

LA IGUALDAD EN EL TRATAMIENTO DE LOS ACREEDORES EN EL CONCURSO.

Por: Teresita Rodríguez Mascardi. (Uruguay)

SUMARIO.

-La igualdad en el tratamiento de los acreedores se traduce en una concepción del concurso en el que se solucionan los problemas derivados de la insolvencia del deudor en base a una comunidad de pérdidas entre éstos.

-Como principio rector sirve para integrar e interpretar el derecho concursal.

-De raigambre constitucional en su formulación absoluta el principio paritario implica la igualdad de tratamiento entre acreedores concursales sin otras excepciones que las prevista a texto expreso por la ley no necesariamente concursal .

-La nueva concepción de la paridad entre acreedores concursales implica un atenuación del rigor originario que permite las categorías de acreedores en el concurso y la igualdad de tratamiento se impone legalmente exclusivamente a los integrantes de una misma categoría.

-El paradigma redistributivo del concurso implica un ideal de justicia.

-La poda de los privilegios aparece como aconsejable en el estado actual del derecho concursal.

-La eficacia del principio de paridad queda reducida a proporcionar al concurso una regla residual de reparto allí donde los créditos presenten valores homogéneos, en tal situación se encuentran los acreedores ordinarios y los subordinados convencionales que no hayan decidido eliminar el riesgo de alteración sobrevenida del valor de sus créditos.

-También resulta de aplicación en el caso de la ordenación de los créditos privilegiados y de lo subordinados legales de una misma clase, entre los cuales no cabe apreciar diferencias sustanciales en cuanto a su valor.

-Es cuestionado por calificada doctrina este principio cuando en el concurso se redefine el valor de los créditos en contradicción con los ajustes que hicieron las partes.

INTRODUCCION

La igualdad en el tratamiento entre acreedores en el universo concursal se traduce en una concepción del concurso en el que se solucionan los problemas derivados de la insuficiencia patrimonial del deudor mediante la comunidad de pérdidas entre sus acreedores.

El principio de paridad de tratamiento entre acreedores concursales es de tal relevancia en el proceso concursal, como pauta para ordenar la satisfacción de los acreedores, que la doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado terminan por reconocerlo como el principio rector del concurso algo así como un correlato necesario de las ideas de justicia y equidad.

Su origen histórico no deja dudas al respecto, en cuanto aparece a partir del derecho estatutario italiano, como regla solutoria excepcional para el concurso, derogatoria de las reglas del derecho común relativas a la cancelación de las obligaciones como la prioridad en el tiempo y el reconocimiento de un buen número de posiciones privilegiadas que sin embargo no tenían un excesivo valor en el mercado.

El ejemplo paradigmático de la comunidad de riesgos o de pérdidas es la avería gruesa o común, esto explica que frecuentemente se compare al concurso con esta institución del derecho marítimo.

Se observa que a través de los siglos, la regla de la distribución proporcional se consolida y evoluciona hacia un principio de igualdad material entre los acreedores consagrada legalmente a la que se acude con frecuencia para explicar todo el régimen concursal.

La par conditio abandona su condición originaria de regla de distribución de valor, para ocupar el centro neurálgico del sistema concursal como un dogma incuestionable.

En definitiva, implica un revestimiento ético al principio de la proporcionalidad .

La igualdad en el tratamiento de los acreedores se traduce en la impuesta comunidad de pérdidas entre los acreedores del deudor insolvente.

Esta comunidad de pérdidas, es la que hace posible una distribución justa y equitativa del escaso valor restante en el patrimonio del deudor, tal como ya señalase la doctrina clásica al destacarlo como objeto central del concurso y como una exigencia de justicia que armoniza perfectamente con la naturaleza social del derecho.

Este tipo de consideraciones, es compartida por la doctrina civilista cuyos tratadistas destacan que así como los ciudadanos son todos iguales ante la ley, todos los acreedores son iguales ante la ley del concurso.

