue especialmente tenida en cuenta en el Reglamento del Consejo Europeo 2015/848.

La Ley Modelo de UNCITRAL³⁰¹ tiene como objetivo principal promover legislaciones internas modernas que contribuyan a la equidad, a los fines de aplicar en los casos en que un deudor insolvente tenga bienes en más de un Estado. La perspectiva de la Ley Modelo es que cuando un número significativo de países lo adopte en su derecho interno se produzca como efecto el abordaje de los principales temas de la insolvencia transfronteriza de manera similar: el reconocimiento del proceso concursal extranjero, el acceso al concurso local de los representantes del concurso extranjero y de los acreedores extranjeros, la coordinación de los concursos abiertos en plurales países respecto de un mismo deudor, y la cooperación entre tribunales de distintos países y representantes de los plurales concursos del mismo deudor ubicados en diferentes Estados.

²⁹⁹ ROUILLON, "Cooperación y comunicación judicial internacional en procesos concursales" op. cit.

³⁰⁰ Cfr. *ibid.*

³⁰¹ El grupo de trabajo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDCI/UNCITRAL) trazó muy eficazmente la necesidad de poner a punto mecanismos susceptibles de mejorar la forma de cómo son tratados los problemas de la insolvencia internacional por leyes nacionales de diferentes países. Para ello se tuvo en cuenta los siguientes antecedentes: Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento de insolvencia, Convenio Europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra de 1990, Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional (1889 y 1940), Convención sobre la quiebra en los Estados nórdicos de 1933 y la Convención de Derecho Internacional Privado de 1928 (Código Bustamante).

De intenciones loables, el fin buscado por la Ley Modelo es lento y de camino sinuoso, pues su pretensión es servir de guía a los países para que sus leyes internas en materia concursal contemplen cuestiones de derecho internacional conforme lo estipula la UNCITRAL. Ante la necesidad de contar en la actualidad con mecanismos efectivos en casos de quiebras transfronterizas, se han desarrollado en la práctica instrumentos alternativos llamados protocolos, concordatos o acuerdos de cooperación, que son celebrados en casos particulares, y en los que se ven involucrados dos o más jurisdicciones en las que tramitan concursos vinculados.

Los protocolos transfronterizos constituyen una solución para un caso específico y particular, independientemente de la existencia o inexistencia de una legislación de fuente internacional que vincule los países involucrados. La forma y el contenido de esos acuerdos varían, aunque los casos conocidos exhiben como rasgo común el ser esfuerzos enderezados a la armonización de cuestiones de procedimiento más que de los aspectos de derecho sustantivo que puedan estar en juego en varios concursos situados en diferente jurisdicción³⁰².

Este tipo de instrumentos se originan con sustento en el Concordato de la *International Bar Association* y la Guía de Comunicaciones entre Tribunales en Casos de Insolvencia Transfronteriza, de la *American Law Institute* y adoptada por el *International Insolvency Institute*. En razón de ello, la mayoría de los protocolos que se han dictado involucran a países del *common law*, como los casos Nakash³⁰³, AIOC³⁰⁴, Sendo International Limited³⁰⁵, Swissair³⁰⁶, EMTEC³⁰⁷ e ISA-Daisytek³⁰⁸.

6. Conclusiones

Hemos efectuado un análisis de la situación actual de la insolvencia transfronteriza, su regulación en la vigente ley 24.522 y la vinculación que mantiene con los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 que reglamentan la cuestión, advirtiéndose serias colisiones en cuanto a los fines de una y otra normativa.

Mientras la ley concursal argentina -ya desde 1972- se alejó de la regla de la quiebra para abrirse paso a la reestructuración de deudas consagrando al principio de conservación de la empresa como fin supremo³⁰⁹, los Tratados aún continúan disponiendo sobre la quiebra como objetivo principal, sin contemplar las soluciones alternativas.

Si bien las leyes concursales poseen disposiciones procesales y sustanciales, los Tratados solamente atienden al proceso, lo que colisiona con las disposiciones de fondo que cada uno de los países signatarios estipulan. Esto produce los inconvenientes que se fueron planteando a modo de preguntas y que no encuentran respuestas en la doctrina ni en la jurisprudencia aplicable.

³⁰² ROUILLON, "Cooperación y comunicación judicial internacional en procesos concursales", op. cit.

³⁰³ Protocolo que involucraba a tribunales estadounidenses con israelíes.

³⁰⁴ Instrumento que permitió la cooperación y coordinación entre tribunales de Estados Unidos y Suiza.

³⁰⁵ En el que estuvieron involucrados un tribunal de Inglaterra y otro de Francia.

³⁰⁶ Comprensivo de tribunales de Inglaterra y Suiza.

³⁰⁷ Protocolo válido entre un tribunal de Francia y otro de Alemania.

³⁰⁸ Que vinculaba a tribunales de Alemania e Inglaterra.

³⁰⁹ Cfr. MAREGA, Alexis, "Los objetivos publicistas vs las instituciones privatistas: Análisis de las contradicciones en la concepción de la ley concursal argentina," *Práctica y actualidad concursal (Errepar)*, Septiembre (2021).

Como corolario se ha descrito la necesidad de abordar la cuestión, desde el ámbito internacional, mediante la coordinación de los sistemas concursales de los países, a modo de facilitar la comunicación y contribución de los diferentes tribunales en la ardua tarea de reestructurar una empresa en crisis.

Ello movido por el espíritu constructivista que impera las legislaciones falimentarias del mundo, en cuanto protección de la explotación económica, concibiendo a la empresa no como una unidad privada e independiente sino como por su destino social que se halla al servicio de la comunidad, por lo cual su desaparición puede acarrear trastornos sociales, amén de las consecuencias dañosas que importa la extinción al transformar el valor de explotación por otro muy inferior de liquidación, sacrificando importantes intereses particulares comprometidos y muchas veces en detrimento de la riqueza pública³¹⁰.

La complejidad de la sanción de los acuerdos internacionales (serán modificaciones o nuevos tratados) va de la mano de la cada vez más compleja relación entre los diversos países del mundo y específicamente de Sudamérica. Cuando el mundo reclama más unión y se determinan continuamente objetivos comunes, la comunidad política internacional se aísla constantemente en discusiones que resultan baladíes para el bienestar y la armonía de la convivencia humanitaria.

En esta hermenéutica, las recientes modificaciones a las leyes concursales de España, Italia y Chile indican el camino de protección de la explotación económica viable y socialmente útil, en una alineación armoniosa con las disposiciones del Reglamento del Parlamento Europeo 2015/484 sobre procedimientos de insolvencia, que buscan poner en marcha en las primeras fases a fin de aumentar las posibilidades de rescate de la empresa, abandonando la visión central de la liquidación de bienes, característico de los Tratados de Montevideo.

Este arribo en las legislaciones locales europeas se da gracias al aceitado mecanismo de cooperación existente en los países del viejo continente que no se ha logrado aún en el nuestro, y que perjudica de manera grave el desarrollo de nuestro comercio transfronterizo.

³¹⁰ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, p. 1120.

“LA QUIEBRA DEL GARANTE”**Damián Alejandro Moriconi³¹²****1. Introducción**

El presente trabajo pretende analizar un tema que denominamos como “la quiebra del garante”, el cual no se encuentra regulado por la legislación concursal argentina, y que, además, resulta poco abordado por la doctrina y jurisprudencia nacional, lo que demuestra su originalidad.

Entendemos por quiebra del garante a la facultad que tienen los garantes para solicitar que sus quiebras tramiten en forma conjunta con la quiebra del deudor principal garantizado.

Específicamente, pretendemos desentrañar si existen motivos que justifiquen la tramitación conjunta de la quiebra del deudor principal garantizado y la quiebra directa de sus garantes.

Ante la ausencia de regulación legal, aplicaremos por analogía el art. 68 de la ley de concursos y quiebras (en adelante, LCQ) que regula el concurso del garante -en lo que resulte compatible-, y los comentarios y aportes de la doctrina y jurisprudencia nacional a dicha norma.

Aclaro que mi interés por este tema lo despierta un reciente fallo de los tribunales de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, por el cual se rechazó la presentación y tramitación conjunta de la quiebra del garante por ante el mismo juzgado donde estaba radicada la quiebra de la sociedad garantizada. Para decidir en tal sentido, el magistrado sostuvo que no existían razones de conexidad ni de economía procesal que justificaran el desplazamiento de la competencia³¹³.

Sin embargo, este caso no es aislado, por el contrario, el supuesto bajo análisis se presenta con cierta frecuencia en la práctica comercial argentina.

Es que, muchas veces participamos con asombro a ciertos festivales de garantías otorgadas por directores, accionistas, familiares y cuanta persona ande cerca de una empresa o deudor individual en estado de cesación de pagos. Además resulta sumamente habitual que las entidades financieras, al momento de abrir una cuenta o al renegociar una deuda, le soliciten al deudor como requisito ineludible, el aval personal -cuando se trata de sociedades comerciales- y el de sus cónyuges.³¹⁴

Es un dato de la realidad que no hay crédito para los entes de derecho sin avales, fianzas o similares otorgados por las personas físicas que ostentan la administración de tales entes.³¹⁵

³¹² Abogado (Universidad Católica Argentina). Magister en Derecho Procesal (Universidad Nacional de Rosario). Posgrado en Especialización en Derecho Empresario (Universidad Nacional de Rosario). Profesor adscripto en la asignatura Derecho de la Insolvencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor en la asignatura Derecho Comercial III (Concursos y quiebras) de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano de Rosario. Correo electrónico: dmoriconi@royr.com

³¹³ Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Octava Nominación de Rosario, ANFOSSI, FRANCO DAVID S/ SOLICITUD PROPIA QUIEBRA, CUIJ 21-02967608-6, 23/3/2023.

³¹⁴ GRISPO, Jorge Daniel, *El concurso del garante en la ley 24.522*, La ley 1998-B, 1165.

³¹⁵ TRUFFAT, E. Daniel, *El concurso de los garantes. Algunas cuestiones*, ED, T. 172, p. 164, nota al fallo de la CNCom., Sala C, Cardama Claudio A. s/ conc. Prev.

En otras palabras, resulta una operatoria habitual que las entidades financieras y demás acreedores soliciten a su deudor -en especial, a personas de existencia ideal- que sus obligaciones sean afianzadas por sus directores, accionistas, o los cónyuges o familiares de éstos.

Luego, si la sociedad garantizada presenta directamente su quiebra directa -sin tramitar previamente su concurso preventivo- por haber dejado de operar comercialmente, ello puede arrastrar a quienes afianzaron sus obligaciones, empujándolos a presentar sus propias quiebras.

