

LA ABUSIVIDAD DE LA PROPUESTA Y LA MORALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS EN LO ATINENTE –PRECISAMENTE- A LA OFERTA DEL DEUDOR.

Por: E. Daniel TRUFFAT. (Argentina)

I.-

Para hablar del mundo hay que describir la propia aldea¹.

Esta frase, que se apoya en la común naturaleza y dignidad de toda la especie humana, alcanza particular vigencia, se vivifica y potencia, cuando los destinatarios foráneos de la reflexión son personas que comparten, además de esa esencia y proyección común a todos los hombres, profundas raíces culturales. La América Hispana toda y Brasil (y en la Vieja Europa: España, Italia y Portugal) aportan una visión del mundo muy similar, sin perjuicio de las lógicas y valiosas singularidades.

Así pues me permito traer al seno de este Congreso un análisis cuyo disparador es eminentemente local y propio de la República Argentina, pero cuya temática subyacente será aprehendida vivencial y racionalmente por todos los distinguidos colegas sin mayor esfuerzo, porque -de alguna suerte- estaré hablando al calor de una cultura común².

En mi país, luego de diez años de aplicación de una ley de muy fuerte filiación liberal e inspiración anglosajona (que, llamativamente, se expresó con el ropaje tradicional del derecho falencial europeo y particularmente italiano) se suscitó una fortísima reacción contra los excesos que tal concepción había generado en la praxis diaria concursal. Esto en buena medida, porque la asunción acrítica del modelo americano incurrió en la increíble contradicción de importar la flexibilidad y libertad negocial americana, pero dejando en el camino a la clave de bóveda del sistema: el poderoso juez de bancarrotas con que cuenta tal sistema, y que es el supremo garante del *fair play*.

Es que la adopción de un sistema pro mercado no se hizo para potenciar las indudables ventajas creativas de la libertad y la imaginación de los empresarios puestas en acción (seguramente el lado mas luminoso de tal concepción), sino

¹ Frase inspirada en el texto de Tolstoi que señalaba que había que pintar la propia aldea para conocer el universo.

² Cultura que, desde lo jurídico, nos permite compartir las altas cumbres del derecho romano, de las Partidas de Alfonso el Sabio y de las Ordenanzas de Bilbao, de Andrés Bello y Dalmacio Velez Sarfield, así como la infamia tan practicada en nuestra historia colonial por Adelantados y otros abusadores de la peor ralea, del conocido “*Se acata, pero no se cumple*” –extraña fórmula ritual con la cual los mismos soslayaban las de ya por sí tibias leyes de la Corona para impedir abusos sobre los indígenas-. Cultura que, como todas, tiene cumbres y hondonadas, ámbitos luminosos y pasajes oscurísimos.

como mera reacción a una sistema de fuerte impronta estatal. Tal concepción subyacía en la ley de facto 19.551³ –que era el plexo normativo vigente hasta 1995-, lo que implicaba un juez con facultades exaltadas y pautas muchas veces contradictorias para ejercer tales poderes (vgr: art. 61 ley cít); pero con la enorme ventaja (desdeñada por el legislador que dió vida a la ley 24.522) que los jueces habían estado largamente a la altura de las circunstancias y habían ejercido con gran prudencia y sentido común las tales facultades. De hecho, las formidables potestades homologatorias de esos magistrados se emplearon en la práctica, del mejor modo posible, esto es: funcionaron como una norma que regía *por presencia* porque en general los justiciables no hacían el intento de poner a prueba si, llegado el caso, los jueces ejercitarían la potestad de no homologar –por ejemplo- por ser la solución acordada contraria a la protección del crédito. El desideratum de este tipo de dispositivos no es emplearlos, es que su sola existencia, disuada a los pícaros y ventajeros de cruzar la raya que ellos implican. Nada de esto importó al legislador de 1995 quien alegremente hizo tabla rasa con mecanismos tan sabiamente contruídos (mas allá que desde lo teórico pueda objetarse, yo lo he hecho en diversos trabajos académicos, los parámetros que traía la "así llamada ley 19.551") y de un plumazo trató de degradar al magistrado concursal a lo que Maffía, con su habitual sarcasmo, denominó un *cuenta porotos*.

Si bien los propios jueces ya habían iniciado un camino de resistencia a tan devastadora supresión de facultades, reivindicando jurisprudencialmente el deber de garantizar la supremacía de todo el orden normativo ⁴ (lo que incluye a

³ Aunque por razones de comodidad se suele denominar a las leyes que se dictaron durante períodos dictatoriales con el nombre que les asignaron los usurpadores de turno (vgr: "decretos-leyes" a la normativa de de hecho creada entre 1930-1; 1943-6; 1955-7: 1962-3 y "leyes" a la producida entre 1966-73 y 1976-1983), lo correcto –en especial en los dos últimos casos- es señalar que se trata de "leyes de facto" o de "así llamadas leyes". Justo es reconocer que mas allá de su origen espurio, en ocasiones esos cuerpos legislativos de facto –proyectados por distinguidos juristas- tenían un elevadísimo nivel técnico-jurídico, o, al menos, eran superiores a muchas leyes posteriores regularmente dictadas. Tal el caso de la ley de facto 19551, que motiva esta aclaración.