El principio de la igualdad de condición de los acreedores frente al concurso conduce a lo que se ha denominado ley del dividendo o moneda de quiebra, derogatorio del principio de prioridad en la agresión del patrimonio concursal.

Es en definitiva el, llamado paradigma redistributivo del concurso el que configura un sistema normativo homogéneo, que a partir de planteamientos de justicia y equidad define la responsabilidad patrimonial del deudor en situación de insuficiencia de recursos.

En el desarrollo contemporáneo de los sistemas concursales se observa la contraposición entre los modelos liquidatorios y los conservatorios, en ambos el denominador común es la realización de un ideal de justicia y se concreta en el derecho comparado en una variada tipología de modelos concursales.

El primero de los modelos históricos que aparece es el liquidatorio cuyo objeto es realizar el patrimonio del concursado para satisfacer a los acreedores en un pie de igualdad, implementado como proceso de ejecución colectiva en el que ya se encuentra presente este principio paritario.

Normalmente, a este interés primordial se suma la sanción de los quebrados considerados defraudadores de la confianza generada en el tráfico, así como la depuración del mercado de operadores poco competitivos.

Dentro del proceso liquidatorio la posibilidad de llegar a una solución mediante un acuerdo colectivo deviene residual, aunque posible y difícil frente a la pérdida de crédito en el mercado.

A lo largo del presente siglo se redefine el concurso y aparecen como soluciones a la insolvencia del deudor otras alternativas como el sometimiento de los acreedores concursales a acuerdos de saneamiento del patrimonio empresarial.

El concurso toma la insolvencia del deudor como un hecho consumado y no como un riesgo previsible y por consiguiente asegurable para los operadores. Es un instrumento que ofrece posteriormente una solución a los problemas de distribución del riesgo y satisfacción de los acreedores que la insolvencia ya generó.

Esta solución es doble: por una parte consiste en colectivizar los riesgos sufridos por los acreedores y por otra se trata de distribuir paritariamente las pérdidas entre los acreedores afectados por las mismas circunstancias.

Se centra la solución legal en la comunidad de riesgo a la que se suma la par condicio creditorum y en ella toda la organización del sistema concursal.

Es el legislador concursal, quien impone la comunidad entre los acreedores concursales dado que deben asumir en común las pérdidas derivadas de la situación de insuficiencia patrimonial de su deudor, mediante la fórmula de colectivizar las mismas en una distribución proporcional al monto de los respectivos créditos.

Tal criterio distributivo paritario es el contenido del principio de igualdad entre los acreedores de pretendida raigambre constitucional y que todos los acreedores se encontrarían en disposición de aceptar.

En sede doctrinaria en España Broseta Pont utiliza la expresión el reparto del déficit patrimonial del deudor entre los acreedores para referirse a la citada paridad entre éstos.

También para Berger para quien el concurso impone una comunidad por cuotas sobre el patrimonio concursal en el que la concurrencia de los acreedores viene a delimitar la cuota proporcional de responsabilidad que corresponde a cada uno de ellos, en esta situación la concurrencia se soluciona recortando a prorrata del valor de cada uno de los créditos.

En la doctrina italiana, el principio de paridad se define como la esencia de la realización de los créditos en el concurso, entre otros Navarrini—Provinciali, Ferrara —Maggiore--.

Se le atribuye coincidentemente el valor de racionalizar el concurso, tanto en términos interpretativos como integradores.

En este principio, la mejor doctrina fundamenta la interdicción del ejercicio de acciones individuales, como la paralización de las ejecuciones en curso, la acumulación de las ejecuciones en los casos de la quiebra y del concurso de acreedores, la impugnación de actos lesivos o fraudulentos anteriores a la declaración del concurso o la determinación del contenido del convenio.

Lo contrario, constituiría un privilegio intolerable, salvo en el caso de las excepciones formalmente reconocidas al referido principio.

Asimismo, esta comprensión de la concursabilidad también está presente en la solución a problemas concretos en los cuales no existe una norma específica.