La práctica muestra que en un gran número de casos, los garantes de la sociedad garantizada en quiebra -que como dijimos, generalmente son sus directores, accionistas o familiares de éstos- deciden presentarse directamente en quiebra -sin transitar previamente su concurso preventivo- puesto que al quebrar la sociedad que constituía su principal fuente de ingresos (honorarios como director, dividendos como accionistas, etc.), no tienen manera de ofrecer propuestas de pago serias y viables a los acreedores en el marco de un concurso preventivo.

Cuando las personas físicas aseguran las obligaciones de las personas de existencia ideal -para decirlo de una vez, sociedades-, la consecuencia jurídica -mirada desde el lado de los que rinden dichas garantías-, consiste en que pese a que integran tipos societarios con limitación legal de responsabilidad patrimonial -sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima, especialmente- en la práctica aquélla queda fuertemente disminuida. En particular los socios gerentes de las primeras y los miembros de los directorios de las segundas, se han visto en los hechos precisados a prestar sus firmas personales para reforzar la responsabilidad del ente societario deudor. De tal modo, a la presentación en concurso de aquella, le seguía como una reacción en cadena, la petición convocatoria de los socios que hubieran asegurado sus obligaciones, cuya insolvencia los arrastraría injusta pero irreversiblemente.

Entonces, la ausencia de regulación legal de la quiebra del garante, su escaso tratamiento por la doctrina y jurisprudencia nacional, sumado a que refiere a un supuesto de ocurrencia frecuente en la realidad argentina, nos impulsa a estudiar el tema y proponer cuestiones relativas a su aplicación.

Así, a renglón seguido formularemos precisiones en relación al tema propuesto, y entonces, delimitaremos su campo de aplicación, ahondaremos en los fundamentos que justifican su aplicación, e indicaremos algunas cuestiones referidas al trámite procesal.

2. Sujetos

Conforme indicamos en el punto anterior, la ley concursal argentina no regula lo que denominamos la quiebra del garante.

Ante esta ausencia de normas, y a los fines de delimitar el supuesto fáctico abarcado, proponemos integrar por analogía -en lo que resulta compatible- y recurrir, en primer lugar, al art. 68 de la LCQ -que regula el concurso del garante-³¹⁶, y en segundo lugar, al análisis que sobre dicha norma realiza la doctrina y jurisprudencia nacional.

Sentado lo anterior, se impone explicar que se entiende por garante.

³¹⁶ Art. 68 de la LCQ: "Garantes. Quienes por cualquier acto jurídico garantizasen las obligaciones de un concursado, exista o no agrupamiento pueden solicitar su concurso preventivo para que tramite en conjunto con el de su garantizado. La petición debe ser formulada dentro de los treinta días contados a partir de la última publicación de edictos, por ante la sede del mismo juzgado. Se aplican las demás disposiciones de esta sección".

Aunque resulte una obviedad, señalamos que tanto el deudor garantizado como el garante deben ser sujetos concursables en los términos del art. 2 y 5 de la LCQ, para tramitar ambas quiebras en forma conjunta.

A su vez, consideramos que tanto el garantizado como el garante deben encontrarse en estado de cesación de pagos, apartándonos aquí de los arts. 66 y 68 de la LCQ que permiten que el garante se presente en concurso preventivo aún sin encontrarse en cesación de pagos, siempre que la insolvencia del garantizado pudiera afectarle.

Así, consideramos que se encuentra legitimado para peticionar esta quiebra directa conjunta toda persona, física o jurídica, que haya garantizado, por cualquier acto jurídico, obligaciones de un sujeto fallido. Por ello debe considerarse que garante y garantido pueden ser ambas personas jurídicas, ambos personas físicas o la combinación de ambas. Hacemos extensiva aquí la interpretación del art. 68 de la LCQ que realiza la doctrina, referida al concurso preventivo.³¹⁷

La fuente de la obligación de garantía puede ser cualquier acto jurídico con aptitud suficiente para constituir en garante a una persona por las obligaciones de otro, cualquiera sea la naturaleza de las obligaciones afianzadas: civiles, comerciales, laborales, fiscales, etc. Por tanto, a modo de ejemplo, señalamos que quedan comprendidos cualquier tipo de garantía, sea real o personal. También, el fiador liso, llano y principal pagador, el avalista de títulos valores, el tercero constituyente de prenda o hipoteca, codeudor solidario, fiduciante en garantía, los firmantes de títulos circulatorios con cláusula “valor en garantía”, “valor en prenda”, o cualquier otra que implique caución.³¹⁸

No es pensable la exigencia de que la garantía lo sea de todas las obligaciones del fallido.³¹⁹

Finalmente, resulta ociosa en la quiebra del garante, la discusión doctrinaria que se generó en torno a si puede considerarse garante a los socios con responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria (por ejemplo, en la sociedad colectiva), puesto que al tratarse de una quiebra -y no de un concurso preventivo- resulta aplicable el art. 160 de la LCQ que específicamente establece que la quiebra de la sociedad importa la de sus socios con responsabilidad ilimitada.

3. Fundamentos que justifican la tramitación de la quiebra del garantizado en forma conjunta con la de sus garantes

Tal como indicamos más arriba, es un supuesto harto frecuente que la insuficiencia patrimonial de la sociedad garantizada que desemboca en quiebra, arrastre con igual solución liquidativa a quienes afianzaron sus obligaciones, es decir, a sus garantes.

En estos casos, consideramos que existen sobrados motivos para que la quiebra del o los garantes tramite en forma conjunta con la quiebra del garantizado.

3.1 Evita decisiones contradictorias y unifica criterios en las distintas quiebras en resguardo de la seguridad jurídica

³¹⁷ ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Código de Comercial comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2007, Tomo IV-A, p. 768.

³¹⁸ HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, Tomo 2, p. 494-498.

³¹⁹ DASSO, *Quiebras. Concurso preventivo y Cramdown*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Tomo 1, p. 320 y ss.

Opinamos que al intervenir el mismo juez en los procesos falenciales del garantizado y de los garantes se evitan decisivos contradictorios y se logra unidad de criterio durante el desarrollo de los trámites.

Lo contrario podría generar la paradoja de que un mismo acreedor resulte admitido en la quiebra de un garante y no admitido en la quiebra de otro garante. O peor aún, es de no imaginar el supuesto en que una sociedad anónima fue afianzada por sus diez directores con sus consortes, y tramiten las 21 quiebras en distintos juzgados -incluso, a lo largo y ancho del país- en forma separada.³²⁰

Insistimos, en los supuestos en que la insuficiencia patrimonial alegada por el o los garantes, guarde estrecha relación con las garantías otorgadas, la quiebra de éstos debe tramitar ante el juez donde radica la quiebra del garantizado.³²¹

No es menester que se trate de varios actos jurídicos, ni que se haya afianzado todo el pasivo. Lo esencial es la importancia o fuerza gravitante de ellas en la conformación total del estado patrimonial.³²²

Ello se justifica a los fines de evitar decisiones contradictorias concentrando las resoluciones en una sola unidad de apreciación, y lograr una coordinación de procesos que se encuentran estrechamente vinculados.³²³

La existencia de sentencias contradictorias podría ocasionar un verdadero caos jurídico, afectando gravemente el principio de seguridad jurídica que contribuye al mantenimiento de la paz social.³²⁴

Ahora bien, las mismas razones recién apuntadas, nos permiten concluir que resulta conveniente que intervenga un mismo síndico en todas las quiebras -del garantizado y de los garantes-, a los fines de coordinar y armonizar el cumplimiento de las tareas en los distintos procesos (tareas de investigación, informes, determinación del activo y pasivo, acciones de recomposición patrimonial, acciones de responsabilidad, etc.).

En resumen, consideramos que debe existir:

i.- Separación de procesos falenciales del garantizado y garantes, con trámites paralelos, es decir, cada quiebra tendrá un expediente por separado, que tramitará paralela y simultáneamente.

ii.- Unidad de jurisdicción. Con esta asignación de competencia, se asegura una univocidad de apreciación intelectual de los procesos que -si bien separados- están relacionados: unidad valorativa y decisional que se supone -con razón-, más fácil de obtener si se asignan los procesos a un solo juez en vez de a varios distintos.

iii.- Unidad de sindicatura. Si la razón de la quiebra del garante es la seguridad prestada a la acreencia principal, parece razonable que un mismo síndico indague ambas, la garantizada y la que

³²⁰ ANIDO, Claudio R., y TRUFFAT, Daniel E., *El concurso en caso de agrupamiento, y los interrogantes que plantea el potencial abuso del concurso de garante*, ED, 176-531 y siguientes.

³²¹ CNCom., Sala F, Alvarez Victorio Luis s/ concurso preventivo – incidente de apelación, 3/5/2018, MJ-JU-M-111023-AR / MJJ111023

³²² JUNYENT BAS, Francisco, y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de concursos y quiebras -24.522-*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2021, Tomo I, p. 535-537. CNCom., Sala A, Vin Val SA s/ conc. Preventivo, 29/9/1998.

³²³ CNCom., Sala D, Brunstein Maria Laura s/ concurso preventivo, 28/4/2015, MJ-JU-M92726-AR / MJJ92726.

³²⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Estudio del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Santa Fe, 2014, Tomo 2, p. 1.000.

lo asegura.³²⁵ Si hubiera más de un garante con sendos procesos promovidos, el juez podría disponer el nombramiento de una sindicatura plural habida cuenta del mayor volumen y complejidad de los trabajos a cumplir.³²⁶

Queda aquí evidenciado un sólido argumento que refuerza nuestra propuesta de tramitación conjunta de la quiebra de los garantes y del deudor garantizado.

3.2 Facilita el cumplimiento de los requisitos formales de presentación en quiebra del garante

Consideramos que si se le permite al garante presentar y tramitar su quiebra por ante el mismo juez que entiende en la quiebra del deudor garantizado, se le facilita el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el art. 11 de la LCQ.

Así, si las deudas del garante están conformadas en su mayoría por las obligaciones afianzadas respecto del deudor principal fallido, el relato de los hechos y toda la documental acompañados por éste en el escrito de presentación en quiebra serán prácticamente similares a los que acompañe el garante en su petición de quiebra.

Es decir, el garante acompañará una explicación de las causas concretas de su situación patrimonial y la época en que se produjo la cesación de pagos (art. 11 inciso 2 de la LCQ), un estado detallado y valorado del pasivo (art. 11 inciso 3 de la LCQ), nómina de acreedores y legajos de acreedores (art. 11 inciso 5 de la LCQ) que en su mayoría serán idénticos a los acompañados por el deudor principal fallido.

En otras palabras, tanto el garantizado fallido como sus garantes brindarán una misma explicación sobre las causas del desequilibrio económico, coincidirán en la época de cesación de pagos, y acompañarán la misma documental relativa a la conformación del pasivo y a los créditos de los acreedores.

