

PRESUPUESTOS PARA ACUDIR A LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN LA LEY ARGENTINA*

Por Deisy Galvis Quintero*

GENERALIDADES

En el año de 1995 se produjo una reforma trascendental al régimen concursal argentino con la ley 24.522, que reintrodujo una política tendiente a la desregularización normativa de los concursos, en donde son acreedores y deudores los sujetos principales llamados a la búsqueda de acuerdos dentro del procedimiento concursal, diferenciándose así de legislaciones anteriores, al reducir las facultades de los jueces; por otra parte, continúa en la filosofía de búsqueda de la conservación de la empresa; aún cuando a diferencia de las anteriores legislaciones propugna por la tutela al crédito, dejando de lado las viejas políticas proteccionistas del interés general sobre el de acreedores, deudores y trabajadores, permitiendo un mayor campo de acción a los acuerdos privados. Esta posición ha sido muy criticada pues consideran algunos autores que al privilegiar el crédito se está desprotegiendo el interés general, olvidando que cuando éste se protege, se está garantizando igualmente una importante fuente de financiación de las empresas.

Como presupuestos del concurso podemos observar la ley 24.522 de 1995 para todas las modalidades de procesos concursales, a saber: el acuerdo preventivo extrajudicial, la quiebra y el concordato preventivo. Nuevamente contempla los dos supuestos concursales que han sido desarrollados en la mayoría de las legislaciones y aceptados por un amplio sector de la doctrina, como son el presupuesto subjetivo y objetivo. El primero, hace referencia a las calidades que debe reunir el deudor que pretenda hacer uso de las herramientas concursales; y el segundo al estado de cesación de pagos o insolvencia. Es decir, se requiere un sujeto de derecho titular de un patrimonio que se encuentre en estado de cesación de pagos, como requisitos para acceder al concurso¹.

El establecimiento de un presupuesto objetivo como requisito para acceder al concurso, ha estado rodeado históricamente de múltiples debates que aún hoy no se han superado, y que han llevado finalmente a la elaboración de tres teorías: la materialista en franca contraposición con la teoría amplia y como conciliadora de estos polos opuestos, la tesis intermedia.

En la tesis materialista se toma la cesación de pagos como sinónimo de incumplimiento, por lo que basta el mero incumplimiento de una obligación para dar lugar a la declaratoria de cesación de pagos, sin que importen las causas que lo originaron, ni el estado patrimonial en que se encuentre el deudor, admitiéndose solo excepciones fundadas en la

* El presente artículo se encuentra apoyado en el trabajo de investigación que se adelanta al interior del proyecto denominado “Los Presupuestos del Concurso”, desarrollado al interior del Grupo de Investigación “La Empresa y el Tratamiento de la Crisis Empresarial” del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Asistente de Investigación del Grupo de Investigación “La Empresa y el Tratamiento de la Crisis Empresarial” del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Cfr. MARIO ALBERTO BONFANTI y JOSÉ ALBERTO GARRONE. *Concursos y Quiebra*. Abeledo – Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires. p. 30.

reunión de ciertas calidades halladas en la persona del deudor. Esta teoría “se basa extremando la máxima de que lo esencial en el comercio es el cumplimiento estricto de las obligaciones. La cesación de pagos dejaría de ser un estado patrimonial para convertirse en una expresión sinónima de incumplimiento”².

Por su parte, la teoría intermedia mira la cesación de pagos como un estado patrimonial, punto en el que se avanza sustancialmente frente a la tesis materialista. Sin embargo, continúa centrándose en el incumplimiento, aunque ya no como equivalente a la cesación de pagos sino como la única forma en que este puede exteriorizarse, tomando en consideración las causas que llevaron a este, así como el estado patrimonial en que se encuentra al deudor, pues lo importante es el incumplimiento, pero efectivo.

Finalmente tenemos la teoría amplia que concibe la cesación de pagos a modo de un estado patrimonial, capaz de ser revelado a través de una serie de hechos exteriores cuya enumeración taxativa no es posible. Para esta tesis la cesación de pagos es anterior al incumplimiento porque precisamente esa impotencia patrimonial del deudor le impide hacer frente a sus obligaciones, siendo entonces el incumplimiento un hecho más, a través del cual la cesación de pagos puede manifestarse. Entonces sí, de acuerdo a lo visto, la cesación de pagos es un estado patrimonial que se manifiesta impotente para hacer frente a sus obligaciones a través de medios normales como el pago, ese estado debe manifestarse por medio de una serie de hechos que lo exterioricen y que le permitan al deudor identificar los síntomas antes de que su situación se haga irremediable; de esta manera el procedimiento colectivo se convertirá en una herramienta más de prevención y reparación de la situación del deudor.