⁴ Entre otros, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial –Sala "C"- produjo dos fallos que fueron determinantes en tal concepción: "La Naviera" y "Línea Vanguard". Como justo homenaje al amigo tempranamente desaparecido, no puedo dejar de citar la opinión doctrinaria del Dr. Guillermo G. Mosso –destacadísimo juez de Concursos de la Provincia de Mendoza- quien, en épocas tempranas del debate, escribió: "Las opiniones transcritas sólo enfatizan sobre el modo como el l juez efectuará el contralor –similar al que se hace en los acuerdos transaccionales- pero no sugieren que aquél no efectúe también un examen sustancial ...respecto del denominado control de legalidad, éste resta *intacto e íntegro* en manos del juez. No sólo el de legalidad formal o extrínseco, que mira al cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa concursal, sino también el de legalidad sustancial o intrínseco, que apunta a velar por el respeto de los principios que conforman el total del orden jurídico... Aparentemente, el tenor textual del art. 52 de la LCQ llevaría a la conclusión de que la homologación es forzosa, automática o mecánica, quedando limitado el juez a un simple controlador de las condiciones formales. En este sentido –criticando lo que entienden la solución legal-, se ha dicho que el juez de la nueva normativa resultaría un "vulgar cuenta porotos" (Maffía) o un "personaje casi notarial" destinado a contar los votos y ver si están correctas las mayorías legales (García Martínez) o, finalmente, un mero ordenador del trámite (Moccerro). Sin embargo, pensamos que una interpretación sistemática nos lleva a otra conclusión. Por de pronto, la normativa concursal se encuentra inserta dentro de un todo armónico que es el orden jurídico. Y los principios que lo conforman (la equidad, la

aplicación de ciertos estándares que trae nuestra ley civil de sujeción de los actos privados a la "moral y buenas costumbres", arts. 21, 953, 1047, 1071 del Código Civil), una reforma legislativa acaecida en el año 2002 -ley 25.589- instaló el mandato expreso de no homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley.

El tópico del abuso ha sido materia de inmenso debate, fundamentalmente para prevenir que se pasara de acuerdo depredatorios (bendecidos mecánicamente por el Juzgador por la sola constatación del cumplimiento de recaudos formales y la obtención de mayorías previstas en la ley) a un esquema donde lo que dominara fuera la arbitrariedad judicial ⁵. En tal construcción, sin embargo, ya no se pudo salir de la matriz donde se había incubado la reacción: de los estándares de moralización que respecto de todo el derecho privado trae la ley civil ⁶.

moral y las buenas costumbres, el ejercicio funcional y no abusivo de los derechos, la buena fe, la inexistencia de fraude, el no aprovechamiento lesivo de situaciones de inferioridad, etc.) siguen plenamente subsistentes. Las reglas contenidas en los artículos 21, 502, 953, 954, 1071, 1198 y concordantes del Código Civil son –se ha dicho con verdad- normas no subordinadas sino subordinantes pues cubren todos los actos jurídicos que puedan celebrarse. Son principios jurídicos fundamentales, supuestos en todo ordenamiento normativo y presentes en todas sus expresiones y formas...” (autor citado, “El Cramdown y otras novedades concursales”, pág. 263

⁵ En esa línea de analizar los modos de prevenir la arbitrariedad del juez, reseñé lo acaecido en un muy sonado caso “Alpargatas S.A.I.C.”, 7.7.06, pronunciamiento donde el juzgador hizo mérito de casi todas las pautas que propusiera la doctrina: “...En el pronunciamiento que sirve de base para este análisis el magistrado se formó convicción teniendo en cuenta todos estos elementos: a) considerando la compatibilidad de la propuesta con los principios de orden público, la finalidad de los concursos y el interés general, b) atendiendo si en la especie se rendían los requisitos de legalidad sustancial (arts. 953 y 1071), analizando esto con una expresa vocación de prudencia para eludir el abuso judicial, c) analizando la mas votada de las cuatro subpropuestas (pues al existir libertad de elección entre éstas –en la especie tal libertad fue garantizada por una decisión pretoriana que vino a acotar una cierta “opción de hierro” que portaba la oferta originariamente-bastaría con que una sola de las propuestas posibles superase los estándares del art. 52, inc. 4 de la ley concursal para que resultara adecuada la homologación, d) comparando la merma prevista por la propuesta en análisis con otras diversas aprobadas en el fuero, e) constatando la inexistencia de indicios sobre abuso de la potestad negociadora del deudor, la presencia de dictamen privado corroborando las dificultades para proponer mejora, el apoyo masivo de los trabajadores a la oferta en análisis y la ausencia de objeciones de éstos o de las asociaciones sindicales sobre la misma, f) analizando que no se contaba con elementos que permitieran tener por configurado fraude, g) ponderando el impacto social de la homologación y, por último; comparando lo ofrecido con el potencial dividendo de liquidación...”, E. Daniel Truffat, “Sobre ciertos parámetros para juzgar la abusividad de una propuesta concordataria y el tema de la llamada doble quita”, Errepar, Doctrina Societaria y Concursal, nro. 226, setiembre 2006, pág.1013