De tal manera, se advierten las razones de índole práctica que justifican la tramitación conjunta de la quiebra del deudor garantizado y la de sus garantes, puesto que éstos se valdrán de la documental e información ya aportada por el fallido garantizado a los fines de cumplir con los requisitos formales de presentación en quiebra.

3.3 Facilita el cobro del crédito del acreedor en el supuesto de quiebra de coobligados solidarios, y la repetición entre fallidos

El art. 135 de la LCQ, en la parte que nos interesa, establece que “El acreedor de varios obligados solidarios puede concurrir a la quiebra de los que estén fallidos, figurando en cada una por el valor nominal de sus títulos hasta el íntegro pago”.

Esta norma regula la participación del acreedor en las plurales quiebras de los coobligados solidarios, lo cual podrá acontecer en el caso que analizamos, cuando los garantes se constituyen en obligados solidarios respecto de una o varias obligaciones contraídas por el deudor garantizado.

La regla prescribe que el acreedor puede concurrir a cada quiebra por el monto total de su crédito. El dividendo eventualmente percibido en una quiebra no se deduce para participar en el otro.³²⁷

³²⁵ MOSSO, Guillermo, *El concurso del garante*, JA 1999-II, p. 758.

³²⁶ HEREDIA, Pablo D., op. cit., p. 494-498.

³²⁷ ROUILLÓN, Adolfo A. N. *Régimen de concursos y quiebras Ley 24522*, 17ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 256.

Pero si el monto total percibido en las plurales quiebras excede el valor total de la acreencia, la solución está contemplado en el art. 136 de la LCQ que se analizará a continuación.

El art. 136 de la LCQ establece que “No existe acción entre los concursos de los coobligados solidarios por los dividendos pagados al acreedor, salvo si el monto total pagado excede del crédito. El acreedor debe restituir el excedente en la quiebra del que hubiere sido garantizado por los otros o conforme con la regla del art. 689 del Cód. Civil en los demás supuestos”.

Esta norma consagra dos reglas concursales que modifican los principios del derecho común:

a) Si el total que percibió el acreedor (concurrente en las quiebras de los coobligados solidarios, sumados los importes cobrados en todos estos procesos) no excede el importe total de su acreencia, no hay derecho de repetición entre las quiebras de los coobligados solidarios (cualquiera fuese la porción por la que cada uno estaba obligado en sus relaciones internas y cualquiera fuese el porcentaje afrontado en cada quiebra).

b) Si la repetición es procedente, por el acreedor -sumando lo percibido en las distintas quiebras- cobró más que el importe total de su crédito, aquélla se limita al excedente efectivamente percibido. Dicho excedente debe restituirlo al acreedor en la quiebra de quien tenía -según el derecho común- derecho de repetición contra sus coobligados o según el convenio (expreso o tácito) que regla las relaciones internas de la solidaridad, o debe ser dividido por igual (art. 841 del Código Civil y Comercial de la Nación).³²⁸

Entonces, se advierte que la tramitación de la quiebra del deudor garantizado en forma conjunta con la de sus garantes, facilita tanto el control sobre los créditos percibidos por los acreedores comunes a dichas quiebras, como la repetición de créditos entre los distintos fallidos coobligados solidarios.

3.4 Facilita el ejercicio de las acciones de responsabilidad

Tal como indicamos al inicio del trabajo, resulta una práctica habitual que los administradores de la sociedad afiancen sus obligaciones.

Ahora bien, el art. 173 de la LCQ regula la responsabilidad de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia.

Si el síndico que actúa en todas las quiebras advierte que podría darse el supuesto previsto en la norma recién indicada, opinamos que el garante fallido demandado conserva la legitimación procesal para intervenir en las acciones de responsabilidad que se inicien en su contra, por encontrarse comprometidos intereses subjetivos.³²⁹

Así, consideramos que la actuación de un solo síndico en todas las quiebras facilita la investigación y la recopilación de información de todos los fallidos que posibilita el ejercicio de las acciones de responsabilidad mencionadas.

³²⁸ ROUILLÓN, Adolfo A. N., *ídem*, p. 258.

³²⁹ HEREDIA, Pablo D., *op. cit.*, p. 1079.

4 Trámite procesal

Sin ánimo de agotar el tema, a renglón seguido abordaremos cuestiones relacionadas con la tramitación de las quiebras del deudor principal y la de sus garantes.

4.1 Etapa inicial

Ante todo, señalamos que es una facultad del garante petitioner que su quiebra tramite en forma conjunta con la del deudor principal garantizado.

A su vez, consideramos que el garante puede petitioner su quiebra para que tramite en forma conjunta con la del deudor principal garantizado, ya sea en forma simultánea con la presentación en quiebra del deudor garantizado, o bien, con posterioridad dentro de los treinta días hábiles judiciales³³⁰ contados a partir de la última publicación de edictos de la quiebra del deudor principal. Replicamos aquí la solución brindada por el art. 68 LCQ para el concurso del garante.

Este plazo resulta razonable a los fines de que el juez pueda unificar las fechas de ambos procesos falenciales -garantizado y garante-, puesto que una presentación posterior a la fecha indicada, podría implicar que el juez deba retrotraer etapas ya cumplidas de la quiebra del deudor principal garantizado.

La ocasión de alcanzar el citado objetivo de unidad de apreciación intelectual mediante el conocimiento por un mismo juez de los elementos comunes a ambos procesos habría sido aquella en que los sujetos se presentaran simultáneamente o con pequeña diferencia temporal a solicitar la apertura de su concurso.³³¹

El garante tendrá un expediente individual, distinto del deudor afianzado, deberá presentar todos los requisitos del art. 11 que sean acorde a su naturaleza jurídica -personas físicas o jurídicas- y publicará edictos en la forma de estilo.³³²

4.2 Etapa informativa

El período de verificación de créditos no ofrece particularidades. Los acreedores comunes tienen la carga de verificar sus créditos tanto en la quiebra de la deudora principal como en la de sus garantes.

Por su parte, el garante tiene la carga de verificar su crédito en la quiebra del deudor principal garantizado, con carácter eventual, conforme lo previsto en el art. 32 LCQ. Sin embargo, el garante fallido carece de legitimación procesal en relación a los bienes sujetos a desapoderamiento (art. 110 de la LCQ), y por tanto, no podrá promover la verificación del crédito. Tampoco resulta lógico ni adecuado que el síndico promueva la verificación del crédito, puesto que será el mismo síndico para todas las quiebras tanto del garantizado como la de los garantes. Por ello, consideramos que la verificación de crédito sea sustituida por un informe del síndico, aplicando aquí por analogía la solución prevista en el art. 170 de la LCQ para el supuesto de extensión de quiebra.

A su vez, consideramos que no existen motivos que justifiquen un control multidireccional entre los acreedores de las quiebras del garantizado y garante. Es que cada quiebra tramita en forma individual con masas separadas, y los acreedores comunes tienen la carga de verificar sus créditos

³³⁰ RIVERA, Julio César, ROITMAN, Horacio, VITOLO, Daniel Roque, *Ley de concursos y quiebras*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, p. 454.

³³¹ Dictamen de la Procuradora Fiscal, compartido por el tribunal en: CNCom., Sala B, Muller Jorge, 30/6/2003, JA 2003-IV, p. 124.

³³² GRISPO, Jorge Daniel, op. cit.

en cada quiebra. Por tanto, estos acreedores comunes podrán observar los créditos de los acreedores propios del garante en cada quiebra, y viceversa. Tampoco, hay motivos para permitir que el garante impugne u observe los créditos insinuados en la quiebra principal, puesto que el garante únicamente deberá afrontar el pago de aquellos acreedores comunes que se presenten a verificar crédito en su propia quiebra.

Así también, si existirá un proceso por cada fallido, resulta obvio que existan informes individuales separados por cada quiebra.

De igual manera, consideramos que debe existir un informe general en cada proceso falencial. Es que el garante puede tener otros acreedores además de los comunes con el deudor garantizado.

4.3 Etapa liquidativa

Habrán masas activas y pasivas separadas en cada quiebra. Es decir, una masa integrada por el activo y el pasivo en la quiebra del deudor principal garantizado, y tantas masas activas y pasivas como quiebras de garantes existan.

Salvo que cierto fallido se encuentre inmerso en algún supuesto de extensión de quiebra previstos en el art. 161 de la LCQ, en cuyo caso, se aplicará el sistema de masa residual o de masa única según el caso, conforme las disposiciones previstas al efecto en la legislación concursal.

Así, los acreedores únicamente podrán cobrar sus créditos en las quiebras en las cuales hayan sido declarados verificados o admitidos, no pudiendo participar sobre el producido o remanente que pudiera existir en el resto de las quiebras en las cuales no fueron verificados o admitidos. En cuanto a la forma de percepción del crédito y a la repetición entre fallidos, nos remitidos a lo explicado en el punto 3.3 del presente.

Por último, cada quiebra devengará sus propios gastos y honorarios.³³³

5. Conclusión

Se advierte que el tema propuesto presenta gran interés para los operadores del derecho, puesto que, como dijimos, resulta un supuesto harto frecuente en la práctica comercial que los directores y accionistas de las sociedades afiancen las obligaciones de ésta. Luego, si acontece la quiebra de la sociedad garantizada, ello podría empujar a sus garantes a que adopten igual solución liquidativa.

En las páginas anteriores señalamos los profusos y sólidos argumentos que justifican que los garantes tramiten su quiebra en forma conjunta con la quiebra del deudor principal garantizado.

En tal sentido, consideramos que la tramitación conjunta de las quiebras indicadas: a) evita pronunciamientos judiciales contradictorios y unifica criterios en el desarrollo de los trámites falenciales, todo ello en resguardo de la seguridad jurídica; b) facilita para los garantes el cumplimiento de los requisitos formales en la presentación de sus quiebras; c) facilita el cobro del crédito al acreedor en el supuesto de quiebras de coobligados solidarios, y la repetición de créditos entre fallidos; y d) facilita el ejercicio de las acciones de responsabilidad en contra de los garantes administradores de la sociedad.

Todo ello nos permite concluir que no deben aplicarse las normas de competencia contenidas en el art. 3 de la LCQ ni las reglas de distribución de las causas previstas en los códigos procesales

³³³ MOSSO, Guillermo, op. cit.

locales (sorteo, turno, etc.), sino que razones de conexidad justifican la tramitación conjunta de la quiebra del garante con la del deudor principal garantizado.