La doctrina por su parte ha realizado variadas clasificaciones respecto de los hechos que revelan la situación patrimonial del deudor, de los cuales cabe destacar: a) Hechos de manifestación expresa y de manifestación presunta; b) Hechos de manifestación directa y hechos de manifestación indirecta, dependiendo del reconocimiento explícito o implícito dado por parte del deudor respecto a su estado patrimonial.

En cuanto al tratamiento que se le han otorgado a estos hechos encontramos que la legislación comparada ha admitido dos sistemas: 1) Los que adoptan una definición general de cesación de pagos, dejando al juez la libertad de apreciar los actos que lo manifiestan; 2) Los que indican cuáles son los hechos que hacen presumir el estado de cesación de pagos.

Argentina no ha sido ajena a esta discusión y a los problemas que en la realidad el establecimiento de uno u otro criterio han acarreado. En la actualidad, este país ha seguido una corriente establecida en legislaciones anteriores, referentes al establecimiento de la cesación de pagos como supuesto objetivo; acogiendo, de acuerdo a la definición que hace el artículo 1° de la ley 24.522 de 1995, la teoría amplia de la cesación de pagos como presupuesto de todo concurso, el cual se manifiesta a través de una serie de hechos reveladores (art. 79 LC) en donde el juez tiene la libre apreciación de los mismos³. Para sustentar nuestra opinión basta simplemente remitirnos a la definición

² BONFANTI y GARRONE. *Concursos y Quiebra*. Ob. Cit. P. 39- 40.

³ Es claro el acogimiento por parte de la legislación argentina del sistema de libre apreciación, ya que el art. 79 de la mencionada ley en su texto establece que: “Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros (...)”, de manera tal que la enumeración que hace posteriormente la ley de los hechos reveladores es simplemente enunciativa y no taxativa.

que hace BONFANTI sobre la cesación de pagos, como la impotencia de un patrimonio, exteriorizada por hechos (calificados como reveladores) del deudor (comerciante o no, personal real o ideal de derecho) para satisfacer obligaciones inherentes a la actividad patrimonial (comercial o no)⁴. ANICH igualmente al referirse a la cesación de pagos considera que “la ley 24.522 en su artículo 1 mantiene el criterio de que el supuesto objetivo para la apertura de los concursos es el “estado de cesación de pagos”. Es decir, esa circunstancia fáctica que coloca al sujeto en un estado de “imposibilidad para afrontar las obligaciones exigibles que gravan su patrimonio” y que el derecho capta y regula mediante los procedimientos concursales, en sus diversos tipos”⁵.

Empero, la doctrina más reciente, encabezada por el doctrinante Osvaldo J. Mafia, propugnan por la desaparición de la institución de la cesación de pagos como presupuesto para acceder al concurso. Considera este doctrinante que la frase “cesación de pagos” referida a un estado de imposibilidad de cumplir, cuando antes se utilizaba este término para referirse al mero cesar en pagos, oscureció la diferencia entre dos situaciones muy distintas, el no pagar y la imposibilidad de no hacerlo; para el autor, entre los términos “pagar” e “imposibilidad de pagar” existe una clara diferencia “el primero se refiere a la conducta de un sujeto, el segundo a la mención de esa conducta. El primero habla de un hecho, el segundo de un enunciado que describe el hecho”⁶ ya que “la posibilidad, de conocer el hecho de un pago no se extiende al conocimiento de la imposibilidad de ese pago”⁷. Por lo tanto, para este autor, el estado de cesación de pagos entendido como *imposibilidad*, no puede ser conocido por el juzgador al momento de la apertura del concurso, por ser esta una etapa inicial en la que el juez simplemente lo que ha podido constatar son los hechos de ese incumplimiento; sin que se entiendan, como lo hace la ley, esos hechos como reveladores de la cesación de pagos sino como una serie de actos que le autorizan al juez a pensar que el deudor no podía pagar, porque el “estado de cesación de pagos en el sentido que le otorga el art. 78 de la ley 24.522 no es una circunstancia objetiva, extraíble del mundo de los hechos, sino una elaboración del magistrado sobre la base, sí, de hechos comprobados”⁸; comprobación que solo es posible en un estado más avanzado del proceso, cuando el juez determine el inicio del estado de insolvencia o decida sobre la acción ordinaria de ineficacia.

