

Comunicación para el 2DO. CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, el cual se verificará del 8 al 10 de noviembre del año en curso en la Ciudad de Mérida, Yucatán, República de México.

PRESUPUESTOS Y PRINCIPIOS CONCURSALES: UN INTENTO DE APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE “INTERÉS CONCURSAL”.

Por: Marcelo Gustavo Barreiro. (Argentina)

I.- Introducción.-

Dijimos en reiterados trabajos y en nuestra comunicación al Primer Congreso - sin ninguna pretensión de originalidad - que el derecho de la insolvencia se encuentra abocado (en nuestro país y en el mundo) a la definición de nuevos paradigmas.¹

Ahora bien mas allá de su mutación permanente el Derecho Concursal sigue siendo un instrumento valido para superar las situaciones de crisis que el sistema económico imperante acarrea permanentemente a los actores que en el intervienen, y siguen siendo también, hoy - transformados o *aggiornados* –, absolutamente validos los principios que lo rigen.²

Cámara nos recuerda³ que en armonía con el carácter especial que posee, como enseñaba Provinciali, el Derecho Concursal atiende “al interés publico por su destino para la represión de la insolvencia cuando esta se revela, deroga a los otros derechos especiales (el subrayado es nuestro), eliminando su aplicación a todas aquellas situaciones en que normalmente seria aplicable”.

¹ Las exposiciones de los Dres. Rouillón y Roitman en el reciente VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, organizado por la Universidad Nacional de Rosario, del 26 al 29 de septiembre de 2006, Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina, fueron coincidentes sobre el punto. Prueba de ello es que en la Argentina, y ello es aplicable en buena parte de nuestros países, tenemos hoy en análisis la posibilidad de plantear concursos (entendiendo a este término como comprensivo de toda solución concursal preventiva) que no pretendan atender a todo el universo pasivo, una permanente reformulación del concepto de la *par condicio*, la incorporación de mecanismos que permiten al juez imponer acuerdos concursales que no alcanzan las mayorías de ley, la posibilidad de plantear opciones de conservación de la empresa sin acuerdo homologado y sin quiebra (como el art. 48 LCQ), la determinación de procesos que tramitan en jurisdicción administrativa (no judicial), la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflicto para solucionar los conflictos derivados de la insolvencia, la consagración de mecanismos rehabilitatorios abrevados mezcla de contrato y proceso concursal (como el A.P.E. con su pléyade de efectos concursales de la legislación Argentina), con la posibilidad de excluir de la facultad votar a algunos acreedores que pretendan ejercer abusivamente tal derecho (por complacencia o por hostilidad) aun sin expresa previsión legal, etc.

² La universalidad, la concursalidad, el principio paritario (quizás bajo la forma de la no discriminación), etc.

³ “EL CONCURSO PREVENTIVO Y LA QUIEBRA”, Héctor Cámara. Primera Edición. Edit Depalma.

Ese Derecho Concursal, en tanto disciplina jurídica destinada a estudiar el fenómeno de la cesación de pagos, y los caminos de su prevención y superación, constituye un sistema jurídico con características propias y fines específicos. Su nacimiento tiene origen en la insuficiencia que los modos de resolución de los conflictos individuales poseen, en todos los sistemas jurídicos, para afrontar el impago generalizado. El mecanismo darwiniano de que el primero en el tiempo es el mejor en el derecho hace agua por los cuatro costados en la situación de crisis o insolvencia generalizada, en donde aquel solo llevaría a lo que los colegas del Perú denominan la “solución bufete”, en la que los primeros que llegan a sentarse a la mesa del deudor comerán (toda o parte de su deuda), y los menos avezados, los no avisados o, directamente, los mas pacientes estarán condenados a recibir migajas.

El Derecho de la Insolvencia nace como reacción a la ley del más fuerte que importa dejar librado a los arbitrios individuales de cada acreedor la posibilidad de cobro ante la crisis generalizada de un sujeto deudor importa.⁴ Este verdadero sistema jurídico es una reacción (otrora de los comerciantes, luego estatal) tendiente a la preservación de la paz social mediante un sistema equilibrado y razonable de distribución de las pérdidas que toda situación de insolvencia genera, ante la inexorabilidad de estas.

Este derecho fue signado durante su desarrollo a lo largo del tiempo por diversos principios que determinaron su contenido⁵ y su aplicación. Sus primeros siglos de aplicación estuvieron caracterizados por una defensa a ultranza del derecho de los acreedores (interés de los acreedores), lo que derivó en el desarrollo del principio paritario (*pars condicio creditorum*).

Luego (como señala Rouillon), comenzó a pensarse en la necesidad de defender los intereses del deudor, apareciendo las soluciones rehabilitatorias en paralelo a las liquidatorias (interés del deudor) buscándose salvaguardar su integridad patrimonial.

La irrupción del concepto de empresa y su notable desarrollo durante buena parte del siglo XX, con su carga de significación para el desarrollo y la protección del empleo, su participación en la recaudación fiscal mediante el pago de tributos, y la condición indudable de polea transmisora del desarrollo económico con una evidente significación social derivaron en el desarrollo del principio de conservación de la empresa, como un intento superador del interés de los acreedores y del interés del deudor en este conflicto plurisubjetivo originado en el *estado de crisis*.

⁴ Que nos colocara en la situación del dilema del prisionero en el que dos sospechosos detenidos y aislados, en busca de su salvación personal terminaran acusándose mutuamente, y obteniendo la peor suerte.