“ANÁLISIS MEDICO DE LA EMPRESA EN CRISIS”**Julián Andrés Palacio Olayo**^{*334}**1. ¿QUE ES EL ANALISIS MEDICO DE LA EMPRESA EN CRISIS?**

El Análisis Medico de la Empresa en Crisis **AMDEC** es una forma de estudiar la crisis de la empresa, usando las herramientas y los criterios de la ciencia médica, para explicar y evaluar los procedimientos y protocolos de prevención, diagnóstico y atención que pueden compartirse entre la medicina y la **GEC** (gestión de la empresa en crisis)

No se limita este análisis a los remedios concursales, pues seria reducir la crisis del empresario a escenarios jurídicos, los cuales solo son una arista dentro del universo de la atención de la empresa en crisis. es importante tener siempre tener en cuenta que la atención medica está basada en la existencia de unos pilares, los cuales son el soporte mismo de la práctica, y son necesarios para que sobre ellos se edifique un sistema o protocolos de relación preventiva o correctiva respecto al paciente, algunos de los pilares son: *i) la mejor literatura posible y disponible; ii) experiencia técnica; iii) los deseos del paciente y de la familia; y iv) los valores institucionales.*

Realicemos un análisis desde la GCE sobre los pilares de la atención médica. **i) la mejor literatura posible y disponible;** pasa algo particular con el estudio de la empresa en crisis y es que por el considerable numero de disciplinas y materias que le son transversales, no existe realmente suficiencia de trabajos y libros al respecto, por el contrario se encuentran dispersos y aislados en las distintas disciplinas, por ejemplo, es poco fácil encontrar literatura sobre aspectos financieros de la empresa en crisis, es casi reflejo de buena fortuna encontrar escritos sobre cultura organizacional de la empresa en crisis; comunicación de crisis; mecanismos de financiación de la empresa en crisis; psicología el empresario en crisis; estemos de acuerdo que donde más abunda literatura relacionada, aunque sigue siendo insuficiente, es en el área jurídica, donde doctrinantes de los distintos países se han enfocado en los procesos, procedimientos y mecanismo procesales-sustantivos de la insolvencia. Sin embargo, en sus textos cada vez se acercan más a problemas periféricos de la empresa en crisis, entendiendo que son determinantes en la recuperación empresarial. **ii) experiencia técnica;** se encuentran diversidad de factores sumamente relevantes cuando se pretende verificar que tantos agentes en el cuidado de la empresa, tienen conocimiento cualificado para atender y llevar a cabo la GEC; iniciemos desde el concepto básico del profesional “experto” en la ciencia médica en casi todos los países del mundo esta regulado el ejercicio profesional del médico, se entiende que quien atiende a un paciente es aquel que logró cumplir requisitos académicos y prácticos para poder ejercer como médico; en la atención de la empresa en crisis no pasa lo mismo, pues por la particularidad mencionada de la pluralidad de disciplinas que se imbrican no existen profesionales que por si solos puedan ser idóneos en todas las necesidades que requiere la empresa enferma, por lo anterior es importante trabajar en equipo, en cooperación entre distintas profesiones, no puede concebirse la recuperación de una empresa sin la participación de profesionales en distintas áreas, que de acuerdo a los recursos disponibles del deudor podrán integrar el equipo médico de la recuperación empresarial; contadores, abogados, financieros,

³³⁴ Abogado colombiano, Magister en Derecho Comercial y de los Negocios de la universidad de Buenos Aires Argentina; especialista en derecho societario EAFIT; especialista en derecho financiero y del mercado de valores UPB; Ex juez de insolvencia Medellín-Colombia; julianpalacio@hernandezypalacio.com

expertos en la actividad económica, ingenieros, Psicólogos, comunicadores y cualquier otro que la realidad de la atención requiera.

Un segundo punto relevante es que, debido a la amplia demanda de asesores para tratar la crisis empresarial, se ha mercantilizado su ejercicio y han proliferado oportunistas que no tienen como vocación la recuperación de la empresa, sino la evasión de sus acreencias, perjudicando la confianza en el crédito y sacrificando la reputación del deudor. Es importante entonces y debido a su particularidad la necesidad de agremiaciones, institutos y centros de pensamiento que estén siempre vigilantes y marcando buenas prácticas en el ejercicio de la insolvencia, incluso con la posibilidad de expedir licencias bajo marcas de certificación del ejercicio del asesor de la empresa en crisis. Otro actor importante en la tecnificación del medico de empresas, son los centros educativos y aunque las universidades sin duda son el escenario estrella para este análisis, también los colegios y cualquier instituto donde por causa o efecto se enseñe contenido empresarial, deberá equilibrar los recursos entre la enseñanza de la creación y el desarrollo de la empresa, con la instrucción de la prevención, diagnóstico y gestión de su crisis.

iii) los deseos del paciente y de su familia. Es de suma importancia conocer cuál es el interés del deudor, si tiene aún la suficiente energía para afrontar la nueva dinámica de la empresa. Parece obvio, pero el deudor debe querer recuperarse; debe entender que los mecanismos concursales requieren esfuerzos complejos en el cambio de la dinámica empresarial, como por ejemplo, el esfuerzo que debe hacer para seguir desarrollando la actividad económica dentro del giro ordinario de los negocios y la energía que debe enfocar en el cumplimiento del acuerdo de reorganización, así como entender que los procesos de reorganización, no son bajo ningún motivo mecanismos defraudatorios para los acreedores, debe entonces en el asesor de la insolvencia actuar siempre como el médico de la insolvencia e indagar no solo por las causas de la crisis, sino también por las motivaciones que tiene el deudor para adelantar el proceso concursal. Pero no son solo los deseos del paciente, relevantes en el tratamiento, lo son también los de su familia, en este caso entonces debe el médico de la insolvencia alinear los intereses del deudor, de los accionistas y de los stake holders; escuchar, entender, valorar y gestionar los miedos, preocupaciones y desconfianza que generan este tipo de tratamientos en todas las partes interesadas, pues será de ellos que dependa el éxito del proceso de recuperación al conseguir los votos necesarios para la confirmación del acuerdo de reorganización y por otro lado el apoyo suficiente en la ejecución del mismo; imaginemos un proveedor que termina convirtiéndose en un acreedor hostil, posiblemente no va a querer continuar relaciones comerciales con el deudor, o al menos no hasta que pague su deuda, por lo que el deudor tiene dos caminos; pagar todo por anticipado o conseguir nuevos proveedores, cualquiera de los dos caminos implican un incremento en los costos de transacción para el deudor, por un lado el pago anticipado genera movimientos en la caja que generan ineficiencias y la búsqueda de nuevos proveedores impone someterse a una curva de relacionamiento que termina causando reprocesos en la operación; siempre será una mejor estrategia vincular a acreedores internos, externos y a todas las partes interesadas a que sean ellas las que ayuden a construir el camino de la recuperación, pues así el esfuerzo del deudor será menor, al encontrarse con la sinergia que puede brindar el unir las fuerzas de quienes conforman al final la familia que permite que la empresa continúe en marcha.

Como pilar final están **iv) los valores institucionales;** indudablemente como todas las instituciones deben estar regidas por principios éticos que den marco a como debe entenderse el servicio que prestan, igualmente los agentes que intervienen en el sistema de recuperación empresarial, deben acoger como propios ciertos valores; es importante hacer claridad que en este

escrito no se hablara de institución como un elemento de infraestructura, sino, como un constructo que representa una forma de organización. En el **SRE** (sistema de recuperación empresarial) debe estar cimentado en valores que deben cumplir todas aquellas instituciones que operan los tratamientos concursales; la **OMS** (organización mundial de la salud) plantea los siguientes valores institucionales que podrían fácilmente ser aplicado a los operadores judiciales, administrativos o privados que intervienen en los procedimientos recuperatorios y son

“Integridad: comportarse de acuerdo con los principios éticos y actuar de buena fe, honestidad intelectual y equidad.

Rendición de cuentas: responsabilizarse de las propias acciones y decisiones y de sus consecuencias.

Independencia e imparcialidad: Actuar teniendo presentes solo los intereses de la OMS y bajo la sola autoridad del Director General, y velar por que las opiniones y convicciones personales no pongan en entredicho los principios éticos, obligaciones oficiales o los intereses de la OMS.

Respeto: respetar la dignidad, la valía, la igualdad, la diversidad y la intimidad de todas las personas.

Compromiso profesional: demostrar un grado elevado de profesionalidad y lealtad a la Organización, su mandato y objetivos.³³⁵

2. EL SUJETO DE ESTUDIO

PACIENTE Y EMPRESA EN CRISIS

La real academia de la lengua española indica que la raíz de la palabra paciente es “*el que sufre, el que padece, el que tolera*”, la real academia de medicina de España define el paciente como “*Persona que recibe o va a recibir atención médica, ya sea por padecer una enfermedad o con fines preventivos*” es en definitiva quien no puede tener normalidad en su actuar cotidiano debido a algún factor que genera padecimientos, el paciente es quien es afectado por un sufrimiento debido a un quebranto en la salud. Es indudable la similitud del concepto de paciente con la del deudor en crisis, una empresa en estado de crisis está bajo un padecimiento y sufrimiento, tanto el paciente como la empresa en crisis están enfermos o próximos a sufrir alguna enfermedad.

Según el blog Zendesk, “*el proceso de atención al paciente es el conjunto de interacciones entre éste y los profesionales de la salud, las cuales tienen como objetivo ofrecerle una buena experiencia durante la atención, e ir mucho más allá de una simple receta médica.*”

*Las soluciones que colocan la atención al paciente como prioridad están en auge. 82% de pacientes alrededor del mundo afirman que una atención al cliente de calidad es el factor determinante al contratar servicios de salud.*³³⁶

Es por los anterior que se establecen algunos elementos de atención al paciente como son la i) comunicación, ii) la colaboración y la iii) documentación.

“Un estudio de la psicóloga Alia Crum, graduada de la Universidad de Stanford, sometió a 76 participantes a una prueba con el objetivo de diagnosticar alergias, la cual puede tener efectos de

³³⁵ [Código de Ética y Conducta Profesional \(who.int\)](#)

³³⁶ [25 Healthcare Statistics That Show the Power of Patient-Centered Care \(silverlinecrm.com\)](#)

pización e irritaciones. A la mitad de los pacientes se les ofreció palabras de aliento y explicación sobre la prueba y reacciones en el transcurso del test, mientras que a la otra no. ¿Cuáles fueron los resultados? Todos los pacientes que recibieron este apoyo psicológico se recuperaron mucho más rápido que aquellos a los que no se les dijo nada. El estudio evidencia que un componente fundamental en el proceso de atención al paciente y su recuperación es brindarles un acompañamiento que vaya más allá de solo examinarlos.³³⁷

En el universo de a insolvencia empresarial debemos siempre tener presente que el paciente al final termina siendo siempre una persona física, por mas que puedan haber capas sobre ella, como las que genera la existencia de una persona jurídica como vehículo del desarrollo de la actividad de empresa, nuestro sujeto de atención el ser humano, que a través de sus decisiones, emociones y reacciones es quien afronta la crisis, es por esto que tiene toda La aplicación practica los elementos de atención al paciente mencionados mas adelante y los cuales analizaremos bajo la óptica del deudor en crisis como paciente.

i) Comunicación. implica la necesidad de ofrecer explicaciones detalladas al paciente, en el caso del DCP es igualmente necesario que todos los asesores brinden claridad sobre cada uno de los elementos que van a permitir construir su tratamiento, es importante recordar que normalmente el empresario sabe como desarrollar la empresa pero no esta preparado para afrontar la crisis y no entiende muchos de los conceptos técnicos que son transversales a los procesos recuperatorios, pues como ya se dijo es necesaria la intervención desde las finanzas, la contabilidad, el derecho, la psicología y la administración; dentro de las herramientas de la comunicación.