Resalta el autor la necesidad de reemplazar la arcaica concepción de la cesación de pagos como presupuesto para acudir al concurso, por un mecanismo más acorde al nuevo Derecho de la Empresa en Crisis desarrollado en el derecho europeo, que propugna por una acción que logre su eficacia antes de que se instale y exteriorice el estado de insolvencia, por cuanto para el autor “antes de adaptarnos de una buena vez a la idea de un estado de cesación de pagos se nos impone el hecho de que aquel presupuesto, tan difícil de alcanzar en el mundo como de asimilar entre nosotros, es desplazado por una vigorosa, incontrarrestable corriente que exige la actuación judicial cuando aparecen las dificultades, desplazando así no solamente el requisito de apertura que aún hoy sobrevive en nuestra ley, sino el instituto concursal íntegro por un régimen

⁴ BONFANTI y GARRONE. *Concursos y Quiebra*. Cit. P. 74.

⁵ JUAN ANTONIO ANICH. *¿Cuando se supera el estado de cesación de pagos?. Algunas reflexiones jurídicas y económicas*. Derecho Empresario Actual, Cuadernos de la Universidad Austral. Editorial Desalma. 1996. P.1.

⁶ OSVALDO MAFIA. *¿Cuando se supera el estado de cesación de pagos?. Algunas reflexiones jurídicas y económicas*. Ob. Cit., P.575.

⁷ Ibid. p. 575.

⁸ Ibid. p.576.

sanatorio de las crisis empresariales; por una regulación del estado de insolvencia”⁹. Sin embargo, consideramos que la solución no radica precisamente en la denominación que se le asigne al presupuesto para acudir al concurso, sino en el establecimiento de indicios claros, que permitan identificar ese estado de insolvencia antes de que la misma se haga irreversible.

Otros, como el doctrinante Augusto Mallo rechazan esta postura, por considerar que estos autores no han tenido en cuenta que la cesación de pagos tiene un ámbito de acción distinto al de la crisis, aunque se encuentren estrechamente relacionados. “El concepto de *crisis* está relacionado con cuestiones ajenas al derecho concursal, que puede que en un caso sean propias de los modos de funcionamiento de un mercado, de cuestiones monetarias, de políticas de exportaciones o importaciones, Etc., en suma: de alteraciones de las bases circunstanciales previstas para la acción económica, situación nueva para la cual el Estado puede ser que disponga medidas económicas excepcionales a la naturaleza de las cosas(...). De ordinario estas disposiciones estarán dirigidas a preservar la empresa, aunque por motivos distintos del de hacer cumplir el derecho que tiene en contemplación a la naturaleza del patrimonio como garantía de los acreedores. El derecho económico es un derecho público guiado por una política jurídica dirigista, que tiene en miras intereses distintos del de los acreedores (...). El derecho concursal es un derecho de índole prevalementemente privado, guiado por la regla de la justicia distributiva (*suum cuique tribuere*)”¹⁰. No juzgamos acertada esta posición, por cuanto el autor olvida que el derecho concursal no es un concepto ajeno al derecho económico; por el contrario, en este encuentra su razón de ser. No se puede pretender que con el actual fenómeno de la globalización, el establecimiento de mercados comunes y la apertura económica, la crisis de una empresa no afecte la economía global y que por lo tanto su tratamiento no se convierta en un tema de interés general, que trasciende el ámbito de los acuerdos concursales.

Por otra parte, los procesos concursales requieren igualmente para su apertura la concurrencia de un sujeto pasivo denominado deudor. En el caso argentino a partir de la ley 22.917 se unifica el régimen concursal de los comerciantes y no comerciantes¹¹, lo cual en la ley 24.522 nuevamente se reafirma al establecer en su artículo 2°¹² que pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible o ideal, con la sola exclusión de las personas reguladas por las leyes: 20.091 referida al sector asegurador, la ley 20.321 sobre Asociaciones Mutuales y la 24.241 que regula el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Unificándose, igualmente, dicho supuesto para todas las modalidades de concurso.