⁵ Que Rouillon, Adolfo, en desarrollo cuya lectura recomendamos, denomina “Principios rectores de la legislación concursal”, “Regimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522”, Edit. Astrea, pag. 37, año 2006.

Esta es, según la doctrina, la última de las estaciones del desarrollo de esta disciplina jurídica la que, obviamente, se encuentra en crisis como la propia disciplina en la búsqueda de definición de sus nuevos paradigmas de la que hemos hablado.

Este desarrollo nos muestra a las claras que el Derecho Concursal se encuentra imbuido de un interés propio (determinado por sus fines), de carácter público, con pretensión claramente superadora de la suma de los intereses individuales en juego (el del deudor, el de los acreedores, el de los terceros afectados: trabajadores, etc.) al que hemos denominaremos interés concursal.

El presente es un intento – imperfecto y seguramente fallido – de aproximación a este en el actual desarrollo del Derecho de la Insolvencia.

II.- El derecho concursal como sistema jurídico.

El derecho (en tanto conjunto de normas vigentes) es, en sí mismo, un sistema jurídico, o al menos tiene pretensión de serlo, en tanto es su aspiración contemplar la integralidad de los supuestos fácticos que pueden plantearse. Claro que ello resulta una hipótesis teórica inalcanzable en la realidad, una intención deseable pero de imposible consecución. No existe posibilidad de que el derecho (el concursal o cualquier otro) contemple absolutamente todas las situaciones que la conducta humana puede generar, aun cuando pecara de un casuismo agobiante.⁶

De allí que el derecho, en tanto sistema, necesita de la existencia de principios que permitan la integración de las lagunas que pudieran existir⁷, así como posibilitar la armonización de las normas o los bienes jurídicos tutelados cuando entran en conflicto.

La remisión a criterios de interpretación (como el del referido art. 16 Cód. Civil) que están más allá de la norma escrita, nos colocan frente a la existencia de un sistema jurídico.⁸ Estos principios son una suerte de generalizaciones de ideas

⁶ El Derecho pretendiendo remedar y prever exactamente toda la realidad humana circundante se asemeja a aquella obra de Jorge Luis Borges ("Magias parciales del Quijote", en Otras inquisiciones, Emece, 1975, 7 ma. ed.), en donde se encarga un mapa de Inglaterra perfecto que abarca toda Inglaterra y que no deja de contener detalle alguno, por diminuto que sea de la topografía real. Ese mapa a su vez debe contener el propio mapa, y así hasta el infinito. Agradezco al Dr. E. Daniel Truffat que me permitió ubicar mi difuso recuerdo sobre la cita dentro de la obra de Borges.

⁷ A ello se refiere el 16 del Código Civil Argentino cuando permite recurrir a los Principios Generales del Derecho como fuente de este, al sostener: "*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de las leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*".

⁸ Ver CARNELUTTI, Francisco, "SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL", Tomo I, Pág. 127 y sigs., Ediciones Uteha, Buenos Aires año 1944.

fuerza⁹, que remiten a la idea de un derecho superior (en una visión teológica o naturalista), o de un conjunto de valores morales que son el ideal a alcanzar (para quienes no existe un derecho más allá del derecho positivo vigente).

Los hombres y mujeres de derecho de mi generación fuimos formados en la idea de que el Derecho Concursal era un derecho autosuficiente, autónomo (universo cerrado e inexpugnable, casi un compartimiento estanco), hipótesis de estudio ésta que ya ha sido superada en el criterio académico¹⁰ por, entre otras cosas, contrariar una sana hermenéutica.¹¹

Sin perjuicio de ello, la cesación de pagos¹² igualmente hace aparecer un sistema jurídico: El derecho concursal, que regula a través de diversos procedimientos la forma de superar el estado de insolvencia. Por ello, ante esa situación de crisis: “aplíquese el Derecho Concursal como forma de conversión de los sistemas de derecho común, alterando las relaciones bilaterales e intentando un sistema de relaciones de organización y justicia distributiva, imponiendo la apertura de un juicio de concurrencia obligatoria por todos los vinculados al deudor en crisis”.¹³

Este derecho es un sistema jurídico autónomo pues amén de sus normas positivas está regulado por principios generales de inveterada aplicación que sirven (heterónomamente) para integrarlo, para armonizarlo y, porque no, para definirlo.

Guastavino nos dice que "Por sistema jurídico se entiende la clase de ordenamiento que contiene la solución de los casos de su materia en una totalidad normativa, constituyendo ésta una entidad orgánica autosuficiente, con capacidad de expansión para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama de modo coherente".¹⁴

⁹ Que derivan del derecho natural para quienes postulan su existencia (en definitiva de Dios), o de los valores que rigen a la comunidad, que derivan de las declaraciones y principios contenidos en sus cartas magnas o, aun, que vienen transfiriéndose de generación en generación desde los primeros tiempos del derecho a través del desarrollo de la civilización occidental judeo -cristiana.

¹⁰ lo que la Corte Suprema ha descalificado en innumerables ocasiones (Fallos: 303:278, 696, 1041; 304:1181; 307:518; 311:1614, 1833, 2091, 312:193, 295, 1461, 1604, 1849; entre muchos otros).

¹¹ Este es otro de los paradigmas aparentemente inmodificables que han mutado en los últimos veinte años, el derecho concursal, como todo derecho, forma parte de un todo cual es el plexo normativo nacional (e internacional en tanto y en cuanto los tratados a los que nuestro país adhiere son derecho interno) que empieza en la propia Constitución Nacional.