El profesional en herramientas recuperatorias debe brindar alternativas al DCP, buscando que con las recomendaciones especializadas que se realicen sea el quien indique cual tratamiento es más cómodo para él, lo que guarda relación con lo ya manifestado de la importancia de conocer los deseos del paciente y de su familia; debe recordarse que el paciente como el DCP están sumamente cargados con sesgos cognitivos que pueden impedir tomar decisiones racionales para su recuperación y es por lo anterior que con una comunicación fluida, se van mitigando los riesgos de tomar deciones basadas exclusivamente en emociones.

Dentro de la comunicación será siempre importante que el DCP conozca desde el comienzo los costos asociados a su tratamiento, siempre debe existir la mayor claridad respecto a honorarios de los profesionales que intervengan en la recuperación, costos legales o tarifas en caso de mecanismos privados.

Como segundo elemento encontramos ii) **La Colaboración.** Por la naturaleza misma de los procesos médicos, es normal que existan profesionales en distintas especialidades medicas interviniendo en la solución para el paciente y en ocasiones no existe comunicación fluida entre los distintos médicos. En el tratamiento del DCP aparece una complejidad mayor y es que además de la intervención de los distintos profesionales, las áreas de conocimiento de los mismos es totalmente diferente, puede observarse lo anterior cuando se da una diferencia de criterios en la recomendación sobre un mismo punto entre un abogado y un financiero, **ejemplo:** el financiero recomienda el uso la ley 1116 de 2006 como herramienta jurídica para la recuperación, pues debido a la cesación legal de pagos que se da y el tiempo de demora del proceso, tendrá mayor alivio en el flujo de efectivo; sin embargo el abogado recomienda usar un mecanismo de recuperación empresarial establecido en el decreto 560 de 2020 para evitar el pago o intervención de promotores

³³⁷ [Proceso de atención al paciente: qué es, elementos y modelo \(zendesk.com.mx\)](https://www.zendesk.com.mx)

ajenos a la empresa y la rapidez de la confirmación del acuerdo³³⁸; el psicólogo del empresario recomienda que sean procesos donde el empresario tenga el menor desgaste debido a una crisis crónica de ansiedad. En un escenario como el anterior los profesionales asesores de la recuperación deben encontrar puntos comunes para encontrar una solución que beneficie el proceso concursal, donde la respuesta parece estar en hacer ponderaciones, no solo en beneficio del deudor, sino también de todas las partes interesadas.

El tercer elemento de atención al paciente es **iii) La documentación**. La atención al paciente requiere detalles y datos precisos con los cuales se pueda construir un perfil completo del paciente que permita llevar un control de todos las variables y condiciones que se presenten.

En la atención del DCP puede encontrarse distintos tipos de pacientes, por un lado aquellos que han sido suficientemente organizados y cuentan con una historia clínica que nos muestra todo el proceso de detección de la crisis, basado en protocolos de diagnóstico y prevención de la misma, lo cual sin duda, hará que la recuperación sea mas ordenada y en la mayoría de ocasiones detectable con suficiente tiempo para tomar decisiones pertinentes, el empresario que logre detectar con bastante tiempo la zona de insolvencia podrá sin duda encontrar remedios que incluso eviten el uso de terapias de choque para atender la crisis.

Se hace sumamente importante que el empresario sea consciente si se encuentra en zona de insolvencia, cuya definición acertada, es brindada por la doctrinante colombiana Diana Rivera Andrade:

“época o periodo de tiempo anterior a cualquier procedimiento concursal o de insolvencia, durante el cual el empresario puede avizorar o advertir la proximidad de una crisis, experimentando en mayor o menor grado, dificultades de diferente naturaleza, bien sea externas o internas, económicas, comerciales y/o políticas, entre otras.”

Por otro lado, y como es el común, nos encontramos con un DCP que fue sorprendido por la crisis, pues no hacia seguimiento a indicadores y factores que pudieran revelar su inminencia; lo anterior implica que será el médico de la insolvencia quien deberá armar detalladamente el historial de la crisis para poder determinar de forma clara y pronta cuales fueron sus causas.

3. EL OBJETO DE ESTUDIO

LA ENFERMEDAD Y LA CRISIS

la OMS define enfermedad como, *la alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible*. Por otro lado, La real academia de la lengua española define crisis como, *Cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados*; puede observarse como existe una relación inseparable entre el concepto de enfermedad y crisis, pues indudablemente la enfermedad es un estado de crisis y una empresa en crisis está enferma.

Las enfermedades pueden tener distintas causas en general son **i) Endógenas** y **ii) Exógenas**, lo anterior igual que la crisis empresarial, puede obedecer a factores internos y externos, analicemos desde la GEC las causas de las enfermedades **i) Endógenas**. Se trata de una patología causada por

³³⁸ Los anteriores son algunos de las normas del derecho colombiano que incorporan mecanismos y procesos de recuperación.

una alteración del genoma, lo que implica que es al interior del sujeto que se ha gestado la crisis, que son sus condiciones internas las que deben analizarse y tratarse, pueden partir de problemas en el gobierno corporativo, en la estructura operativa, en el sistema de costos, en la densidad de talento, en la deficiencia de la calidad, en la falta de control y planeación, la carencia de cultura organizacional, la falta de implementación de I+D, estas enfermedades endógenas de la empresa en crisis dependen totalmente del deudor, sus órganos de administración y dirección, y tendrán que encontrarse remedios estructurales que no obedecen exclusivamente a fórmulas de pago, intereses y periodos de gracias; debe ser más profunda y es ahí donde especialistas en producción, administración, cultura organizacional cobran suma relevancia. Pero en muchas ocasiones la crisis se ha causado por factores externos; ii) **Exógenas**. *Se desarrollan en un individuo al contraer bacterias que se generan fuera de su organismo*, en ocasiones son responsabilidad de la falta de cuidado del paciente, pero en la mayoría son imprevisibles y difícilmente resistibles; para la GEC nos encontramos factores exógenos como volatilidad en las divisas, cambios políticos, regulación restrictiva, factores climáticos, daño reputacional.

Es bajo esta óptica donde cobran especial importancia la estructuración de protocolos que permitan el tratamiento de la crisis del DCP debido a las enfermedades endógenas y exógenas, la prevención y tratamiento bajo protocolos indudablemente como se había indicado, permiten la disminución de la improvisación y los riesgos que ésta genera, pues muchos errores pueden haberse evitado con el establecimiento de protocolos preventivos y correctivos.

Según la *Escola Galega de Saude para Cidadans*³³⁹, deben haber tres grados de prevención de la enfermedad que podríamos aplicar a la GEC, y son i) **Prevención primaria**; ii) **Prevención secundaria y iii) prevención terciaria** y su análisis parte del momento en el cual se actúa y el estado de la enfermedad, en i) **La prevención primaria**. Se busca evitar la aparición de la enfermedad y esta enfocada en la promoción de la salud y la protección específica, como las vacunas. En la GEC debe incrementarse la capacitación por parte de todos los sectores, tales como, academia, estado y empresa, en la implementación de herramientas pedagógicas para el empresario y todo su ecosistema de cómo prevenir la crisis o al menos cuidados que ayuden a mitigar el riesgo de aparición. ii) **prevención secundaria**. Trata de detener la progresión de los procesos patológicos mediante el diagnóstico y tratamiento precoz. Por ejemplo, una mamografía. Cuando ya la empresa esta enferma, todos los esfuerzos deben trasladarse a que la misma no empeore y en buscar mecanismos recuperatorios para volver a llevarla a un estado inicial, es ahí donde mecanismos como el *turnaround* cobran sentido, capitalizaciones, M&A, búsqueda de recursos a través de financiamiento, cambio de la estrategia empresarial. iii) **la Prevención terciaria**. Intenta eliminar o reducir las consecuencias de la enfermedad mediante el tratamiento y la rehabilitación. Por ejemplo, los fármacos, la cirugía o las prótesis. En este caso los mecanismos jurídicos de atención de la insolvencia cobran especial importancia, pues si ninguna de las herramientas de atención primaria y secundaria dieron resultado o el impacto de la crisis fue tan profundo, el tratamiento deben ser los procesos concursales.

4. EL DIAGNOSTICO

Para la clínica universidad de navarra, *el diagnóstico clínico es un juicio médico sobre la naturaleza de la enfermedad o lesión de un paciente basado en la valoración de sus síntomas y*

³³⁹ [Prevención de la enfermedad \(sergas.es\)](http://sergas.es)

signos. // Proceso de selección entre dichas enfermedades³⁴⁰. Pueden extraerse los siguientes elementos de la anterior definición i) **juicio profesional** ii) **valoración de síntomas**.

i) **Juicio profesional** La detección y diagnóstico de enfermedades debe partir de un criterio calificado, esto resalta la importancia de la prevención primaria, respecto a la capacitación de los interesados; el empresario en crisis debe contar con asesores que permitan determinar que la empresa se encuentra en crisis, preferiblemente con parámetros objetivos que permitan su determinación incluso desde la zona de insolvencia.

ii) **valoración de los síntomas**. El DCP normalmente detecta la crisis cuando ya la atención de la misma es urgente; ya con necesidad de prevención terciaria pues la crisis ya generó daño en el DCP, esto presenta complejidad para las instituciones que en los diferentes países deben atender la insolvencia de las empresas, en Colombia la atención de los procesos recuperatorios recae básicamente en los jueces de insolvencia, los centros de conciliación y las cámaras de comercio, lo anterior dependiendo del sujeto y del proceso o mecanismo aplicable; la pregunta compleja es ¿en caso de concurrencia de solicitudes de deudores en crisis, cuál se atiende primero? normalmente el sistema se ha encaminado por atender por orden de llegada las solicitudes, los cuales atienden a un criterio de transparencia y de igualdad en el trato, pero hay un factor que desde el análisis médico de la empresa en crisis debe entenderse, no todos los pacientes pueden ser tratados de forma igual, pues la urgencia de unos es mayor a la de otros.