El ejemplo clásico, del empleo del principio de paridad lo encontramos en el tratamiento de los problemas que plantea la admisión de la compensación en sede

concurzal en aquellos ordenamientos en que no existen previsiones legales al respecto.

También el rigor de la retroacción en materia falimentaria se ha querido justificar recurriendo al principio de paridad de trato de los acreedores para legitimar las acciones revocatorias concursales.

En realidad, más que al principio de paridad, la racionalidad de la retroacción responde en la necesidad de neutralizar los comportamientos sobreinversores del deudor que se producen una vez que éste es consciente de su situación de insolvencia. El origen de estas acciones se encuentra en la acción pauliana y por lo tanto lo que se pretende es reparar la lesión que a los intereses de los acreedores supone las actividades fraudulentas de su deudor realizadas cuando el horizonte de la insolvencia está próximo y reducen el valor del patrimonio concurzal en perjuicio de éstos.

Se trata de evitar la actividad individual entre el deudor individual y acreedores singulares tendiente a satisfacer algunos derechos de créditos en perjuicio de los demás.

En el acuerdo colectivo se recurre a este principio, como criterio definidor, que se traduce en el tratamiento homogéneo a todos los acreedores concursales obligados por su contenido.

Entre las posiciones más clásicas Bonelli argumenta la necesidad de que el acuerdo sea aceptado por todos los acreedores y por otra que el sacrificio que a los acreedores se impone sea homogéneo para todos los partícipes.

No obstante advierte que siendo notas típicas del convenio concurzal la identidad de contenido y unidad de forma contractual, no constituyen elementos esenciales del mismo.

Por el contrario, la doctrina alemana pone de manifiesto la insuficiencia del principio de paridad de trato en tales situaciones, fundado a su juicio en criterios estrictamente liquidativos.

En el panorama concurzal, el maestro español Garrido, destaca la simplicidad introducida por la regla de paridad frente a la caótica situación que propiciaba la ordenación de los créditos privilegiados.

ALCANCE DE LA IGUALDAD DEL TRATAMIENTO ENTRE LOS ACREEDORES CONCURSALES.

Este principio de igualdad de trato no rige para todos los acreedores, sino únicamente para los acreedores quirografarios que son quienes no pueden invocar un privilegio en el sentido amplio del término.

Hay quien sostiene que debe extenderse analógicamente la regla de la prorrata a la ordenación interna de cada una de las clases de acreedores privilegiados.

El principio de paridad conoce entonces, importantes excepciones tales como: los créditos prededucibles, los créditos con derecho de ejecución separada, los créditos privilegiados.

En realidad, más que de acreedores quirografarios y acreedores comunes se habla de créditos quirografarios y de créditos privilegiados en tanto un mismo acreedor puede ser titular de créditos diversos y fundamentalmente porque el privilegio es una cualidad del crédito.

En las legislaciones modernas se destaca que el privilegio es otorgado por la naturaleza del crédito y no por las condiciones personales del deudor.

En materia de privilegios se distingue entre su fuente, extensión y rango.

El privilegio tanto en su existencia, como a su asiento y su rango es impuesto por la ley y es de interpretación restrictiva ya que viola el principio de la paridad de trato por disposición del legislador.

En el universo concursal, existen los llamados créditos prededucibles que se definen por ser ajenos al concurso a los cuales no se aplica el principio bajo análisis, la literatura es abundante sobre el tema. El paradigma de los créditos prededucibles son las deudas de la masa, aquellos créditos nacidos con posterioridad a la fecha de la declaración del concurso y en interés del mismo como señala en la doctrina española entre otros, Emilio Beltrán, la prededucción a diferencia de cualquier forma de preferencia es un instrumento que protege el valor de los créditos postconcursoales frente a la insolvencia del deudor.