¹² O la insolvencia, el estado generalizado de crisis, las graves y permanentes dificultades económico – financieras, o como quiera que querramos denominar el fenómeno empírico que deriva en la necesidad de regular un derecho excepcional de emergencia que busque superar sus consecuencias mediante la realización de procesos de carácter colectivo.

¹³ Ver Richard, Efraín, comunicación a la Universidad Javeriana de Cali, Colombia, *infra citada*.

¹⁴ ELIAS P., LA LEY T. 138 Sec. doctrina T. 138 p. 1.035 "Sistema y axiología del Derecho Civil".

Obvio es decirlo que esta posibilidad ya no importa la pretensión de desconocer que este sistema concursal integra, inexorablemente, otro más amplio: el sistema jurídico general del que forma parte y al que reporta.

III.- ¿Existe un interés concursal? Comparación con el interés social del sistema de Derecho Societario:

Todo sistema jurídico (y dijimos que el concursal lo es) busca resguardar un interés propio que le da su razón de ser, y condiciona las soluciones jurídicas que en los casos concretos deben darse en función de su aplicación. Ya hemos visto en I como el Derecho Concursal ha estado signado desde su aparición por un interés o principio rector (que hemos denominado interés concursal), y como ha mutado este.

Un sistema jurídico conexo al Concursal, el Societario nos marca el camino. En dicha materia, la cuestión del interés social ha resultado uno de los más importantes, tratados, debatidos y controvertidos de la problemática societaria moderna, tanto por la dificultad para determinarlo y delimitar su concepto, cuanto por la significación que el mismo posee como fuente de resolución de la problemática social.

El debate sobre el alcance o contenido del concepto ha sido largo. Para las teorías institucionalistas europeas el interés social es algo más que el interés de los socios, tal concepto remite a un interés superior que al entrar en conflicto con el de los socios debe primar. Casi se entiende que existe un interés de la propia sociedad y del Estado que al entrar en conflicto con el de los socios debe primar.¹⁵

Para las teorías contractualistas este interés no es otro que el que expresan colectivamente los socios mediante los medios orgánicos previstos en la ley. Así, la doctrina refiere “que el socio busca en la sociedad la satisfacción de intereses personales, pero la consecución de estos intereses tiene como cauce la realización del interés social configurado como interés común a todos los accionistas, puesto que la existencia de un fin común resultante de la unificación de los intereses de los socios es la esencia y el fundamento de la sociedad. El socio que persigue la obtención de un lucro no puede conseguirlo dentro de la estructura societaria sino a través de la realización del interés social común de los accionistas”.¹⁶

¹⁵ Sobre el interés social ver el trabajo de Verly, Hernán, “Interés social ¿interés mayoritario?”, publicado en *Jurisprudencia Argentina* 15/2/1995.

¹⁶ Garrigues J. y Una, R., “Comentario a la ley de sociedades anónimas”, Madrid, 1976, t. 1, p. 658.

Halperín sostenía que "la noción de interés es objetiva (no psicológica) y se lo apreciará en concreto", y es el resultado de las decisiones de los socios, de la buena fe en la ejecución del contrato social, de la buena fe en la actuación de los integrantes de los órganos para cumplir el objeto social.¹⁷

Dentro del esquema societario el interés social es superior al interés individual de los accionistas, de tal modo que este último no puede contradecir aquél. El interés mayoritario, aún cuando es susceptible de definir la voluntad social en mérito al principio de la mayoría, no deja de ser un interés individual¹⁸ sólo reconciliable con el interés social en la medida que contemple, al menos, el interés que el resto de los accionistas tiene en común con esa mayoría.¹⁹

En definitiva aún para los sostenedores del contractualismo extremo la voluntad mayoritaria (principio que rige el sistema societario y al que todos los socios se someten) no necesariamente importa resguardar el interés social, pues aquella no deja de ser la expresión de una voluntad individual. La protección del interés minoritario es, claramente, uno de los objetivos del derecho societario, así como la consecución del objeto social (que es el básico y basilar).

Creemos que existen o pueden existir pautas superiores que hagan del interés social algo más que el interés de los socios, aunque sean todos. La ley societaria protege también a los terceros y, porque no, a la propia sociedad de sus socios o administradores actuando indebidamente.

Encontramos en el régimen jurídico de las sociedades, por ejemplo, que el derecho de voto del socio es uno de los esenciales. La participación del socio con voz y voto en la toma de decisiones sociales hace al corazón mismo de la sociedad moderna. Siendo ello así, ¿es este derecho absoluto? No, existen circunstancias en las que el socio – o el director - deben abstenerse de participar en la toma de decisiones (vgr.: por la existencia del interés contrario (art. 248 y 272 LS).

¹⁷ Halperín, Isaac, "Sociedades anónimas", Ed. Depalma, Bs. As., 1974, p. 182, citado por Verly en el mencionado trabajo.

¹⁸ Sabido es que "El funcionamiento de la sociedad y, en particular, sus resoluciones sociales, no pueden quedar supeditados, condicionados o limitados a las vicisitudes que afectan a sus socios". (Publicado: SJA 21/12/2005. SJA 21/12/2005, síntesis. JA 2005-IV-síntesis. Citar Lexis N° 1/77881). Cám. Nac. Com., sala B, 05/02/2004, "Errecart, Susana L. v. La Gran Largada S.A. y otros".

¹⁹ Schmidt, Dominique, "Les droits de la minorité dans la société anonyme", Librairie Sirey, París, 1970, citado por Verly en el trabajo antes mencionado, que hemos seguido en el presente capítulo.