Asimismo, el “artículo introduce una franca novedad en la legislación concursal argentina al incorporar como sujetos del concurso a las sociedades en que el Estado, nacional,

⁹ Ibid. p. 589 – 590.

¹⁰ AUGUSTO MALLO RIVAS. *La Cesación de Pagos en la obra de Fernández*”. Derecho Empresario Actual, Cuadernos de la Universidad Austral. Editorial Desalma. 1996. p.596 - 597.

¹¹ Vale la pena recordar que hasta la ley 19.551 se seguía distinguiendo entre comerciantes y no comerciantes al establecer en su art. 2 que podían “ser declarados en concurso los comerciantes y las sociedades comerciales”.

¹² ARTICULO 2°.- Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

provincial o municipal, tenga parte”¹³, las cuales con anterioridad a esta ley se encontraban excluidas expresamente de su aplicación; como la ley en este caso “alude exclusivamente a sociedades, sin exigir que sean comerciales, esto posibilita entender también incluidas las sociedades civiles en las cuales, por cualquier situación legal o económica, el Estado sea socio”¹⁴, siguiendo así la moderna doctrina que propende por el tratamiento igualitario del Estado, cuando este se encuentre actuando como particular.

A continuación analizaremos los presupuestos establecidos en cada una de las modalidades concursales tratadas por la ley 24.522 de 1995:

DEL ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL

En el acuerdo preventivo extrajudicial el presupuesto objetivo sigue siendo la cesación de pagos, pero agrega la particularidad de encontrarse en “dificultades económicas o financieras de carácter general”¹⁵, de manera que se abre la posibilidad de que al concurso acudan tanto aquellos que se encuentran en un estado de incumplimiento de sus obligaciones, como quienes apenas revelan una simple dificultad económica. Así las cosas, este mecanismo se convierte en una verdadera herramienta preventiva, por cuanto se puede acceder a ella aún antes de que el estado de insolvencia se torne en irremediable.

Se trata de una herramienta de carácter contractual en donde acreedores y deudores tienen plena libertad de llegar a un acuerdo, cuya principal característica radica en la posibilidad que otorga el ordenamiento jurídico a las partes, de concretar acuerdos que no estén sujetos al principio *par conditio creditorum*, por cuanto pueden acordarse condiciones diferentes para cada uno de los integrantes del convenio¹⁶. Con todo, adolece de la desventaja de no impedir a los acreedores que no hagan parte del acuerdo, del ejercicio de acciones individuales en contra del patrimonio del deudor, con el correspondiente perjuicio que acarrea esta circunstancia para la masa crediticia¹⁷.

DEL CONCURSO PREVENTIVO

En el concurso preventivo por el contrario sí se privilegia el principio de conservación de la empresa, toda vez que se busca más allá de proteger al empresario, salvaguardar a las empresas económicamente viables en razón a que no resulta benéfico para la economía de un país, proteger a aquellas cuya salvación puede resultar más costosa que su cierre definitivo. Así las cosas, aún cuando el derecho concursal tiene una función procedimental

¹³ JOSE A. IGLESIAS. *Concursos y Quiebras. Ley 24.522 Comentada*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1995, p. 37.

¹⁴ Ibid., P.37

¹⁵ ARTICULO 69: Legitimado. El deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial.

¹⁶ Cfr. MARIA ISABEL CANDELARIO MACÍAS Y LUISA RODRÍGUEZ. *La Empresa en Crisis. Derecho Actual*. Buenos Aires. 1998. p.165.

¹⁷ Igualmente, es criticable esta circunstancia como quiera que con ella se está contrariando la propia naturaleza del proceso concursal, cual es la de hacer un llamado a todos los acreedores del deudor que se encuentra imposibilitado para cumplir con sus obligaciones, a través de un procedimiento que garantiza la igualdad de condiciones a todos los participantes.

a través de la ejecución colectiva del deudor, igualmente tiene una función sustantiva consistente en el reparto equitativo de las pérdidas mediante la distribución del patrimonio del deudor. Sin embargo, hay que resaltar que el nuevo derecho concursal no sólo se ocupa de la distribución del patrimonio del deudor, sino de la búsqueda de soluciones a las crisis, que hoy por hoy afectan a nuestras empresas.