⁶ He fatigado el tema en varias publicaciones previas: “Aproximación a la ley 25.589 modificatoria de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 y de la ley 25.563”, El Derecho, ejemplar del día 27 de mayo de 2002; “Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo (LCQ: 52, INC. 4). Ley 25.589: una legislación ligeramente equizofrénica (que por un lado hace explícitas facultades homologatorias y, por otro, suprime las pautas para su empleo), El Derecho, ejemplar del día 8 de julio de 2002; “El artículo 52, inc. 4 de la ley 24.522 –conforme redacción de la ley 25.589-. La propuesta abusiva”, Errepar, Doctrina Societaria y Concursal Nro. 188, julio 2003, pág. 617 y ss; “Aproximación al nuevo art. 52 de la ley 24.522”, Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Año XVII, nro. 31/2, número doble, enero/junio de 2004; “Puliendo el concepto de propuesta abusiva (LCQ: 52, inc. 4) y algunas otras cuestiones”, La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras, ejemplar del día 12 de julio de 2004; “Otra vez sobre la propuesta concordataria abusiva”, Lexis Nexis. Jurisprudencia Argentina, fascículo nro. 5, 4 de agosto de 2004; “Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo –con

Y aquí, en una época donde en las Jornadas y Congresos que se celebran en Argentina se debate mucho sobre la “moralización de los concursos”⁷ (magnífica iniciativa mientras no se desmadre, mientras no presuponga acríticamente que los concursos por el solo hecho de ser tales son perversos o inmorales, mientras no se emplee para la declamación demagógica fácil y la auto promoción de sedicentes campones de la ética), la idea de la relación entre la moral y la propuesta concordataria, es donde se genera el terreno fértil para la análisis como el que respetuosamente propongo a mis colegas latinoamericanos.

Una primera cuestión a ponderar es la habitualmente predicada separación entre el terreno del derecho y el de la moral. Obvio que la moral, en tanto mandato heterónimo pero incorporado subjetivamente por las personas cuya conducta pretende regular, comporta un ámbito “normativo” diverso del jurídico estricto sensu. Este último, en general, está determinado por la ley y goza de la coacción estatal, a diferencia del primero. Pero sería un gran mentira en sociedades como las nuestras predicar una absoluta ajenidad (mas propia de ciertos debates decimonónicos que encubrían, en verdad, el intento de alejar a los sectores religiosos -habituales, pero no exclusivos, sostenedores de ciertos valores éticos- mas que sostener que un sistema jurídico laico puede ser formalmente neutro en lo atinente a los valores morales⁸).

motivo de un fallo tan querible como erróneo-“, La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras, ejemplar del día 2 de noviembre de 2004; “Reflexiones sobre la moralización en los concursos. Contribución prematura al Congreso de Derecho Concursal de Rosario –setiembre de 2006-“, El Derecho, ejemplar del día 20 de abril de 2006; “Proponiendo una polémica: los términos de la renegociación de la deuda pública en default y su incidencia sobre el criterio para juzgar la abusividad de las propuestas concordatarias”, El Derecho, ejemplar del día 4 de julio de 2006; “El inagotable tópico de la propuesta concursal abusiva” [escrito en coautoría con el Dr. J. Facundo Castillo Videla], Lexis Nexis Córdoba, nro. 4, julio 2006, pág. 414; “Sobre la necesidad de establecer el límite de quita en los concursos”, Semanario Jurídico, Córdoba, ejemplar del 9 de agosto de 2006, pág. 73; “Sobre ciertos parámetros para juzgar la abusividad de una propuesta concordataria y el tema de la llamada doble quita”, Errepar, Doctrina Societaria y Concursal Nro. 226, setiembre 2006, pág. 1010.

⁷ El tópico, como cuestión merecedora de una Sala que le diera tratamiento autónomo, fue propuesto por el Congreso Nacional de Derecho Concursal y Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, que sesionará en la ciudad de Rosario los días 27,28 y 29 de septiembre de 2006 [y que ya habrá acaecido cuando esta comunicación sea tratada por este Congreso Hispanoamericano]. Múltiples Jornadas preparatorias ya han trabajado el tema y todo indica que se trata de una temática que ha llegado, al menos en mi tierra, para quedarse...

⁸ “...ni metafísica ni psicológicamente es posible separar al Derecho de la Moral, que tienen el mismo objeto material, la conducta humana; la misma finalidad, el bien o felicidad del hombre; el mismo sujeto, el ser humano; y el mismo origen, la libertad del hombre... agregaremos que Josseland no distingue las fronteras de uno y otro orden, que según él no han existido sino en la imaginación de los autores, pues el Derecho no sería otra cosa que la moral social, la moral en acción, “la moral en la medida que es susceptible de coerción”. Por su parte Ripert no cree que haya una diferencia de naturaleza entre Moral y Derecho, pues entiende que éste aún en sus partes más técnicas es siempre dominado por la ley moral siendo en función de una cierta moral y para realizar sus directivas que las reglas de derecho son impuestas...”, LLambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil”. Parte General, T. I, pág. 34

Toda América Latina, mas allá de sus reiteradas y penosas deserciones históricas en la práctica, está construída jurídicamente sobre un concepto de derecho que hace mucho que ha ido mas allá de la ley formal. De hecho, aún cuando los patriotas que construyeron nuestras Naciones hablaban y escribían generalmente con una cosmovisión positivista [muy hija de la Revolución Francesa y del racionalismo a ultranza ⁹], justificaban su propia gesta en ciertos derechos inmanentes "a la igualdad, a la libertad, a la resistencia a la opresión" de clara filiación iusnaturalista (como había ocurrido cuarenta años antes con los revolucionarios franceses por otra parte); conceptos traídos del derecho natural y, consecuentemente, largamente imbricados de preceptos morales ¹⁰.