Acertadamente en Colombia se expidió el decreto 065 de 2020, el cual incluye una herramienta que permite la categorización de la gravedad, sintomatología y problema de salud que presenta un paciente cuando llega al servicio de urgencias y que permite definir la prioridad de la atención, esto es determinado médicamente como el *Triage* y se ve reflejado en el artículo [2.2.2.9.1.4](#) del decreto 065 de 2020, denominado trámite prioritario de procesos de insolvencia, el cual es una aplicación clara del análisis médico de la empresa en crisis, al establecer que existen insolvencias cuyo riesgo es tan alto que deben ser atendidas prioritariamente.

Establece que el Superintendente de Sociedades, en ejercicio de sus funciones previstas en el artículo B del Decreto 1023 de 2012, podrá solicitar al Superintendente Delegado de Procedimientos de Insolvencia o al funcionario que corresponda, que adelante prioritariamente algún asunto, con fundamento, entre otros, en cualquiera de los siguientes criterios: 1. Alto riesgo de deterioro del activo social. 2. Impacto considerable en la economía o de un sector específico de ésta o afectación del orden público económico. 3. Número de empleos directos e indirectos cuya estabilidad dependa de la actuación correspondiente. 4. Riesgo de afectación a otros activos productivos y/o clústeres de producción. 5. Valor de los activos o de los pasivos. 6. Afectación a la prestación de servicios públicos."

5. ASPECTOS FINALES

Puede observarse entonces la relación directa que existe entre la ciencia médica y el tratamiento de los deudores en crisis, son muchas las herramientas que pueden empezar a explorarse desde el análisis médico de la empresa en crisis. El presente escrito pretendió analizar de forma general algunos de los elementos más importantes de este estudio, que fueron el sujeto, el objeto y el diagnóstico, pero queda abierta una puerta importante para hacer un análisis médico de la empresa en crisis, desde elementos como los protocolos de atención, la gestión, la viabilidad y la

³⁴⁰ [Diagnóstico. Diccionario médico. Clínica Universidad de Navarra. \(cun.es\)](#)

sostenibilidad, de hecho, incluso llegar a análisis tan interesantes como el cuidado paliativo de una empresa en crisis cuando ya se avizora su liquidación.

“ROL DEL SÍNDICO FRENTE A ACREEDORES QUE NO SE PRESENTARON A INSINUAR, PERO SU CRÉDITO SURGE DE LA DOCUMENTACIÓN DEL CONCURSADO”

Darío Willebald Buffa³⁴¹

I.- Introducción.

En Uruguay, la verificación de créditos se encuentra regulada dentro del capítulo de la formación de la masa pasiva, en los artículos 93 y siguientes de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial (en adelante LCRE). Esta comprende a todos los acreedores del deudor con créditos anteriores a la fecha de la declaración del concurso (salvo excepciones previstas en la propia ley; ejemplo art. 68 numeral 3, art. 87 numeral 5). En efecto, a aquellos acreedores titulares de créditos nacidos con posterioridad a la declaración se les aplicarán los artículos 91 y 92 de la LCRE por tratarse de créditos contra la masa, en consecuencia, no se encuentran afectados por el concurso.

Es así que el proceso de verificación tiene por finalidad corroborar la legitimidad del crédito presentado por el acreedor insinuante y, en consecuencia, depurar la masa de acreedores. Una vez verificado, el acreedor pasará a ser acreedor concurrente y gozará de todos los derechos que le atribuye la ley.

Se encuentran exceptuados de presentarse, los créditos reconocidos por sentencia o laudo, dado que en dicha hipótesis lo que corresponde es la denuncia (artículo 100). El “acreedor” de dominio, tal como se lo menciona en la jerga por la doctrina, tampoco debe presentarse dado que estrictamente no es un acreedor del concursado. Por último, si operó el instituto del pronto pago, los acreedores laborales no deberían presentarse (artículo 62 LCRE).

Ahora bien, volviendo al régimen actual de la verificación debemos observar que transcurre en diversas etapas. En cuanto a las mismas, algunas son obligatorias, en tanto otras, son de carácter eventual. Con relación a la primera de ellas, corresponde señalar que, desde la declaratoria, los acreedores cuentan con un plazo de sesenta días para presentarse a insinuar su crédito. De todas formas, el síndico o interventor -dentro de los quince días desde que es nombrado- debe notificar por *carta u otro medio fehaciente* a los acreedores del listado que surja del expediente concursal (artículo 7 numeral 3) o los que surjan de la contabilidad en caso de ser un concurso que haya sido presentado por otros legitimados.

En otro orden, corresponde señalar que si el acreedor no se presenta dentro de dicho plazo, lo podrá hacer en forma tardía, a su costo, en vía jurisdiccional y tomará el proceso en el estado en que se encuentre (artículo 99 LCRE).

El segundo momento del procedimiento de verificación se encuentra regulado en los artículos 101 y 102 de la LCRE. En efecto, una vez presentados los acreedores, el síndico o el interventor, contará con un plazo de treinta días para elaborar la lista de acreedores. Dicho plazo comenzará a correr una vez finalizado el término de sesenta días de la etapa anterior. En cuanto a los acreedores a incluir en la lista, no cabe duda de que deberá hacer mención si incluye o excluye a los que se

³⁴¹ Abogado, escribano, postgrado en derecho procesal aplicado (Universidad de Montevideo). Maestrando en derecho procesal y litigación (Universidad de Montevideo). Aspirante a Profesor Adscripto, Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Egresado del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU). Juez Letrado Del Interior (S) adscripto a la SCJ. dwillebald@poderjudicial.gub.uy.

presentaron. Por su parte, respecto de aquellos que surjan de la documentación, pero no se presentaron a insinuar su crédito, la doctrina se encuentra dividida y será objeto de análisis en el presente trabajo. Luego de presentada, la lista quedará *de manifiesto en el juzgado*. Además, el síndico deberá comunicar el listado final a cada acreedor.

Por último, tenemos un tercer momento dentro del proceso de verificación, el cual consiste en la eventual impugnación de la lista de acreedores (artículos 104 y ss. LCRE).

II.- La insinuación de créditos ¿es un acto necesario?

Sin dudas, un tema que despertó gran interés en estos años es la cuestión de si el acto de insinuación del crédito por parte del acreedor es necesario o voluntario. La postura que se adopte sobre la cuestión repercutirá en gran medida en la lista a confeccionarse y en las eventuales impugnaciones. En efecto, sucede en innumerables casos que el acreedor no se presenta en plazo a insinuar su crédito y el síndico o interventor, al momento de elaborar la lista, puede encontrarse con la situación de que efectivamente el crédito surja de la documentación del deudor, esto es, de la compulsa del propio expediente concursal.

Tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, a lo largo de estos años se han ido perfilando dos grandes posturas. Es así que para algunos la presentación por parte del acreedor no es un acto necesario lo que determina que, ante la inoperancia de éste, el síndico deba -siempre y cuando de la documentación surja acreditado el crédito - incluirlo en la lista de acreedores. Sin embargo, para otros operadores, el presentarse a insinuar su crédito es un acto necesario dado que de la propia ley surge quiénes no tienen necesidad de presentarse a insinuar sus créditos y dentro de estas excepciones no se encuentra la que se comenta.

La cuestión es sumamente rica si se observa que existen cuestiones que dependen directamente de la postura que se adopte con relación al tema. Así, por ejemplo, quien primero tomará posición será el síndico o interventor, el cual, en el caso concreto, analizará la documentación y observará que de la misma pueda surgir un crédito a favor de determinado acreedor que no se presentó a verificar. Es así que el primer posicionamiento sobre la cuestión lo hará el propio auxiliar de la justicia.

III.- Las posturas en pugna en nuestra doctrina nacional.

Dentro de los partidarios de la postura de que la insinuación del crédito por parte del acreedor no es un acto necesario, encontramos en doctrina -entre otros- a los Dres. Sorondo, Xavier de Mello, Creimer, Ayul, Bacchi y Grazioli.

Es así que, ya en el año 2010, luego de analizar el alcance del artículo 101 de la LCRE, Sorondo y Xavier de Mello concluían: *“al síndico o al interventor corresponde determinar la inclusión o exclusión en la mencionada lista tanto de aquellos acreedores que se presentaron a verificar su crédito como de los acreedores que, sin haberse presentado, resultaren de la contabilidad y documentos del deudor o que resulten conocidos de alguna otra forma, resultando sus créditos indubitables, a juicio del síndico o interventor. En este aspecto, el síndico o el interventor deberán realizar un examen detallado y preciso de la documentación del concursado y en particular de la que respaldan los créditos correspondientes a los acreedores que no se presentaron a verificar su crédito, dejando constancia en el caso de los segundos de los motivos por los cuales se los incluye (con*

referencia y explicación de su fecha, causa, cuantía, calificación, vencimiento y garantías con que cuentan) (...) resulta fácil apreciar el riesgo que corre el acreedor que, confiando en que su crédito ha de resultar fácilmente de la contabilidad y demás documentos del deudor, no se presenta solicitando la verificación, aunque sea, si venció el pazo de sesenta días, en forma tardía y a su costa³⁴²”.

En la misma semana académica, Creimer, con total claridad expresa: “quizás puede interpretarse este giro algo oscuro de la ley en el sentido de que si al síndico o interventor le consta la existencia del adeudo, el acreedor en este caso no estaría obligado a pedir verificación de acuerdo al art. 94. Pero el acreedor no puede saber si el auxiliar de la justicia lo incluirá o no. Claro que si lo incluye y no es impugnado (art. 104) y el juez aprueba (art. 105) no estará obligado a pedir verificación tardía (art. 99 in fine). Ya está verificado³⁴³”.

Ya más acá en el tiempo y brindando nuevos argumentos, Bacchi y Ayul, concluyen: “entendemos que los síndicos o interventores deben confeccionar la lista abarcando en la misma todos aquellos créditos que: a) corresponden a acreedores que insinuaron sus créditos en el proceso concursal. Algunos de éstos podrán haber sido excluidos por diversas razones que deberán indicarse en la propia lista conforme el art. 101.2 LC. b) corresponden a acreedores que no insinuaron sus créditos en el proceso concursal pero cuya existencia, fecha, cuantía, causa y vencimiento, le constan al administrador concursal por surgir de la documentación presentada por el deudor en el propio proceso concursal o de la obrante en los diversos registros y respaldos. Se entiende que “la intervención y la sindicatura deben cumplir una labor de investigación activa tendiente a esclarecer el pasivo y evitar su abultamiento ficticio” como ha señalado Rodríguez Mascardi en una ponencia (...) podrán existir otros créditos declarados por el deudor como integrantes del pasivo y que tampoco solicitaron la verificación, pero que se encuentren en una situación diversa. Sería el caso de no haberse accedido por parte de la administración concursal a la documentación suficiente para justificar los extremos antes mencionados y exigidos por el art. 95 LC, hipótesis en la cual los créditos en cuestión no serán incluidos en la nómina que confecciona aquella (...) es aconsejable que el síndico indique la fuente de su información, sin que se le exija que acredite en base a qué elementos de todos aquellos a los que ha tenido acceso en el cumplimiento de sus funciones ha incluido el crédito. Esto no quita garantías a los acreedores pues si alguno de ellos tiene fundadas dudas acerca de la legitimidad de un crédito, su cuantía, etc., podrá impugnar explicitando todos los motivos concretos, particulares de la impugnación, aportando en su caso la documentación u otra prueba que justifique cuestionar el criterio adoptado por la sindicatura³⁴⁴”.