Se advierte que el principio de igualdad de los acreedores no significa en definitiva que haya nivelación o equiparación entre todos los acreedores, por el contrario, a cada acreedor le corresponde la suerte personal que su posición respectiva le asigna, lo que explica el distinto emplazamiento que tienen los acreedores con privilegio frente a los que no tienen preferencia alguna.

La evolución de este principio llevó a una reformulación doctrinaria recogida en el derecho comparado como un principio de igualdad entre iguales.

La paridad se refiere a acreedores de la misma especie, razón por la cual en el derecho comparado se observa una tendencia a que el legislador concursal permita al deudor, sin que con ello vulnere tal principio rector, ofrecer propuestas de acuerdo diferenciadas por categorías de acreedores, con la condición de que sean iguales para los acreedores de una misma clase.

En contraste con esta nueva concepción en el derecho uruguayo, el principio está consagrado en la ley 2.230 para las sociedades anónimas y en el Código de Comercio de 1868 artículo 1571 en forma absoluta.

Las expresiones empleadas por el legislador nacional, perfecta igualdad, así como la configuración de una figura penal y un supuesto de responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas que pactan ventajas especiales con algunos acreedores no ofrecen dudas sobre el alcance del principio en el derecho concursal vigente y así lo entiende la doctrina nacional en forma coincidente, entre otros, Mezzera Alvarez, y más recientemente, Adriana Bacchi, ésta última considerando el tema la aplicabilidad del principio igualitario frente a situaciones de enfermedad o avanzada edad del acreedor concurrente.

Siendo el principio absoluto, entre nosotros, aquellos acuerdos que establezcan categorías de acreedores no son admisibles en el derecho nacional vigente, a diferencia de las modernas legislaciones de países vecinos como la Argentina en que la ley 24.522 no lo consagra como un principio matemático o de apreciación objetiva sino que responde a una conformación variada de diversos intereses en torno a la crisis empresarial.

Ya la Comisión redactora de la ley argentina 22.917, que reformó la ley 19.551, consideró la necesidad de introducir una fórmula que permitiera celebrar acuerdos con distintos grupos de acreedores quirografarios. La posibilidad de que el deudor acuerde soluciones con determinados acreedores concursales impone la previa clasificación por categorías de los créditos. La ley argentina ya referida se muestra flexible a la hora de seleccionar las opciones que se podrán tener en cuenta para la formación de las categorías, pudiendo incluso contemplarse subcategorías.

Así, la categorización puede atender a los montos insinuados, a la naturaleza de los créditos al carácter privilegiado o no entre otros criterios.

El doctrino argentino Maffía destaca, con razón, que uno de los criterios más relevantes y objetivos para justificar la clasificación está dado por la causa del crédito invocada por el deudor al solicitar su inclusión en el pasivo, esto es el negocio que originó la obligación que invoca a los efectos de su cancelación.

En definitiva, lo que importa es que la categorización sea razonable para que garantice a cada acreedor el derecho a ser considerado igual que otro acreedor incluido en la misma categoría, el derecho a votar junto a otros acreedores cuyo crédito no esté influido por otros intereses y a no ser discriminado.

Se trata del principio paritario clásico reciclado en una nueva concepción más realista.

EI PARADIGMA REDISTRIBUTIVO DEL CONCURSO Y LOS PRIVILEGIOS.

Gran parte de la doctrina ve en los privilegios una excepción al principio de la *par conditio creditorum* que ha de juzgarse negativamente, de ahí que se reclame su moderación y en oportunidades directamente su supresión.

Como generalmente no se alcanza a satisfacer a lo acreedores concursales concurrentes con el magro activo del deudor, como consecuencia del número de excepciones existentes a tal principio, se alza autorizada doctrina que proclama la ineficacia de los procesos concursales y la necesidad de proceder a la reforma de los mismos.

En determinados casos se señala que la aplicación del principio de paridad habrá de conducir a situaciones de injusticia, como por ejemplo la frustración del concurso por imposibilidad de financiarlo, la imposibilidad de realizar un derecho real de garantía en los términos previstos o la vulneración de una preferencia.