La leyes positivas –incluso las Constituciones- de nuestros países tienen expresas aperturas a ese derecho natural y a preceptos de moral ¹¹. En el caso argentino el

⁹ Todo sistema revolucionario, al crear un nuevo marco positivo, trata de garantizar su aplicación y que no queden rémoras de la legislación o costumbres del Antiguo Régimen. De hecho, esta es la idea que inspiró la Casación en Francia. Los revolucionarios americanos, encabezados sobre el punto, entre otros, por Jefferson [aunque este, al igual que John Adams no participó del cónclave por desempeñar cargos diplomáticos en Europa], cuando redactaron la Constitución de los Estados Unidos en Filadelfia (1787/8) y organizaron el Poder Judicial, poniendo al frente una Corte Suprema, no le asignaron el control de las leyes ("...es interesante observar que la facultad mas importante de todas, la de interpretar y proteger la Constitución misma, no se le dio en la Carta. Por el contrario, tres veces durante los debates la Constituyente le negó explícitamente esa función...", Cárdenas Nannetti, Jorge, "Los Estados Unidos Ayer y Hoy", pág.144). No deja de ser una especie de humorada histórica que durante la presidencia del propio Jefferson, el juez John Marshall haya *inventado* el control de constitucionalidad (Marbury vs Madison).

¹⁰ Sirva de ejemplo el Acta de la Independencia Argentina (9 de julio de 1816, Congreso Nacional reunido en San Miguel del Tucumán), que señala en la parte pertinente: "Nos los representantes de las Provincias Unidas en Sud América reunidos en Congreso General, invocando al Eterno que preside al universo, en nombre y por autoridad de los Pueblos que representamos, protestando al Cielo, a las naciones y hombres todos del globo la justicia que regla nuestros votos: declaramos solemnemente a la faz de la tierra, que es voluntad unánime e indubitable de estas Provincias romper los violentos vínculos que las ligaban a los Reyes de España, recuperar los derechos de que fueron despojadas, e investirse del alto carácter de nación libre e independiente del rey Fernando VII, sus sucesores y metrópoli...". *El resaltado en negritas no está en el original*. La impronta subyacente de concepciones que hubieran sido del gusto de Francisco de Vitoria y al Escuela de Salamanca, resulta evidente.

¹¹ A título de ejemplo: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), cuando regula la libertad de expresión en su artículo 6, dice: "La manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero..." y al fijar en el art. 34 las condiciones para que los mexicanos sean ciudadanos exige, además de 18 años de edad: "Tener un modo honesto de vivir...". La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) define a la Nación en su artículo 1, así: "La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad y paz interna en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador...". La Constitución Política de Colombia (1991) señala, en el art. 34, que: "Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. La Constitución Política del Perú (1993) señala en el artículo 2, apartado 1, que toda persona tiene derecho: "A la vida, a su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar. La Constitución de la República Oriental del Uruguay (1967) proclama en el art. 40 que "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad". "La Constitución Política de la República de Chile (1980) señala en su artículo 1 que "...El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es

Preámbulo de la Constitución se remite a la protección de Dios “fuente de toda razón y justicia”, ya desde 1853 hace mención al “derecho de gentes” y nuestra ley civil –tan lejos en el tiempo como la versión codificada en 1870- sienta parámetros básicos de normativización de parámetros morales. La locución habitual es la remisión al “orden público” y a la “moral y a las buenas costumbres” (ideas que, en alguna medida, se mezclan e influyen correspectivamente).

Bien entendido (acotación: este dato no es menor en estos tiempos de intolerancia y de renacimiento de posturas religiosas totalitarias o, al menos invasivas); que la moral de la que estoy escribiendo es la moral social media. Aquella que es construida socialmente y trasunta un conjunto de lugares comunes de una cierta sociedad, en un cierto tiempo, sobre lo socialmente justo, equitativo o tolerable. La Constitución argentina trae desde su jura por los pueblos y entrada en vigencia el 25 de mayo de 1853 una locución preciosa sobre el particular que exime de la autoridad de los magistrados a las “acciones privadas de los hombres” en tanto y en cuanto no sean “contrarias a la moral” o “no perjudiquen a terceros” –encontrando un exacto equilibrio entre la libertad individual y la sujeción, en tanto miembro de una comunidad y partícipe de un proyecto colectivo, a ciertas exigencias mínimas (no dañar a otros; no ofender la moral social media)-

En una línea similar, pero dicho de modo mas técnico –y comentando las tesis de Dworkin sobre el punto- uno de nuestros mas destacados iusfilósofos ha señalado: “...Al positivismo normativista de Hart, Dworkin le declara la guerra explícitamente cuando en 1967 publica “The model of rules”, reimpresso posteriormente con el elocuente título de “Is law a system of rules?”. La respuesta dworkiniana a este interrogante nos e limitará a ser negativa, sino que además postulará como alternativa un sistema jurídico integrado por una variedad de estándares “que no funcionan como reglas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”. La mirada jurídica positivista reducida a reglas, es ampliada tanto a aquellos estándares propios del Poder Legislativo (directrices políticas o *policies*) cuyo contenido refiere a objetivos que han “de ser alcanzados en tanto implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad”, como así también, y privilegiadamente, a aquellos estándares con los que operan básicamente los jueces y juristas (principios en sentido estricto o *principles*), cuando deben determinar qué derechos y deberes les corresponden a los ciudadanos, los que han de ser observados “no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad...”¹²

promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. *En ninguno de los casos citados, el resaltado en negritas está en el original.*

¹² Vigo, Rodolfo L., “Interpretación Jurídica” (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), pág.46 [las negritas no están en el original]