Y ello era así aun antes de la vigencia de la ley 19.550 sin norma expresa que lo previera²⁰, arribándose a tal solución recurriendo a los preceptos generales sobre causa lícita, buenas costumbres y orden público (arts. 21, 502, 953 y 1104 Código Civil).²¹ La propia exposición de motivos de la ley 19.550 refirió que la incorporación del art. 248 obedecía a dar una solución legal conforme regulación generalmente aceptada por la mejor doctrina.

Pues bien, en nuestro criterio el sistema jurídico concursal también está dirigido a la tutela de un interés propio, que excede el propio interés de los múltiples sujetos en juego dentro de los procesos judiciales que lo ponen en acto, legalmente protegido y al que deberá remitirse el magistrado interviniente cada vez que deba resolver una cuestión no prevista (integración), o deba dirimir situaciones de normas en conflicto (armonización).

IV.- ¿Cuál es el interés que resguarda la ley concursal?

Partiendo de la base de que hemos sostenido hasta aquí acerca de que un interés propio de la normativa falimentaria existe, nos queda ahora intentar una aproximación al mismo.²²

La ley 24.522 nos otorga, a mi criterio, pautas para intentar definir qué es lo que importa a los fines de poder determinar cuál es el interés o intereses cuya defensa propugna.

En dos normas de la ley concursal (así como en el debate del que surgió su sanción), podemos encontrar elementos para determinar cuáles son los intereses o finalidades que el Tribunal (en ejercicio de las amplias facultades previstas en el art. 274 LCQ) debe considerar a los efectos de tomar resoluciones dentro del marco de los procesos concursales.²³

La primera de ellas, la encontramos en el último párrafo del art. 16 LCQ (cuando la ley, dentro del marco del régimen de actos jurídicos del sujeto concursado, fija las

²⁰ Según de ello nos da cuenta Ordriozola, Carlos S. en “Conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias”, J.A. Doctrina, serie contemporánea, 1973, pág. 249. El maestro Halperín citado allí por dicho autor (“Manual de Sociedades Anónimas”, pág. 3211), establecía claramente analizando el régimen preexistente a la ley 19.550, que el accionista no debía emitir su voto cuanto tuviera intereses encontrados con el interés social, “aunque la ley calle sobre el punto”.

²¹ Ello, sin perjuicio de que algún autor como Francisco Garo se pronunciaba contra tal posibilidad, casualmente, por no existir una prohibición legal expresa (“Sociedades Anónimas”, Tomo “”, pág. 36).

²² Ya un viejo plenario del fuero Nacional en lo Comercial Sabido es que el proceso concursal refería que los procesos concursales “no están instituidos en exclusivo beneficio del deudor, sino también de los acreedores y del comercio en general, y todos esos intereses reciben amparo legal, porque también resultan afectados con el procedimiento” (Conforme Cámara Nacional de Comercio, en pleno, *in re* “VILA, JOSE M.” Del 3/2/65 – obiter in re-; cfr. Argeri, Saúl, “La quiebra...”, ed. Platense, 1972, -t. 1, p. 189 y ss.).

²³

pautas obligatorias que el Juez debe considerar para evaluar si permite o no un acto de los sujetos a autorización). Allí nos dice la ley:

“La autorización se tramita con audiencia del síndico y del comité de acreedores; para su otorgamiento el juez ha de ponderar la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores”.

La restante norma es la previsión del artículo 159²⁴

“En las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general”.

Encontramos allí una enumeración inorgánica y desordenada de los principios rectores a los que la ley concursal argentina reporta y que son los que debe tener en cuenta el Tribunal interviniente ante cada hipótesis de necesaria integración o armonización normativa para resolver.

Es decir, en nuestro criterio el Interés Concursal se sintetiza en una serie de finalidades y pautas que persiguen los procesos concursales y a los que el Juez debe atender (preservar)²⁵, que son:

a.- La continuación de la actividad del concursado (entendido esto a través del mismo “empresario” o no, según las circunstancias).

b.- La protección de los intereses de los acreedores (lo que atiende a las circunstancias del caso concreto planteado en cada uno de los procesos).

c.- La debida protección del crédito (en sentido genérico, como institución tutelada por el derecho mercantil y necesario para la evolución económica de la sociedad).

d.- La integridad del patrimonio del deudor y de su empresa.

²⁴ Si bien la misma se encuentra ubicada dentro del régimen de los efectos de la quiebra sobre ciertas relaciones jurídicas particulares, el suscripto entiende que fija pautas genéricas de apreciación para resolver cualquier cuestión sometida a consideración del Tribunal concursal interviniente (así lo he sostenido, dentro del tratamiento de otras temáticas, en por ejemplo: “ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL ¿El infierno tan temido?”, en “Perspectivas actuales del Derecho Concursal”, número especial, Suplemento de Jurisprudencia Argentina nro. 203 - IV, fascículo nro. 11, Lexis Nexis, pág. 27, del 10 de diciembre de 2003).

²⁵ A los que Rouillón, Adolfo (“Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522”, 11ra. Edición, Edit. Astrea, pág. 244) denomina “principios inspiradores de la legislación concursal”.

e.- El estado del concurso y el interés general (debiendo entender éste el de los afectados por el proceso concursal, así como el de la comunidad toda, involucrado inexorablemente en todo proceso de esta naturaleza en cuanto la afectación al crédito, el disvalor que importa para toda sociedad la crisis de cualquier emprendimiento productivo, la puesta en riesgo de puestos de trabajo, el cese del pago de tributos, y la pérdida de activo o la reducción de su valor).