Ello ha llevado a sostener que se trata de un principio vacío de contenido, lo que obliga al intérprete en cada caso a predisponer los términos de la comparación.

No obstante, hay quienes frente al panorama legislativo del número creciente de excepciones reconocidas a la igualdad de tratamiento entre acreedores han llegado a poner en tela de juicio la vigencia del mismo.

Así el español Garrido, se muestra crítico con la articulación del concurso en torno al principio de la *par conditio creditorum* y propone una reformulación del mismo sobre la base de la regla de la proporcionalidad, sin embargo reconoce que la regla de la proporcionalidad sólo tiene efecto entre acreedores ordinarios y aún así, que la proliferación de distintas formas de preferencia hace ilusorio también el principio de la proporcionalidad.

En la doctrina alemana se habla gráficamente del agujeramiento del principio de paridad de trato de los acreedores concursales.

Sin duda, las excepciones van minando las bases del principio de la paridad.

Como respuesta a este planteo, se advierte otra tendencia legislativa como la del proyecto uruguayo de ley concursal –2006- que tiende a ampliar el elenco de créditos concursales incluyendo a los créditos laborales que se topean en sus montos y que tradicionalmente gozaban de una llamada superpreferencia y eran extraconcursoales.

Los privilegios son los grandes afectados por esta sensibilidad doctrinaria hacia la ineficacia del concurso para redistribuir las pérdidas, es a ellos a los que se los hace responsables del fracaso del sistema concursal.

En una nueva concepción del principio se tiende a una drástica poda de privilegios a fin de instaurar de modo efectivo el principio de trato igualitario.

La compleja trama de preferencias y privilegios del derecho concursal, consolidados a lo largo de la historia evidencia criterios heterogéneos para su consagración.

En la actualidad, se destaca el valor positivo de la equiparación de los créditos resultante de la reordenación legal de los privilegios en los ordenamientos más modernos.

Es indudable, que los privilegios han de someterse a una necesaria revisión, lo que no significa que todos los privilegios detraen injustificadamente valor a los acreedores ordinarios, afectados por ellos.

Integra el concepto de privilegio en sentido amplio la preferencia que resulta de los derechos reales de garantía, si bien se contrapone el privilegio como valor intrínseco, al carácter extrínseco en el sentido de añadido de las garantías.

Dado que el valor relativo de los créditos, depende del valor de los mismos con anterioridad al concurso la graduación de los privilegios en el concurso no puede desconocer la graduación extraconcursoal.

El exceso de privilegios que existe en la mayoría del derecho comparado concursal nos lleva a proponer su moderación, sobre la base de eliminar aquellos cuyo mantenimiento no se justifica.

¿EL PRINCIPIO DE LA PAR CONDITIO CREDITORUM ES UNA FICCIÓN O ES UNA REALIDAD?

Esta interrogante es planteada en la doctrina española por Nuria Bermejo Gutiérrez.

El modelo distributivo del concurso es sin duda formal, en la medida que es ajeno a la realidad del crédito.

La comprensión de la quiebra como accidente o desgracia común se encuentra presente en la doctrina clásica.

Los datos de la realidad demuestran el distinto valor de los créditos según el riesgo contratado por las partes que los acreedores pueden anticipar. Deudor y acreedor pueden realizar los ajustes que estimen necesario entre riesgo del crédito y rentabilidad del mismo.

El crédito se concibe desde esta óptica, entonces en términos prospectivos y no retrospectivos como se hace en el paradigma tradicional del concurso.

La noción retrospectiva de los problemas por contraposición a la de comprensión prospectiva ya la consideraba el español Paz Ares.

Tal anticipación es posible, si el riesgo de insolvencia se concibe como un riesgo diversificable y asistemático y, en consecuencia, susceptible de previsión salvo en el caso de los acreedores involuntarios de los que recientemente nos habló el Profesor Angel Rojo en conferencia pronunciada en la Universidad de Rosario de la República Argentina en septiembre del 2006, quienes se vuelven acreedores por razones ajenas a su voluntad como son todos los adeudos originados en una relación extra contractual.