Otro prestigioso jurista argentino, ha dicho: “El derecho se emplea para regular la conducta de los hombres en sus relaciones entre sí y esta conducta debe actuarse con criterio moral. No nos estamos refiriendo a los principios morales que ha de observar el individuo en la esfera interna de sus convicciones. Pues la justicia, si bien es una virtud, no lo es referente a la perfección del sujeto en su esfera íntima. Cuando hablamos de la base moral del derecho nos estamos refiriendo a aquella conducta del sujeto que repercute en la esfera de intereses de otro individuo y de la sociedad en general para cuya solución el juez ha de aplicar la ley teniendo en cuenta que el derecho exige que la ley y los hechos que motivan el proceso sean interpretados con un criterio moral en el sentido de no soslayar comportamientos que bajo la apariencia de ajustarse a normas jurídicas, éstas, en realidad, son usadas para fines arteros o valiéndose de medios ardidosos para obtener ventajas indebidas, lograr el sometimiento de una persona y otros recursos que demuestran un comportamiento reñido con los criterios éticos de una comunidad. Por ello estimamos que, lejos de entrar en la polémica sobre cuáles son las diferencias entre moral y derecho o si se trata de dos especies del mismo género, debemos considerar que un derecho extraño a la moral, en el aspecto arriba referido, es un *no derecho*. Debemos considerar las exigencias jurídicas y morales como bases coordinadas para evaluar la conducta de los justiciables...”¹³

Agrégase que en estos caóticos tiempos que corren –donde la explosión de expectativas de los justiciables, los límites del sistema de justicia (no hablo aquí de los límites presupuestarios sino de la limitación del sistema “en sí”), el debilitamiento de proyectos comunes, la ausencia de mitos fundantes, la falta de procesamiento adecuado de una catarata informativa tan dantesca como inaprehensible¹⁴– las normas o principios morales aparecen revalorizados como integrantes de cualquier plexo jurídico y su interpretación y aplicación. “...A pesar de la multiplicidad de concepciones y de la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, para el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar, y por el operador jurídico para actuar. No solo son perennes al devenir del tiempo, sino que su importancia se acrecienta cada vez más. Ante el evidente desprestigio de la ley producido por la suprerproducción legislativa, ante el peso abrumador que tiene los digestos y las oscilaciones de la jurisprudencia, ante la multiplicidad de ordenamientos que conviven en el contexto de la globalización del mundo, se postula cada vez mas una tarea de simplificación en base a principios. En su larga historia, han demostrado dos caracteres que les han dado fortaleza: El primero es su simplicidad, o por lo menos la aspiración de tener un conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico. El segundo es su jerarquía superior. Cualquiera que sea la concepción que se

¹³ Farina, Juan M., “Justicia. Ficción y realidad”, pág.158

¹⁴ Barreiro, Marcelo G. –Lorente, Javier A. –Truffat, E. Daniel, “Vientos de cambio en el derecho mercantil en tiempos de la posmodernidad”, Errepar, Doctrina Societaria y Concursal, nro. 211, junio 2005, pág. 661 (“La página del Director”)

desarrolle acerca de ellos, siempre se los ha ubicado bien alto; para algunos integran el Derecho natural, para otros tienen una raíz histórica; para otra opinión son anteriores al ordenamiento, pero se obtienen por generalización de normas y son superiores a ellas. Esta altura, esta superioridad, es la que permite conferirles una función de control, de límite, de guía de actividad infraprincipal. Con estos caracteres de simplicidad y de alta jerarquía, los principios constituyen una “armazón”, una “arquitectura” del ordenamiento jurídico privado...”¹⁵

II.-

¿Cómo transpolar estas ideas al concordato cuando éste es medio para superar la cesación de pagos y, en alguna medida, la superación se consigue precisamente por *socializar las pérdidas*; es decir extender una cierta situación dañosa que afecta primordialmente a un sujeto (el cesante) -si bien con una inquietante aptitud contaminante respecto de quienes se relacionaron patrimonialmente con él- a esos otros sujetos relacionados?

La ley, persiguiendo la mentada superación de la cesación de pagos (fundamentalmente en el intento de esterilizarse esa posibilidad de “comunicación” a terceros que tiene la crisis, pero también buscando otras consecuencias como la preservación de empresas socialmente útiles, conservando fuentes de trabajo, etc.) admite –mejor: propugna- un cierto “mal”: distribuir pérdidas. ¿Es predicable algún tipo de eticidad frente a ello? Por cierto que sí porque, y este un dato relevante de esta construcción, la moral social media no es en modo alguno una moral absoluta, sino que está presidida por el principio del “mal menor”. Así una distribución racional del daño, permitiendo si fuera posible el saneamiento de una empresa con probabilidades ciertas de volver de modo virtuoso al mercado (una vez obtenidas quitas, esperas o la mutación de la especie debida), se revela como un mal menor que la supresión lisa y llana del sujeto infectado y la guerra de “todos contra todos” que desencadenaría la aplicación de las reglas habituales de cobro frente a deudores *in bonis*.