Y, el artículo 159 LCQ nos indica, clara y expresamente, que para ello el Juez debe recurrir en primer lugar, cuando las normas de la propia ley concursal no dan la solución, a las de las que son *análogas*, lo que no es otra cosa que una reexpresión de lo dispuesto por el art. 16 del Código Civil,²⁶ lo que nos habla a las claras de que en la aplicación de la norma concursal nos encontramos frente a un verdadero sistema jurídico.

Ahora bien, las pautas o principios referidos, tutelados en principio en todo sistema jurídico concursal pueden encontrarse, de hecho así sucede muchas veces, en conflicto dentro de un mismo proceso.

Por lo demás, las diversas legislaciones concursales que pasaron de la quiebra como único sistema de solución del conflicto de la insolvencia, a una cada vez más acendrada y extendida cultura de la búsqueda de las soluciones “preventivas” antes que las liquidativas, nos van marcando el camino hacia el marco de una conceptualización del interés concursal en su desarrollo durante el último siglo.

V.- El interés concursal hoy: Un intento de aproximación.:

1.- Los grandes ejes de toda legislación concursal moderna (que resultan una síntesis de las pautas enumeradas en el punto anterior son hoy: a) el principio de conservación de la empresa, b) el derecho de los acreedores, c) la protección de los trabajadores²⁷, d) la tutela del crédito.²⁸

No existe, y esto debe quedar claro, sistema concursal en el mundo que pueda atender en plenitud a estos ejes. El concurso es, siguiendo la metáfora futbolística, una “manta corta” que cuando tapa la cabeza destapa los pies y viceversa. No existe posibilidad de resolver íntegramente en plenitud y a satisfacción la totalidad de los intereses en juego pues los procesos concursales reparten escaseces, aun

²⁶ En este marco resulta útil la referencia realizada respecto de la legislación societaria.

²⁷ Prueba de este interés es, en parte, la reciente reforma concursal en la República Argentina (ley 26.086). Otros países (como Alemania) protegen a los acreedores laborales mediante un sistema de aseguramiento en paralelo de sus acreencias que no pasan, en general, a través del proceso concursal.

²⁸ La ley concursal peruana en su artículo 1, expresamente refiere que “*El objetivo del Sistema Concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa*”. La ley mexicana refiere que en la conciliación (proceso preventivo) la finalidad es la conservación de la empresa del Comerciante, mientras que en la liquidación la finalidad es el pago a los acreedores.

cuando existan diversas normas dentro de toda ley falimentaria que atiendan a alguno de dichos “principios orientadores”.

El interés concursal, por lo demás, es tal en función del sistema legal vigente que lo define a través del contenido de sus normas y de lo que la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia digan de ellas.

Aun hoy, en donde la matriz de prevención sobre liquidación y conservación de la empresa esta inscrita en toda legislación moderna - incluso la nuestra -, el interés concursal puede sufrir alteraciones inclinándose más hacia alguno de los ejes en función de las circunstancias que la realidad impone.

Generalmente, las épocas de bonanza inclinarán más el fiel de la balanza hacia los derechos creditorios y las de crisis a la conservación de la empresa y el empleo.

Como nos refiere Rouillon²⁹ el Derecho Concursal es una clara pretensión de definir aplicar justicia distributiva por la imposibilidad de encontrar soluciones ante el impago generalizado mediante la aplicación de la justicia conmutativa.

En definitiva, reiteramos, creemos que existe un interés concursal³⁰ superior al de todos los intervinientes en el proceso en el que los principios concursales se ponen en acto, que está dado por aquellas pautas o paradigmas ya referidos en base a los cuales el Tribunal, con plena convicción y prudencia, deberá resolver.

2.- Ahora bien, ¿Cuál debería ser en nuestro criterio el eje básico y definitorio del interés concursal en el actual estadio del desarrollo del Derecho Concursal?

Creemos que el principio de conservación de la empresa sigue siendo hoy un elemento condicionante en el intento de aproximarse a definir el interés concursal, pero no en el carácter de “objetivo único de la concursalidad”, como fue durante buena parte la segunda mitad del siglo XX.³¹

Hoy los ejes o principios inspiradores referidos en el primer párrafo del punto 1 del presente constituyen hoy un entramado complejo que debe intentar complementarse en el caso concreto, estableciéndose en cada caso concreto la

²⁹ Obra citada pag. 39.

³⁰ Este interés concursal superior está contenido, como fundamento entre otros, por ejemplo en el fallo recaído en los autos “Medic World Mandatary SA s/Conc. Prev.”, donde mediante la invocación que el Tribunal hace de la ley de Defensa de la Competencia y existiendo, a criterio del mismo, acreditada posición dominante de ciertos acreedores frente al concursado, se hace lugar a una solicitud de la deudora decretándose una cautelar a los fines de obligar a dichos acreedores a continuar la entrega de mercaderías con pago al contado. (La resolución es de la CNCom., Sala D; de fecha 11 de noviembre de 2001; ED 196-541, con comentario de los Dres. Gustavo Naveira y E. Daniel Truffat).

³¹ Como lo refiere Rouillon, obra citada, pag. 39 en una tendencia hacia un “conservacionismo extremo”.

primacía de uno u otro según el momento procesal en el que el proceso respectivo se encuentre.