El concurso trata la insolvencia del deudor como un hecho consumado y no como un riesgo previsible y asegurable por los operadores.

Desde este enfoque, el principio de paridad en el tratamiento de los acreedores resulta contradictorio con los ajustes realizados por las partes en previsión de tal eventualidad y con la eficacia de las garantías, no parece justo ni eficiente igualar la consideración de los créditos en sede concursal sin atender a la rentabilidad de los mismos o al interés de los acreedores en asegurarlos.

Cuando el concurso altera el valor contratado por determinados acreedores para transferirlos a otros a los que se considera más necesitado de protección por ejemplo: los acreedores ordinarios, lo que hace es expropiar valor. Las consecuencias de tal expropiación son negativas: habrá proyectos que no se realizarán al no disponer de las inversiones precisas para su financiación, esta inhibición de inversiones se explica por el temor de los acreedores a que la eficacia de su garantía se vea desvirtuada para atender otros intereses, todo lo cual lleva a sostener que el concurso no puede ser utilizado como un instrumento de redistribución de valor entre los acreedores, dado que si el riesgo de los

créditos se determina fuera del concurso, éste debe limitarse a reconocer el valor relativo de cada uno de ellos en función del riesgo asumido.

La colectivización de las pérdidas y el principio de la *par conditio creditorum* pierde entonces su razón de ser.

En suma, el proceso concursal se visualiza como el instrumento por el cual el derecho material da solución a un problema estrictamente económico, el reparto de la escasez o la distribución del riesgo acumulado por el empresario quebrado.

En definitiva, la idea de igualdad de tratamiento sólo tendría sentido si todos fueran iguales, indiferentes al riesgo de insolvencia, lo que es una ficción en la realidad negocial.

Solamente, la ausencia de una diferencia de valor entre los acreedores concursales puede justificar la existencia del principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores.

Existe un conflicto a resolver entre la eficacia de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre los particulares con anterioridad al concurso y la *par conditio creditorum*, que es una regla *ex post facto*, a favor de la preponderancia de uno u otro se ha manifestado la doctrina en sede concursal.

La redefinición del valor de los créditos en el concurso en base al principio paritario resulta contradictorio con los ajustes realizados por las partes en previsión de tal posibilidad y la propia eficacia de las garantías, lo cual pone en tela de juicio el centro neurálgico del concurso.

En tal sentido, la doctrina norteamericana, señala que el principio de paridad termina agotando la eficacia de las garantías.

La igualdad en el tratamiento de los acreedores queda reducida así a una regla residual entre créditos homogéneos.

Siguiendo la tendencia firme del derecho comparado, en nuestro entender se debe reducir los privilegios al mínimo posible, como excepciones al principio de paridad, modelo del paradigma redistributivo del concurso como fórmula de colectivizar las pérdidas entre todos los sujetos que conforman la colectividad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Por lo que les pedì los fideicomisos

Broseta R.D.B.B 14-1984.

Bisbal-R.D.M.214 –1994.

J..Garrigues –Derecho de las quiebras y las suspensiones de pago.

Westen Harv. L.rev v.95-1982.

Garrido- Preferenza pagina70y sig.

Rojo-Fernandez Rio –Enciclopedia Básica tomo 4.

Bermejo Gutierrez .Nuri- Créditos y Quiebra.

Dasso Ariel.- Concursos preventivos y quiebras.

Mafia O.J. Temas y variaciones sobre la ya famosa categorización-L.L 1996 . pag. 1425

Mezzera Alvarez .Curso de Derecho Mercantil tomo 5.

Bacchi Adriana-El principio par conditio creditorum ante situaciones que ponen en peligro la vida de un acreedor concordatario .Revista de derecho –Universidad Católica del Uruguay.