Al revés de ciertos preconceptos extendidos en algún sector de la doctrina argentina, que han exacerbado los muchos defectos del sistema a la luz de la experiencia decenal referida más arriba, la concursabilidad no es de suyo perversa, sino –por el contrario- procura -por vía de una racional distribución del daño y concesión de posibilidad de rehabilitación en vía preventiva; por una racional distribución del daño y pronta liquidación en vía liquidatoria- la consecución de un

¹⁵ Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial”, pág.136. Si bien este destacado autor –hoy integrante de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina- ha dedicado el párrafo transcrito a los “principios jurídicos” y no a la moral propiamente dicha, va de suyo que entre los principios mas trascendentes y abarcativos, está la sujeción del sistema todo de derecho privado a la moral y a las buenas costumbres.

mal menor. La antipatía de moverse en el reino de la escasez no debe hacer olvidar, por tanto, que –en verdad- estamos en un ámbito presidido por un principio moral.

Lo que ocurre es que, en especial en el ámbito del saneamiento a través de un concordato, es posible que -cuando rigen reglas promercadistas desafortunadas- esa alta finalidad termine comportando un negocio injusto, pues en vez de una socialización del daño, lo que comporta el mercado sea una "traslación del daño" a los acreedores ¹⁶. En el escenario liquidatorio, en cambio, el mayor peligro

¹⁶ Como orgulloso ciudadano de una Nación que ha pasado por el mas grave default de la historia, y que ha reestructurado sus pasivos con una significativa mayoría de sus acreedores, pero no con todos, debo a mis colegas hispano, ítalo o luso parlantes, una breve acotación sobre el tópico. Transcribo para ello –pidiendo perdón por lo extenso de la cita- una parte de un trabajo previo: "...Si las relaciones de los particulares están sometidas al cartabón de la moral y las buenas costumbres (arts. 21, 953, 1047, 1071, cíts, cód civil) no puede decirse menos del obrar estatal (a la postre, ésta es una Nación organizada "bajo la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia"). Por muchos vericuetos lógicos que se ensayen no hay modo válido de predicar que el Estado puede hacer lo que prohíbe a sus ciudadanos y que en él *eso esté bien* [de alguna suerte algo así hemos aprendido dolorosamente en nuestra trágica historia reciente y la concepción moderna de que los Estados, y ellos menos que nadie, no pueden vulnerar derechos humanos insoslayables ni incurrir en conductas que repugnan al sentir de justicia universal] ...Paso a desarrollar mi propia opinión. No creo que aquellos sacrificios que el Estado argentino impuso a sus acreedores porten un cartabón tasado que permita juzgar, sin más, que cualquier propuesta que transite esos parámetros pueda ser considerada "no abusiva". Y no por aferrarme a los argumentos que cuestioné mas arriba (aún reconociendo que en parte –pero sólo en parte- pueden ser tenidos en cuenta), sino porque creo que los debería enseñar el tópico es que no hay pautas apriorísticas. Dicho de otro modo: el "abuso", el ejercicio disfuncional de los derechos del deudor debe ser ponderado en cada caso concreto. En relación a: 1) la posibilidad de pago del deudor –esto no significa posibilidad en lo numérico, despojado de toda otra connotación, sino posibilidad dentro de un plan de empresa que permita seguir actuando como sujeto económicamente útil, 2) la indispensable comparación entre lo ofrecido y el eventual dividendo de liquidación, 3) la mayor o menor equidad en el sacrificio compartido entre acreedores y propietarios (accionistas, cuotapartistas) de una sociedad concursada, para el caso de ser saneada como consecuencia del acuerdo, 4) el impacto social de la decisión ...La concursabilidad es un terreno doloroso. Está de por medio el fenómeno contaminante de la cesación de pagos y la posibilidad de extinción del crédito por imposibilidad de pago [elemental regla de derecho patrimonial que muchas veces se olvida]. La solución preventiva lo que busca es *socializar* el daño. Y siempre habrá daño. El tema es determinar hasta qué punto el mismo es tolerable. ...A veces la socialización del daño fuerza a soluciones que se perciben escasas, pero aceptables para los acreedores, encuadradas en un razonable plan de recuperación y siempre mejores que no cobrar nada o cobrar menos, tarde y mal (algo así ocurrió con la deuda externa). El pago prometido por la Nación Argentina respecto de su deuda externa no es traspolable sin mas. Pero sí debe enseñar que, como se dijo, no es cuestión de declarar sin más los derechos de un cierto sector, sino de hallar una transacción razonable (insisto: transar el reparto de daños y sacrificios de modo que sea razonable para los implicados) ...A diferencia de pueblos milenarios –cuya historia y características los determinan- los argentinos tenemos tan poco tiempo aquí (al menos, la mayoría de los argentinos) que podemos decir que es más lo que hemos construido [o reconstruido] que lo que hemos heredado. En escasas generaciones hemos cortado vínculos con raíces extracontinentales y hemos refundado un pueblo –en parte, justo es reconocerlo, integrándolo y mixturándolo con las raíces precolombinas en algunas partes del país-. En esta tarea no ha sido poco, sino todo lo contrario, lo que hizo el Estado Nacional. El mismo fue el formidable motor del desarrollo, de la educación pública, de las comunicaciones en tierras antaño desérticas. Asimismo, y el dato es harto evidente, ese mismo Estado tan presente se llenó de mañas, de complicidades con abusadores de la peor laya y fue vehículo de todos experimentos políticos que gusten (pasando pendularmente de versiones del liberalismo que hubieran asqueado al reverendo Smith –quien jamás renunció al deber de la comunidad de asistir a los pobres y a los desvalidos- a versiones estatistas que hubieran agobiado a los cultores del

proviene del empleo inmoral del instituto para esterilizar mecanismos de responsabilización de los empresarios o de revocación de actos en zona de insolvencia ostensiblemente perjudiciales para el resto de los acreedores.