Comentando la nueva ley española Emilio González Bilbao³² dice que dicha legislación habla a veces del interés del concurso y otras veces de intereses concurrentes, en donde “El primero se determina por el objetivo que preside cada fase del concurso, según se trate de fase común, de convenio o de liquidación. El segundo exige contemplar los intereses presentes y dignos de tutela en atención a la situación empresarial del deudor y seguir la priorización que ordena la Ley Concursal al respecto”.

Dicha distinción nos parece razonable, útil y aplicable también en nuestra legislación. El interés del concurso se definirá según el principio rector que rijan la fase del concurso de que se trate, y los intereses concurrentes serán definidos y sintetizados, a falta de una norma expresa, por el interés concursal.

En el estadio actual del desarrollo de la cuestión en nuestro criterio este sí bien debe ser una síntesis de los cuatro principios rectores ya referidos, está signado, primordialmente por el principio de conservación de la empresa³³, siempre y cuando esta sea económicamente viable y socialmente útil.³⁴

³² “Identificación de los intereses tutelados en la nueva Ley Concursal”, Id. vLex: VLEX-IL359, Revista de Derecho vLex - Número 15 Marzo de 2004.

³³ Alegría, Héctor, “La empresa como valor y el sistema jurídico”, Diario Judicial La Ley del 18 de julio de 2006. Pág. 1 y Sgto., sostiene que: “La empresa ocupa hoy un lugar central en el desarrollo de las distintas comunidades, del Estado y de los estamentos de la sociedad. Desde ese punto de vista ya no puede verse sólo como una emanación de la personalidad de un individuo (empresario) sino que también es el centro de generación, de potenciación y, en alguna proporción, de medios para el desarrollo individual y colectivo. Hemos comprendido hoy – pues- que la empresa no es sólo una propiedad o una fuente de renta. Es asimismo un centro de optimización de los recursos, una fuente de riqueza social y un eslabón imprescindible en la cadena de los valores plurales de la sociedad en su conjunto y de los grupos e individuos que la componen. Por eso y con razón se habla de la dimensión social, ética y económica de la empresa. También aprendimos – por tanto- que la empresa no es sólo una unidad de producción desde el punto de vista económico ni es sólo un fenómeno jurídico. Es al mismo tiempo un factor de desarrollo social, de consolidación del Estado como unidad transpersonal y de solidaridad. El valor empresa tiene otras dimensiones, como lo son sus costados sociales, políticos, económicos, que ameritan la estimación de la empresa en la vida de la comunidad y requerirán que el derecho considere específicamente ese valor comunitario emergente de la empresa en su conjunto. Cuando se toman decisiones legislativas referidas, por ejemplo, a la llamada “conservación de la empresa” (que Lorenzetti reformula entre nosotros como su “transformación dinámica”) no se atiende sólo a la conservación de un valor llave (que quizá no existe, al menos para el anterior titular) sino, además, como actividad útil para la sociedad desde aquellos diversos ángulos (como decíamos en la Exposición de Motivos de la Ley 19.551 – Adla, XXVII-B, 1677-).”

³⁴ En este sentido cabe concluir en que no es lo mismo la calidad de deudor en función del principio de conservación de la empresa ya mencionado (Truffat, E. Daniel, "Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo", ED.198-761) que la que ostentara el aquí concursado cuya actividad individual, a título de intermediario en el crédito y al margen del control de la autoridad monetaria, ha quedado demostrada. Este fue uno de los argumentos que llevo a rechazar la homologación del acuerdo en "Bezruk, Manuel s/ concurso preventivo" - Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro (Buenos Aires) - SALA II - 17/03/2005 .

El propio Richard (tan crítico de los malos administradores y malos empresarios) dice: “¿Cuál es el fundamento de la conversión de las relaciones individuales, impidiendo su ejercicio? ¿Cuál es el bien jurídico tutelado? Dentro de diversas opiniones se suele converger en el de la “conservación de la empresa”, como forma de mantener la actividad productiva –depredada en la década del 90-, conservar el empleo por su interés público”.

Nutridos ejemplos existen en la ley argentina de la recepción de este eje conservatorio en la ley actualmente vigente ³⁵ (lo que acaece también en otras legislaciones): el Cramdown power (art. 52.2), el Salvataje (art. 48)³⁶; la Continuación empresa en marcha (art. 189 y sgtes.), la posibilidad de continuar la actividad mediante la Cooperativa de trabajadores (art. 190), etc.

Por lo demás numerosas son la experiencias en el mundo tendientes a encontrar una salida basada en el principio de conservación de la empresa, en muchos casos con intervención de los propios Estados(caso VARIG, Lloyd Aereo Boliviano, movimiento de empresas recuperadas en Argentina, sistemas de expropiación, leyes especiales como el fideicomiso de administración de entidades deportivas argentino, etc.).³⁷ y ³⁸.

³⁵ “...2. Si el acuerdo preventivo lleva inexorablemente a la liquidación de la deudora, no debe ser homologado pues su finalidad es precisamente la contraria, la continuación de la empresa -Con nota de Adolfo A. N. Rouillon-...9. Cuando se habla de conservar la empresa, se está mentando algo más que la conservación de los bienes materiales; pues empresa involucra un concepto dinámico que contiene numerosos elementos Del dictamen del fiscal de Cámara”. -Con nota de Adolfo A. N. Rouillon-. (Publicado: JA 1982-IV-349/366 - Citar Lexis N° 2/49650). C. Nac. Com., sala E - Fecha: 15/04/1982 - Partes: Silos y Elevadores S.A., conc.