Como presupuesto para acceder a este mecanismo, se contempla la cesación de pagos en su sentido amplio, con las connotaciones que ya observamos, al igual que en las demás modalidades del concurso.

Ofrece como particularidad este concurso la posibilidad que ante el fracaso de las gestiones para llegar a un acuerdo y tratándose de los sujetos que específicamente trata el art. 48 de esta ley¹⁸, se permite que cualquier acreedor o un tercero pueda intentar llegar a ese convenio y en caso tal que lo consiga, se le adjudicará la totalidad de las acciones o cuotas sociales. Se da con ello un nuevo contenido al principio de conservación de empresa, ya que esta continuará con sus operaciones normales, aún cuando bajo la administración de un sujeto diferente; con la ventaja que a diferencia de la adquisición como resultado de la liquidación de la empresa, podrá adquirir tanto los activos como los pasivos de la misma, con el consecuente provecho de acceder a los beneficios que en virtud de la reestructuración haya acordado con los demás acreedores¹⁹. Empero, se critica esta posición en la medida que “si, por lo menos, la ley hubiera exigido que el acreedor o tercero adquirente probaran que en sus manos la empresa continuará funcionando, si tuvieran que dar garantías efectivas para el caso de incumplimiento, tal vez se estaría más cerca de justificar la razón de ser del instituto. La Ley nada dice al respecto: el acreedor o tercero puede ser un perfecto insolvente o alguien incapaz de conducir las negociaciones. O alguien que no tiene el menor propósito de hacer funcionar la empresa, sino que, por el contrario, adquiere las participaciones sociales para dismantelarla y hacer un negocio con la venta de los bienes del activo”²⁰.

Por otro lado, como gran novedad encontramos que a diferencia de la limitación que establecía el art. 5 de la ley 19.551, consistente en que solo comerciantes matriculados y las sociedades regularmente constituidas podían ingresar al concurso, la ley 24.522 permite el ingreso, en el caso del concordato preventivo, a los sujetos comprendidos en el art. 2 de la ley, es decir, admite como presupuesto subjetivo para su apertura aquel que de manera general se estableció para las demás modalidades de concurso.

DE LA QUIEBRA

Finalmente, en el caso de la quiebra se admite como presupuesto objetivo, la cesación de pagos sin que importe la causa que llevó a ella, ni si se tratan de obligaciones mercantiles

¹⁸ ARTICULO 48.- Supuestos especiales. En el caso de sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, sociedades cooperativas, y aquellas sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, con exclusión de las personas reguladas por las leyes 20.091, 20.321, 24.241 y las excluidas por leyes especiales, vencido el período de exclusividad sin que el deudor hubiera obtenido las conformidades previstas para el acuerdo preventivo, no se declarará la quiebra, sino que:

1) Apertura de un registro. Dentro de los dos (2) días el juez dispondrá la apertura de un registro en el expediente para que dentro del plazo de cinco (5) días se inscriban los acreedores y terceros interesados en la adquisición de las acciones o cuotas representativas del capital social de la concursada, a efectos de formular propuesta de acuerdo preventivo (...).

¹⁹ Cfr. MARIA ISABEL CANDELARIO MACÍAS Y LUISA E. RODRÍGUEZ GRILLO. Ob. Cit. 169.

²⁰ MANOVIL R. M. *El Cram Down*.

o no, lo importante es que el deudor se encuentre imposibilitado de cumplir de manera regular con sus obligaciones (art. 78²¹). Acto seguido en el artículo 79²² de la misma ley, se enuncian una serie de hechos que pueden revelar ese estado de cesación de pagos, confirmándose una vez más la aceptación que la legislación argentina hace de la teoría amplia de la cesación de pagos, en donde el juez a través de estos hechos puede determinar si hay lugar o no a la apertura de concurso, e incluso se permite que deudor y acreedor hagan un autodiagnóstico de la situación, y acudan a cualquiera de los mecanismos que la ley les ofrece cuando lo consideren necesario.

²¹ ARTICULO 78.- Prueba de cesación de pagos. El estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan.

²² ARTICULO 79.- Hechos reveladores. Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros (...).