Con referencia a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo –como consecuencia de lo antedicho- tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos:

- (a) La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquello que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: *“el sacrificio compartido”*. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga en exclusiva en los acreedores del sujeto así salvado. Esta posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos. *Como responder desde lo práctico a tal requerimiento es mas difícil: habrá legislaciones que entiendan adecuado el haber tasado un máximo de quita o un tiempo límite de espera¹⁷ ; habrá otras que exijan (al menos como alternativa en las que acepten propuestas diversas a elegir por los areedores) la transferencia del equity [en general por capitalización de créditos] a favor de los acreedores concurrentes; otras se contentarán con la prohibición de percepción de dividendos y otras retribuciones a los accionistas mientras no se haya satisfecho un mínimo del pasivo, etc., etc.* Coincidiendo en la filosofía última de la solución con el Vicepresidente Académico del Instituto Hispanoamericano de Derecho Concursal y Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Dr. Efraín Hugo

corporativismo o del colectivismo mas cerriles de principios del siglo XX). Sin embargo algo de lo que siempre hemos estado seguros es que, al menos en teoría, nuestro Estado jamás predicó ideas del tipo *The King can do no wrong* (triste prueba de ello es que cuando condescendió a la barbarie lo hizo con ocultamiento). Si bien es cierto que la necesidad justifica –o al menos: apaña- actitudes o acciones que habitualmente no se tolerarían, parece excesivo considerar que el evidente estado de nuestro país (como ya dije, colocado en rol de paria internacional) podría validar “cualquier cosa”. No fue así. Nuestra propuesta de repago no resulta ciertamente generosa [los tiempos de escasez exigen huir de la munificencia], pero es difícil sostener que resulta inmoral o abusivo. Es lo que se podía seriamente pagar: mirando al país con los ojos abiertos, teniendo en cuenta que no había peor solución para todo el mundo (acreedores incluidos) que repetir promesas vacuas, como tantas veces se hizo...”, E. Daniel Truffat, “Proponiendo una polémica: los términos de renegociación de la deuda pública en default y su incidencia sobre el criterio para juzgar la abusividad de las propuestas concordatarias), *El Derecho*, ejemplar del día 4 de julio de 2006

¹⁷ Aunque propugno que la ley traiga una propuesta básica con límite de quitas, no soy partidario de parámetros rígidos (es el deudor quien debe poder elegir entre la propuesta “modelo” –que el legislador haya previsto como aprobable en cualquier caso- o entre propuestas adecuadas a la superación de su propia crisis)

Richard ¹⁸, me permite una mayor flexibilidad que él en la consecuencia práctica. No creo que siempre y en todo lugar corresponda la capitalización de acciones (bien puede ser que los propios acreedores no tengan ningún interés en participar del álea del negocio renacido), ni que pueda encontrarse límites constitucionales a las quitas concretas - por analogía con las construcciones sobre expropiación-. Precisamente la teoría del mal menor debe quitar rigidez al tópico y tener en cuenta que hay dos ideas que vienen en auxilio de tal postura (i) la comparación con el dividendo de liquidación (porque lo contrario podría frustrar las mejores intenciones, colocando toda la cuestión en una expresión de deseos insusceptible de ser trasladada a la realidad concreta) y (ii) la viabilidad económica y auténtica capacidad de esfuerzo del ente saneado [no estamos en un plano heroico, nadie irá más allá de sus fuerzas para honrar su crédito]. Respecto del primer tópico (la comparación con el dividendo de liquidación), me permito abusar de la paciencia de los destinatarios y transcribir parcialmente un dictamen profesional que hace un par de años produjo sobre el punto: *“...no puede soslayarse –frente a la teórica exigüidad de una propuesta-formular una comparación con el hipotético dividendo de liquidación [esto es: determinar cuanto recibirían teóricamente los acreedores una vez hecho el ejercicio de sustraer el “pasivo de la teórica quiebra” (el pasivo concursal, mas los gastos del concurso preventivo y del liquidativo, mas el pasivo posconcursal) del “activo de la teórica quiebra” (activo actual, menos activos preliquidados, mas contingencias por eventuales acciones de recomposición o responsabilidad; todo ello expresado a valor de liquidación en subasta judicial]. Ofendería al sentido común –y a los propios justiciables- que los jueces en pos de evitar el “abuso” del deudor que les permitiera recibir una suma “x”, les terminara asignando una suma “z” varias veces –o muchas veces- inferior a la anterior...”*

- (b) La necesidad de garantizar un reparto equitativo del daño entre los acreedores según alguna regla de igualdad que, precisamente, consagre la igualdad en concreto de quienes se encuentren en situación fáctica de evidente disparidad. *La cuestión es delicada desde dos ángulos. Por un lado presupone que es posible el tratamiento diferenciado de categorías de acreedores (alterando la vieja par conditio creditorum); lo que resulta adecuado para la efectiva superación de la crisis, pero va más allá: sugiere que –en ocasiones- es menester (es obligatorio) efectuar tal diferenciación. La igualdad sólo es aplicable a los iguales. Esconder detrás de la magnífica bandera de la igualdad el mismo trato [la imposición del sacrificio] a sujetos que se encuentran en situación harto disímil, es una explícita imposición de desigualdades. Así*