³⁶ Sobre el particular ver la fecunda obra del Dr. Dasso, Ariel, entre otros: “Cramdown. La transferencia forzosa de la empresa insolvente. Proyecto de reformas a la ley de concursos y quiebras”, LL, 1994-E-1227; “Naturaleza jurídica del cramdown. Su condicio juris: la mejor oferta”, LL, 1996-E-170; “La transferencia forzosa de la participación societaria en el cramdown del art. 48 de la ley 24.522. Reformas sugeridas”, en “Derecho societario argentino e iberoamericano”, t. III, p. 125; “La condicio juris del cramdown: la sociedad concursada debe ser adjudicada no al primero que llegue, sino al que realice la mayor oferta”, en “Sociedades y concursos en el MERCOSUR”, p. 471; “Quiebras. Concurso preventivo y cramdown”, t. II, p. 49 y siguientes, entre otros.

³⁷ Principio que se encuentra presente en la mas moderna legislación concursal. En tal sentido ver sobre la nueva ley concursal española “La conservación de la empresa en la Ley Concursal aspectos laborales”, Monereo Perez, Jose Luis, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006. Sobre la ayuda estatal a empresas en crisis ver el trabajo “Comentario acerca de las ayudas publicas a empresas en crisis a raíz del Decreto Foral 26/2003 (BON de 7 de marzo de 2003), de 3 de febrero, por el que se dictan normas de adaptación de la Ley Foral 3/2000, de 22 de junio, de ayudas de salvamento, reestructuración de empresas en crisis, a las vigentes Directrices comunitarias (1999/C 288/02, de 9 de octubre)”, Isabel Candelario Macías, Mayo 2003, trabajo en que la profesora española da su critica visión a estas ayudas.

³⁸VER RIPPE, BUGALLO, LONGONE & MILLER, Instituciones de Derecho Comercial Uruguayo, p. 54. Sobre dicho principio, el propio RIPPE, “Sociedades Comerciales”, p. 17, sostiene que: “*Se recoge el principio de la conservación de la empresa para cuyos efectos se incorporan normas tendientes a preservar en lo posible la organización jurídico-económica de la sociedad comercial por sobre las vicisitudes que puedan afectar a los socios o a la sociedad misma*”. Este principio esta plasmado en la ley uruguaya de sociedades 16.060 en

La Dra. Candelario Macias sostiene algo similar al analizar la experiencia europea (aunque postulando por una auto - composición de intereses antes que por una intervención estatal):³⁹ “En el nuevo Derecho de quiebras son las partes afectadas -deudor, acreedores, trabajadores, proveedores- los principales protagonistas y por tanto, son ellos los que deben buscar la conservación de la empresa a través del desarrollo de la autonomía de la voluntad, con la menor intervención estatal: ésta debe utilizarse sólo en supuestos excepcionales y siempre de manera subsidiaria a los propios recursos privados. No queremos un Derecho administrativo económico, sino un Derecho de quiebras privado”. Aún para quienes, como la catedrática española, la conservación debe ser alcanzada por un adecuada auto composición de los intereses de todos los involucrados, ésta es la finalidad básica.

Claro está que este principio conservatorio (eje basilar y definitorio del interés concursal en nuestro criterio), ya no es el del conservacionismo extremo que rigió durante la segunda mitad del siglo XX, sino que el mismo ha evolucionado y exige para poder ser aplicado en toda su extensión que:

a) Se conserve la Empresa no necesariamente el empresario: No se requiere, inexorablemente, que la conservación se realice para el sujeto originalmente titular de la explotación.⁴⁰ Otras formas de conservación que importen la continuidad de la empresa, no ya del empresario, son posibles y, a veces, deseables.

b) La Empresa para merecer ser conservada debe ser económicamente viable y socialmente útil: requiere que la unidad productiva a conservar sea una empresa económicamente viable y socialmente útil, es decir que constituya una hipótesis de negocio cierta y destinada a la conservación y creación de empleo.⁴¹

3.- La consideración de éste principio conservatorio (moralizado, tal y como se expuso en el punto anterior) como eje básico del sistema de derecho concursal

donde se sostiene que *"La sociedad comercial se sustenta y opera en el marco de la conservación de la empresa"*.

³⁹ Isabel, en “Algunas consideraciones sobre la intervención estatal en el derecho concursal”, noviembre 1999, aun cuando el comentario es sobre el sistema concursal español anterior a la actual ley.

⁴⁰ “La conservación de la empresa significa conservar el objeto denominado así y no el sujeto en que está constituida la sociedad dueña de la empresa”. (Citar Lexis N° 1/32154. C. Nac. Com., sala D - Fecha: 21/10/1993 - Partes: Parking Náutico /conc. Preventivo - Publicado: JA 1994-II-700). Citar Lexis N° 2/49626

⁴¹ La última reforma en la Argentina de la ley concursal (la 26.086) tiene una fuerte impronta tendiente a la protección del crédito laboral y del empleo, al menos en la intención.

no importa colocar al mismo en un altar, ni que en dicho este deban inmolarse o sacrificarse en toda circunstancia las restantes finalidades que el sistema persigue.

El interés concursal debe construirse sobre la base de intentar respetar en toda legislación concursal, equilibradamente, las cuatro finalidades básicas ya referidas: a) el principio de conservación de la empresa, b) el derecho de los acreedores, c) la protección de los trabajadores, d) la tutela del crédito.

Cuando la norma aplicable es clara la misma define el interés concursal (por la aplicación al caso del interés del concurso en la fase concreta del proceso en que nos encontremos) colocándose en algún caso en tutela del empresa, en otro en defensa del derecho de los acreedores, protegiendo a los trabajadores o, en la genérica tutela del crédito.