En igual tesitura, Grazioli al referirse al artículo 101 concluyó: “de la citada norma resulta en forma expresa y clara que el administrador concursal debe incluir en su nómina todos aquellos créditos cuya existencia, fecha, causa, cuantía, vencimiento y calificación jurídica le consten, créditos que forman la masa pasiva (en palabras del art. 101) a pesar de que su titular no se haya presentado a insinuarlo y a solicitar su verificación. Como consecuencia de ello, entendemos que la insinuación del crédito por el acreedor no siempre resulta necesaria para proceder a su verificación. El síndico o interventor debe tener en cuenta a aquellos créditos de los que ha tomado conocimiento por el listado de acreedores o por otras fuentes que, en definitiva, hacen las veces de la comunicación por

³⁴² XAVIER DE MELLO, Eugenio; SORONDO, Ana, “La carga de presentarse a verificar los créditos: situación de los acreedores que no se presentan”. En: *Sociedades y concursos en un mundo de cambio*. FCU, Montevideo, 2010, pág. 570.

³⁴³ CREIMER, Israel. “Verificación de créditos”. En: *Sociedades y concursos en un mundo de cambio*. FCU, Montevideo, 2010, pág. 486.

³⁴⁴ BACCHI, Adriana. y 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 cambios: el fecundo panorama del Derecho Comercial*. FCU, Montevideo, 2014, págs. 418-419.

el acreedor en tanto permiten al administrador concursal tomar conocimiento de la existencia y demás elementos constitutivos de ese crédito. En efecto, deben ser verificados y reconocidos por el administrador como formando parte de la masa pasiva, todos aquellos créditos que hayan sido comunicados al concurso (sea por su titular -al insinuar su crédito, o al solicitar el concurso necesario del deudor si fuera el acreedor instante, por ejemplo-, o por el deudor concursado -por haberlos incluido en la relación de acreedores que acompaña su solicitud de concurso voluntario- o por un tercero- por ejemplo, al solicitar el concurso-), o que sean de conocimiento del síndico o interventor por resultar de los registros y de la contabilidad del deudor³⁴⁵”.

Repasados los argumentos brindados por la doctrina que se afilia a la tesis de la voluntariedad, se observa que el acreedor incompareciente queda, en cierta manera, a la actitud que asuma el síndico al momento de confeccionar la lista. Si bien desde esta óptica, el presentarse a insinuar el crédito no es un acto necesario, sí sería conveniente a los efectos de evitar cualquier riesgo en la eventual actitud que pueda asumir el administrador concursal.

Ahora bien, supongamos que el síndico adoptó como criterio una tesis amplia, esto es, la de incluir en la lista a aquellos que surgen de la documentación pero que no se presentaron a insinuar su crédito, estimo que en el período de la puesta de manifiesto, aquellos acreedores que tengan una postura contraria, podrán, de conformidad con el artículo 104 de la LCRE impugnar la inclusión de dicho acreedor en la lista. Con lo anterior trato de hacer especial énfasis en que la postura que se adopte sobre el tema no es una mera cuestión que únicamente vincula a un acreedor determinado con relación a la postura que asumió la sindicatura. Antes bien, todos los acreedores, o incluso cualquier interesado, podrá cuestionar la inclusión y, en definitiva, el Juez resolverá la misma.

Desde otra óptica la cuestión también recobra vital importancia dado que, para la hipótesis de que el síndico se afilie a la postura de la necesidad, indudablemente el acreedor no estará incluido en la lista. Allí, pueden ocurrir diversas variables. En primer lugar, deberá analizarse si es un acreedor interesado en el concurso y, en definitiva, si se encuentra informado de la suerte del mismo. En tal sentido, el acreedor podrá impugnar la lista señalando que su crédito surge del propio expediente en virtud de la documentación proporcionada por la empresa.

Ahora bien, más allá de la propia impugnación, deberá tener presente, y evaluar, la conveniencia de -en subsidio- peticionar la verificación tardía de su crédito, dado que, para el caso de no incluirse el crédito en la lista por parte de la sindicatura y que el Tribunal confirme dicha tesis, el acreedor no será concurrente y no tendrá derecho alguno en el concurso. En consecuencia, habiéndose vencido el plazo de sesenta días para presentarse a insinuar su crédito, la única alternativa posible es la verificación tardía con todo lo que ello conlleva. Léase en sede jurisdiccional, con pago de honorarios al síndico por su labor y tomando el concurso en el estado en que se encuentre.

De lo que viene de analizarse se observa que la postura que se adopte puede determinar, entre otras cosas, que el acreedor tenga que presentarse en forma tardía a verificar su crédito en virtud de la no inclusión en la lista.

Por su parte, partidarios de la necesidad se encuentran Rodríguez Olivera, Martínez Blanco, López y Bado.

³⁴⁵ GRAZIOLI, Lucía. “Comentarios sobre la insinuación de créditos y su incidencia en la lista de acreedores”. En: *Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual*. FCU, Montevideo, 2015, pág. 533.

Sobre el punto, Nuri Rodríguez Olivera, expresa: *“la presentación a la verificación de créditos es un acto necesario. Todo acreedor debe concurrir para que su crédito sea verificado. Para que el acreedor concursal devenga en concurrente es indispensable que se someta a las reglas fijadas por la ley para verificar sus créditos. Si el acreedor desea intervenir en el proceso concursal y cobrar su cuota en la liquidación final, tiene necesariamente que presentarse. Si no comparece, aun cuando tenga un crédito reconocido en escritura pública, no puede participar en la junta, ni en los restantes procedimientos ni en la liquidación”*³⁴⁶.

En similar sentido, Martínez Blanco señala que una de las características esenciales del proceso de verificación en nuestro país es la necesidad, la cual es entendida como *“todo acreedor debe pasar por él si quiere recibir los resultados del concurso. De acuerdo a los artículos 99 y 100, si el acreedor no se presenta a verificar su crédito, no participa en el concurso, aunque haya sido denunciado por el concursado en la nómina inicial de acreedores. Es más, el artículo 118, reserva el derecho de asistencia a la Junta de Acreedores, sólo a aquellos “acreedores concursales cuyos créditos hubiesen sido verificados...”*³⁴⁷.

Por su parte, Carlos López y Virginia Bado, quienes se afilian a la postura de la necesidad, concluyen: *“los autores coinciden en que esta insinuación es una carga procesal, de carácter facultativo. Los acreedores no están obligados a participar en el procedimiento concursal, de modo que no pueden ser tenidos en cuenta en contra de su voluntad. Sin embargo, la presentación a la verificación del crédito es un acto necesario para que el acreedor concursal devenga en concurrente. Es indispensable para que pueda participar en el proceso y cobrar en él su cuota parte en la liquidación final. Si el acreedor no insinúa su crédito no puede participar en la junta ni en los restantes procedimientos, ni beneficiarse de la liquidación (...) en la opinión de la doctrina mayoritaria, si los acreedores no insinúan sus créditos, no pueden participar en la junta ni en los restantes procedimientos, ni en la liquidación. La doctrina entiende que la imposición de esta carga a los acreedores tiene su razón de ser en el derecho de todos los acreedores a controlar la legitimidad de los créditos que se presenten”*³⁴⁸.

Varios comentarios se imponen.

En primer lugar, para quienes se afilian a la postura de la necesidad, existe un argumento de texto a su favor. Léase que la propia ley consagró en algunos artículos la innecesidad de que el acreedor se presente a verificar su crédito; así, por ejemplo, el artículo 62 en sede de pronto pago, dispone que *“En este caso, no será necesaria la verificación del crédito en el concurso”*, algo similar ocurre en el artículo 100. Sin embargo, de ninguna disposición surge que, por ejemplo, el acreedor instante, por el mero hecho de serlo, se encuentre exonerado de presentarse.

Es decir, en otros escenarios el legislador exoneró de presentarse a verificar el crédito a determinados acreedores y, nada dijo con relación a aquellos que no se presentaron, pero sus créditos surgen de la documentación y contabilidad presentada por el concursado.

En segundo lugar, estimo oportuno traer a consideración si efectivamente un acreedor puede ser tenido en cuenta aun en contra de su voluntad de presentarse a insinuar su crédito.

³⁴⁶ RODRÍGUEZ, Nuri *Manual de derecho comercial uruguayo*. V. VI, FCU, Montevideo, 2009, pág. 241.

³⁴⁷ MARTÍNEZ, Camilo. *Manual de derecho concursal: de las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal (Ley No. 18.387 de 23/10/2008)*, FCU, Montevideo, 2012, pág. 303.

³⁴⁸ LÓPEZ, Carlos, BADO, Virginia. y ROMANG, Catherine. *Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial: análisis exegético: Art.1 a 114*, T. I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, págs. 462, 463 y 479.

La cuestión no es meramente una discusión académica dado que en Uruguay no se encuentra para nada laudado si el acreedor prendario o hipotecario debe, necesariamente, presentarse a verificar su crédito en el proceso concursal.

Así, para algunos, los créditos con privilegio especial por estar garantizados con prenda o hipoteca, tienen la carga de presentarse a insinuar su crédito en el concurso de su deudor. Dicha postura tiene sustento al amparo del art. 55 de la LCRE el cual incluye dentro de la masa pasiva a todos los acreedores del deudor. Asimismo, no puede perderse de vista que el proceso de verificación es el momento indicado para que el síndico o interventor pueda analizar si la garantía se encuentra inscrita o no en el Registro y, en especial, si el titular del crédito es o no una persona especialmente relacionada con el deudor, lo que determinaría -de conformidad con el art. 112 de la LCRE- la subordinación del crédito. Por último, este sector de la doctrina estima que es el proceso de verificación el lugar indicado para que los restantes acreedores puedan analizar y eventualmente cuestionar el contrato que celebró el deudor con dicho acreedor dado que, tal como se señaló, una vez puesta de manifiesto la lista, no solamente el acreedor controlará su crédito, sino que, antes bien, observará y eventualmente podrá impugnar la inclusión de otros créditos (principio de concurrencia). Dicha característica es típica de estos procesos de ejecución colectiva dado que a mayor cantidad de pasivo menor es el dividendo a cobrar, pues el activo normalmente no es suficiente para cancelar todas las deudas. Por otra parte, tanto la hipoteca como la prenda son negocios de garantía de un crédito que en los hechos podrá ver cuestionada su existencia, causa, cuantía, etc. y el proceso de verificación es el lugar indicado para analizar tales extremos³⁴⁹.