¹⁸ Ver del profesor citado: “Crisis de sociedades: acuerdos concursales abusivos vs solución privada”, Lexis Nexis. Derecho Comercial y de las Obligaciones. Julio/Agosto 2006, pág.55 y ss

como el derecho civil descarnado (que sostenía alegremente que lo querido no era injusto) era tolerable para regir las relaciones de trabajo en tiempos de Dickens; pero repugna a la sensibilidad actual –habiendo sido menester la creación de derecho laboral específico-; así como la igualdad de los derechos políticos de las mujeres ha debido ser asistidas en muchos lugares de la tierra (mi país entre ellos) por leyes de “cupos femeninos” para permitir el efectivo acceso de éstas a los cargos políticos a los que en abstracto tienen igual derecho que los hombres; así es necesario que se acabe con la ficción de que todos los acreedores pueden recibir idéntico trato, salvo privilegios expresos de la ley. En los sistemas que aceptan la generación de categorías de acreedores y ofrecimiento de ofertas diversas, la construcción de tales subuniversos deberá estar presidida por la necesidad de no dejar en el camino a ciertos acreedores con necesidades especiales. Esta idea, que sacada de contexto podría prestarse a todo tipo de abusos por acreedores aprovechadores, apunta a ciertas diferencias impostergables; como mínimo debería prever un tratamiento distinto para los acreedores de origen “contractual” (quienes han asumido cierto riesgo y lo han cargado en el precio o en la tasa de interés); de los acreedores de origen “extracontractual” o aún convencional cuando el crédito se asociara con lesiones físicas o psíquicas (el caso paradigmático, es la responsabilidad del transportista)

- (c) La necesidad de que cualquier oferta de salvaguarda esté amparada en un auténtico plan de superación de la crisis. Único modo serio de advertir que se cumple efectivamente con la premisa “a” y que no se está frente a una simple promesa pronta a ser incumplida nuevamente. Esto no significa, disiento aquí con el maestro Maffía y con la Vicepresidente del Instituto, Dra. Lidia Vaiser,¹⁹ y otros autores que militan en tal postura, que ello torne imprescindible –como integrante de la propuesta el citado plan de salvataje como documento autónomo-. Es cierto que en algunas magnitudes concursales ello será una auténtica necesidad²⁰. En otro tipo de concursos, medianos o pequeños, bien podría ser una carga ociosa que, a la postre, solo viniera a mejorar las perspectivas de negocios de consultoras que elaboraran este tipo de

¹⁹ Autora citada: “El abuso de derecho en los procesos concursales”, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, fascículo 10, 3 de diciembre de 2003, pág. 26 Apunto, sin embargo, que mi distinguida colega y querida amiga, cuando asistió técnicamente al diputado Polino en la presentación de un proyecto parcial de reformas (según reconociera hidalgamente el citado diputado) no incluyó –tal como hacía prever su propia opinión y el sentido final de ese excelente proyecto que lamentablemente no cuajó- la exigencia de un “plan de reorganización” (ver: Truffat, E. Daniel “Proyecto de reforma a la ley 24.522 (reformas propuestas por el diputado Polino y otros), El Derecho, Legislación Argentina, Boletín nro. 8 -28 de marzo de 1997, pág.4). El citado plan era requerido por otros proyectos luego frustrados (el de los diputados Ballestrini y Vicchi). Tal formulación tal vez importó una concesión al criterio pragmático que aquí se formula.

²⁰ Así lo entendió, en su condición de juez concursal en autos “Banco del Suquia S.A.”, la también miembro del Instituto y destacada jurista, Dra. Verónica Martínez de Petrazzini

planes. Pero que no se lo exija siempre –insisto: como pieza separada, como documento pletórico de palabras, números y proyecciones- no significa que el plan no deba existir. Por cierto que [en tanto diseño serio y racional de un plan de negocios para repagar el pasado y para afrontar el futuro] constituye una necesidad lógica: sólo un audaz de toda audacia e irresponsabilidad infinita afrontaría la superación de la crisis sin saber a dónde ir y sin prever como llegar a tal meta. En emprendimientos de menor envergadura el mismo podrá ser fácilmente explicado y constatado en la información rendida en el expediente y aquí entra -eso sí- una exigencia ética para toda propuesta: nadie puede ser llamado a prestar nuevo crédito (a volver a creer) en un deudor que no haya brindado información con la mayor amplitud, generosidad y detalle que le sea exigible según su condición. Con documentos complejos, cuando el concurso así lo justifique, o con explicaciones llanas en temas de menor magnitud. Pero, brindando toda la información sobre el pasado y sobre los proyectos futuros que le resulten exigibles o que le sean pedidos de buena fe. Sin "disclosure" la aceptación de cualquier propuesta será, como mucho, una cita a ciegas.

Adúnase a todo lo antedicho algo que ya apuntamos con mis queridos amigos, los Dres. Marcelo G. Barreiro y Javier E. Lorente, en el Congreso habido en Barranquilla, Colombia el año anterior, al ocuparnos de lo que denominamos el "concurso mínimo": toda la temática concursal exige mecanismos diferenciados según la magnitud del emprendimiento en crisis²¹. El análisis sobre la configuración de los supuestos descriptos como "a", "b" y "c", si bien parámetros morales a la postre, debe efectuarse en concreto respecto de cada deudor y en esquemas procesales adecuados para cada caso.

²¹ Hemos insistido con tal idea al remitir una ponencia al VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia que se celebrará en Rosario, cuyo título es "Del traje de confección al de medida: los procesos concursales deben tener una regulación diversa según su magnitud"