Sólo cuando existe conflicto ante una situación concreta entre alguna de estos principios rectores (vgr: entre el derecho de un acreedor y la conservación de la empresa o entre el derecho de un titular de un crédito laboral y el de un empleado actual), o una laguna o una necesidad de armonizar normas, el concepto de interés concursal (con la modalización del mismo que hemos desarrollado en este⁴²) acude en auxilio del intérprete.

4.- Por último, en nuestro país la definición del contenido del interés concursal tiene hoy fundamental importancia en las cuestiones que constituyen las más significativas, importantes y con debate aun abierto, en los procesos concursales de prevención: la exclusión de voto⁴³, el “tráfico” de votos⁴⁴ y la propuesta abusiva.⁴⁵

Ambos temas involucran siempre una decisión judicial harto compleja, que debe ser meditada profundamente por el magistrado interviniente, debiendo inexorablemente decidir entre los distintos bienes jurídicos tutelados en conflicto: en un caso la decisión será entre el derecho de voto de un acreedor y la conservación de la empresa, en otro entre el derecho del acreedor de negociar su

⁴² Y dentro de este concepto el eje o principio rector básico es la conservación de la empresa (económicamente viable y socialmente útil).

⁴³ Con su más que actual y álgida polémica acerca de la exclusión del voto hostil (sobre el punto ver nuestro trabajo “¿ESTAN TODOS LOS QUE SON o SON TODOS LOS QUE ESTAN? (Sobre la exclusión de voto)”, ERREPAR, Doctrina Societaria y Concursal, mayo de 2005, pág. 503, NRO. 210, Tomo XVII.).

⁴⁴ incluida la cesión de voto y el pago por subrogación como método de adquisición del derecho a votar.

⁴⁵ En este caso con la tendencia actual de intentar que las propuestas contemplen la transferencia de equity como modalidad habitual para evitar el abuso, o nuestra propuesta de que habitualmente integren los menús de propuesta una alternativa atada al crecimiento o la mejora económica posterior del sujeto concursado para crear una verdadera situación de esfuerzo compartido, evitando que solo los acreedores terminen pagando el daño derivado de la insolvencia.

crédito y los derechos de los restantes acreedores, y el ultimo supuesto entre este ultimo principio y el ejercicio abusivo del derecho para conseguirlo.

La utilidad de intentar una aproximación al interés concursal es a todas luces clara pues el mismo nos colocara de un mejor modo frente a la circunstancia de lidiar con un conflicto concursal. Dado un contenido a la noción de "interés concursal" (aunque mas no sea aproximado) ello puede resultar de utilidad a los efectos de resolver los conflictos de integración, armonización o colisión de normas o principios en ocasión de aplicarse la ley concursal.

En este ámbito (el del sistema de derecho concursal) como en el societario, igualmente, una de las cuestiones a definir es si amén del interés de los propios involucrados existe algún interés superior que integra el concepto.

Seguramente, para los partidarios de la teoría contractualista en derecho societario⁴⁶ o de la exclusiva arbitración de remedios de índole privada en los procesos de insolvencia, no puede existir otro interés dentro de un conflicto en esas áreas jurídicas que el de los propios interesados.

VI.- Epilogo:

No tenemos dudas, y esperamos haber hecho algo para demostrarlo en el presente, que los procesos concursales nacen como solución para la insolvencia atendiendo a intereses superiores (que no atañen solamente a los sujetos en juego), de allí que la existencia de un interés propio, superador de los intereses particulares de quienes intervienen, que los rija resulta una consecuencia lógica.

Mucho más difícil resulta definir conceptualmente cual es el contenido de dicho interés superior (el interés concursal), pues ello dependerá sin lugar a dudas del propio contenido de la normativa que regule los institutos concursales, de los principios que las inspiran, y del cúmulo de valores que la sociedad de que se trate pone en juego en cada momento histórico para resolver las crisis empresarias.

Seguramente, definir un concepto univoco de interés concursal, matriz aplicable a todo caso en toda circunstancia y lugar resulta un imposible. El proceso concursal (cualquiera fuera este) importa intentar conciliar los diferentes intereses en juego que se encuentran presentes en él.

⁴⁶ Dentro del marco de esta idea, si en una sociedad la decisión societaria respeta la mayoría sin dañar a la minoría, no existiría violación posible al interés social. Para Halperín, citado por Verly, "La noción de que el interés social es el interés común de todos los socios -y que los derechos para hacerlo valer debe ser ejercido con lealtad y entendido de buena fe-, torna ilícita la decisión de la mayoría que si no perjudica a la sociedad, no beneficia a todos los socios (siempre habrá una lesión al interés social)" (Halperín, "Sociedades anónimas", Ed. Depalma, Bs. As., 1974, p. 191). Hay para Halperín una violación e la *lealtad y buena fe* que son los presupuestos de los ermedios técnicos que inspiran el régimen mayoritario, mediante una desviación del fin perseguido por la ley (art. 1071 Código Civil).

Intentar aproximarse al contenido del objeto de estudio: el interés concursal, servirá para adoptar una solución en cada caso concreto ante la necesidad de terciar en la conciliación y coordinación de los diferentes intereses subjetivos (plurisubjetivos en realidad) que operan dentro del proceso universal.

Sin perjuicio de ello, creemos que en el estadio actual de la evolución del derecho concursal parece haber un consenso mínimo respecto de que la finalidad primordial de todo instituto concursal no liquidativo es, o debe ser, la conservación de la empresa económicamente viable y socialmente útil.