Los argumentos que anteceden, además, son sin perjuicio de la conveniencia de que el acreedor insinúe su crédito para el caso de que el valor del bien en remate sea menor al límite de la respectiva garantía, dado que, por dicho saldo, su crédito será quirografario y correrá la misma suerte que los restantes acreedores del concursado que se encuentren en idéntica categoría.

Por su parte, para los que estiman lo contrario, señalan que, si bien es conveniente que el acreedor se presente a insinuar su crédito, no es necesario, dado que no existe norma que impida, luego del período de 120 días, que el acreedor pueda promover o seguir adelante con la ejecución. Asimismo, que el juez del concurso tenga competencia exclusiva en materia de ejecuciones no implica necesariamente que deba de seguirse en el procedimiento concursal. En suma, no existiendo consecuencias jurídicas para el caso de la incomparecencia al proceso de verificación, los partidarios de tal postura estiman que la ejecución no se encuentra supeditada a tal requisito previo³⁵⁰.

Ahora bien, ¿por qué traer este tema? Estimo que cobra vital importancia en situaciones tales como por ejemplo en que el acreedor prendario o hipotecario pueda encontrarse dentro del

³⁴⁹ A mayor análisis véase: MARTÍNEZ, Camilo. *Manual de derecho concursal: de las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal (Ley No. 18.387 de 23/10/2008)*, FCU, Montevideo, 2012, pág. 329; FERRER, Alicia. y RODRÍGUEZ, Teresita., *Los créditos y el concurso*, FCU, Montevideo, 2009, pág. 45; GERMÁN, Daniel. y AUMENTE Jesús., "La necesaria verificación de los créditos con privilegio especial en el concurso. Nuevos aportes ante fallo de la Suprema Corte", En: *El Derecho Comercial en el camino de revisión de la normativa societaria y concursal*, FCU, Montevideo, 2019, págs. 30-31; A nivel jurisprudencial, consúltese sentencia 49/2018 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno.

³⁵⁰ Véase: RODRÍGUEZ, Nuri., *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, V VI, FCU, Montevideo, 2009, págs. 246-247; HOLZ, Eva, "Prendas e hipotecas en el concurso de acreedores". En: *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, FCU, Montevideo, 2010, págs. 401/402); PUCEIRO Diego, "La telaraña procedimental en la verificación de créditos". En: *Anuario de Derecho Comercial*, T. 14, FCU, Montevideo, 2012, pág. 313. OLIVERA, Ricardo. y HERDT, Cristina, "Régimen de las garantías en la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial". En: *Panorama de Derecho Concursal – Estudios sobre la Ley Nº 18.387*, FCU, Montevideo, 2015, pág. 96). En jurisprudencia, a favor de la mencionada postura, léase sentencias 42/2016 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno y 594/2019 de la Suprema Corte de Justicia.

supuesto de ser una persona especialmente relacionada con el deudor (artículo 112 LCRE), dado que, en dicha hipótesis, su crédito sería subordinado.

En consecuencia, desde la postura antes mencionada de que el administrador concursal puede de todas maneras incluir en la lista de acreedores a aquellos que le surjan de la documentación o contabilidad, lo podrá hacer, incluso contra la propia voluntad del acreedor. A tales efectos lo graduará como estime pertinente y una vez puesta de manifiesto la lista el acreedor deberá impugnar la misma, pues la ley dispone que una vez aprobada, dichos créditos se tienen por verificados dentro y fuera del concurso.

Esta postura permite que el administrador concursal tenga esa válvula de escape a la hora de evitar que el acreedor privilegiado, a sabiendas de que la naturaleza de su crédito pueda ser cuestionado, busque eludir el procedimiento de verificación de créditos.

IV.- La cuestión en la jurisprudencia.

En Uruguay, se cuentan con dos juzgados de instancia y un solo Tribunal se encarga de resolver los recursos de apelación contra aquellas sentencias que efectivamente lo admiten.

A nivel jurisprudencial, durante estos quince años de vigencia de la ley se han sostenido ambas posturas.

Así, siendo titular del Juzgado Letrado de Concurso de Primer Turno, la Dra. Teresita Rodríguez Mascardi entendió que el acreedor cuyo crédito surgía de los libros y de los documentos del deudor se encontraba exonerado de presentarse a verificar su crédito. En tal sentido, en interlocutoria 897, de fecha 16 de mayo de 2014, expresó: *“Son objeto de reconocimiento todos los créditos que hayan sido comunicados al concurso, sea mediante un acto expreso de comunicación sean que se entienden por comunicados por constar de cualquier forma sus datos en el procedimiento. 3) En efecto, la doctrina concursalista española tales como el profesor Ángel Rojo y Emilio Beltrán hablan de la llamada comunicación de oficio de los créditos concursales, es decir que la ley facilita la participación de ciertos créditos en el concurso, para ello exonera de la carga de comunicar los créditos a todos aquellos cuyos datos resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier razón constaran en el concurso, así por ejemplo se hace expresa referencia (Conforme Comentario de la Ley Concursal Tomo Rojo Ángel, Beltrán Emilio Thomson Civitas pág. 1529) al hecho de estar incluidos en la relación de acreedores presentada por el administrador concursal aquellos que surgen de la información proporcionada por quien solicitó el concurso (...) Como señalan los comentaristas españoles: “con esta previsión se pretende evitar que se malgasten recursos para participar en un procedimiento en el que ya son conocidos, igualmente se busca reducir los costes de administración del sistema concursal, minimizando la posibilidad de que se produzcan comunicaciones redundantes con la información ya existente. Este trámite simplificado no deja de plantear alguna dificultad de índole técnica, no obstante el síndico o interventor deberá incluir en su lista aquellos créditos que surjan de la lista presentada por el deudor y que no le ofrezcan dudas sobre su existencia, su monto y su fundamento” (Conforme Ob.Cit. Pág. 1530 y siguientes)”*.

En posición diversa, el homólogo de Segundo Turno, en sentencia de fecha 20 de octubre de 2016, señaló: *“...el artículo 94 refiere “Los acreedores deberán presentarse a verificar sus créditos dentro del plazo de sesenta días...” El artículo 95: “Los acreedores deberán presentarse en el Juzgado en escrito dirigido al síndico o al interventor... El artículo 99 establece: “Los acreedores, hubieran sido o no notificados por el síndico o el interventor, que no se hubieran presentado..., deberán verificar*

los mismos judicialmente y a su costa...” Por lo que la circunstancia de que la documentación se encuentre en el expediente principal, así como la de tratarse del acreedor instante del concurso, no lo exoneran de la obligación de presentarse a insinuar su crédito. Tampoco se encuentra tal situación, en las previstas por el artículo 100 que prevé las excepciones a la necesidad de verificación”.

Para finalizar, en lo que refiere al estado actual de la situación, al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que no incluyó al acreedor instante en la lista de acreedores, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno fijó postura en sentido contrario a la necesidad, a la cual tildó de un exceso de ritual formalismo. En tal sentido, expresó: *“Parece un exceso de formalismo, cuando el acreedor instante ya demostró la existencia de su crédito al presentarse, presupuesto para la declaración del concurso como necesario, requerirle otra vez que demuestre su crédito mediante una solicitud de verificación temporánea o tardía en su caso. No debe olvidarse que los procesos están destinados a la satisfacción de los derechos sustanciales (art. 14 del Código General del Proceso, aplicable para los procesos concursales merced al art. 253 de la Ley No. 18.387); en este caso, se debe promover la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, quienes son los verdaderos perjudicados ante la coyuntura concursal. En este particular, el crédito del acreedor incoante podía haberse incluido en la Lista de Acreedores sin problema, y sin necesidad de obligarlo a una verificación dentro de plazo o en su caso tardía. Mediante un criterio que prohíba la tutela del crédito o “favor creditore”, este Colegiado y sin dejar de reconocer la opinabilidad de lo tratado en este caso, ordenará la inclusión del crédito defendido en obrados dentro de la Lista de Acreedores”* (Cfme. Sentencia 66/2017).

V.- Reflexiones finales.

Más allá de las diversas posturas y de las problemáticas que se pueden suscitar, estimo que el argumento basado en que la necesidad de presentarse a insinuar el crédito es como consecuencia de que los demás acreedores tienen derecho a controlar la legitimidad de los restantes créditos no es suficiente, pues, como se señaló, el acreedor que no se encuentre de acuerdo con dicha postura -tanto en lo formal como en lo sustancial (por entender que más allá de la postura asumida por la sindicatura al incluir el crédito, efectivamente no se cumplió con todos los requisitos previstos en el artículo 95 para proceder a su verificación), podrá -o incluso cualquier interesado- presentarse en el plazo de la puesta de manifiesto a impugnar la lista de acreedores. En consecuencia, entiendo que el mencionado argumento no es de recibo. Los restantes acreedores podrán ejercer el control dentro del plazo de impugnación y es en ese ámbito donde se podrán cuestionar todos esos aspectos.

En segundo lugar, se observa que la postura que se asuma determina en gran medida el alcance del artículo 99 relativo a la verificación tardía, dado que, de entenderse que la verificación es un acto necesario, la única posibilidad con la que cuenta el acreedor para ser concurrente es presentarse a verificar en forma tardía. En cambio, de afiliarse a la otra postura, lo que ocurrirá es que el acreedor que no se presentó dentro de los 60 días asume el riesgo de que la administración concursal lo incluya o no. En dicha hipótesis el artículo 99 cobra importancia para aquellos acreedores que no se presentaron en plazo y no fueron verificados por la sindicatura, pues, a su juicio, no existe documentación del deudor que permita concluir que efectivamente es acreedor.

En conclusión, frente a la tesis de la necesidad, a partir del año 2010, con la ponencia de Xavier de Mello y Sorondo fue surgiendo una nueva postura sobre el tema que tiene su fundamento

central en el artículo 101 de la LCRE. Dicha posición fue sumando adeptos, primero en doctrina y luego en jurisprudencia, de modo tal que ambas posiciones se encuentran en pie de igualdad con la única salvedad de que el Tribunal que resuelve en segunda instancia, al analizar la cuestión del acreedor instante, dejó de lado la postura de la necesidad.