

**TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO CONCURSAL****Ariel A. DASSO**

Al decir de Girón Tena “el derecho concursal no fue, ni es, ni será simplemente está siendo”, Rojo a su manera hizo famoso en la doctrina comparada la tesis del “derecho concursal siempre en obra”

Condividiendo esta nota de mutabilidad que significa inestabilidad permanente constituye un desafío la focalización de aspectos centrales o notas caracterizantes del derecho concursal limitándolas a un periodo predeterminado.

Todo esfuerzo en tal sentido tendrá margen de error, ni en las arenas movedizas, ni en el río que fluye obtendremos estabilidad. Sin embargo, varios aspectos centrales provocan un calidoscopio de nuevas tendencias.

La característica académica y legislativa más relevante del derecho concursal del siglo XXI, reflejada en la modificación de todos los países de avanzada en el derecho comparado puede focalizarse en la permeabilización de las normas del derecho continental europeo por las ya instaladas, en el siglo anterior en el common law.

En este sentido fueron precursoras, a fines del siglo XX, la ley colombiana 550 de 1999, la reforma de la Konkursordnung alemana cuya vigencia desde 1877 había experimentado solo la modificación de la llamada “Ley de Convenios” (Vergleichsordnung) de 1935, reformulada por la Insolvenzordnung de 1994 pero vigente recién el 1º de enero de 1999, es decir con posterioridad a la coetánea reforma introducida por la ley 24.522 de 1995 en el ordenamiento concursal argentino.

Aquellas tres leyes fueron el disparador de lo que puede calificarse como el elemento más notable de lo que, por su avance y diferenciación respecto del sistema anterior, dimos en llamar “Nuevo derecho concursal del Siglo XXI”, focalizado en la permeabilización por parte del sistema estadounidense tanto del derecho continental Europeo como el de Latinoamérica en las nuevas leyes de reformas. De la Bankruptcy Act que constituye el Título 11 del US Code y en particular de su famosa Reorganization del Chapter Eleven (Capítulo 11) destacamos una serie de nuevas notas caracterizantes que, tomadas de la legislación del país del norte fueron instaladas allí donde nunca habían llegado.

Sin duda tal hecho fue el resultado del dinamismo potenciado que en la vida de los negocios caracterizó el final del siglo XX y el comienzo del Siglo XXI en el que la globalización derrumbó las fronteras y el mundo, seccionado antes por la ominiosa muralla material que mantenía segregada a Alemania y la muralla política que aislaba a China, impuso la derogación de los límites en el

tráfico, la dilución de las barreras aduaneras y la inevitable consecuencia que la economía reclamó al derecho: la homogeneización de las reglas y normativas en el mundo de los negocios.

El escenario histórico, mostraba el indudable liderazgo económico del país del norte, y el reinado del dólar exigía de la zona del euro la admisión de reglas parejas, que la Unión Europea procuró no con la confrontación sino con el recurso técnico de la armonización. Y es que la economía desata la guerra pero también impone la paz.

Se introducen las ideas de amplitud y labilidad del presupuesto material del concurso, la categorización de acreedores, el acuerdo por tercero, el cramdown, el nuevo punto de partida (fresh start) como descarga (discharge) o, en su caso, novación que a su vez permite a la doctrina advertir un nuevo problema, referido al tratamiento especial del acreedor involuntario.

El derecho de quiebras estadounidense viene de la mano de las recomendaciones de los organismos internacionales que, aun cuando hasta hoy no alcanzan en la comunidad europea a reflejarse en “Directivas”, sugieren, de todos modos, principios y reglas análogos en forma que el sujeto económico pueda manejarse en un mundo con fronteras allanadas, teniendo en cuenta regulaciones cognoscibles, con institutos parejos, generando un escenario en el que las empresas afronten su desarrollo y su crisis con instrumentos homogéneos y por ende previsibles.

El sistema mostró entonces un nuevo mundo constituido por los procedimientos conservativos en los que, guiados también por la nueva tésis concursal focalizada en la continuación de la empresa, el mantenimiento de la actividad y del empleo, encontraron en la elastización de las reglas referidas a la aprobación de acuerdo por mayoría, no sometidas al inexorable corset de la par conditio, una vía facilitante y naturalmente proclive a la obtención del acuerdo.

Calificamos como las notas caracterizantes del nuevo derecho concursal a una serie de institutos e incluso de instrumentos, que desconocidos en el derecho continental, en el que abrevó siempre Latinoamérica penetraron en las reformas, en cada ordenamiento con distinta intensidad, consolidándose en forma progresiva.

**(i) La casi excluyente regulación de procedimientos conservativos y el descarte por su probada ineficacia del sistema liquidativo;**

En el Derecho Actual, y a partir de la mitad del siglo XX, la constatación invariable del fracaso del sistema liquidativo, en el que el dividendo residual de los quirógrafos queda reducido a mínimas proporciones cuando existiere, y su impacto en la caída del empleo, constituyen los dos elementos descalificantes de la quiebra liquidativa y, como reacción, la profunda inclinación hacia los sistemas eminentemente conservativos destinados particularmente al mantenimiento de la actividad de la empresa focalizada en su condición de dispensadora de empleo. Así visto aparece claro que los procedimientos conservativos aspiran a preservar el valor en tanto que el liquidativo lo excluye.

En todos los ordenamientos analizados en nuestras investigaciones, sólo por excepción se pueden advertir periódicos reintentos de instauración de la prelación liquidativa y, cuando esto

acontece, está fundado en la natural insatisfacción de la prevención misma porque la insuficiencia es siempre el común denominador de todos los procedimientos destinados a conjurar la crisis.<sup>1</sup>

**(ii) Un nuevo bien jurídico tutelado: la empresa cuyo salvataje aparece con consideración prioritaria respecto del interés de los acreedores;**

La empresa, constituida en la médula del mundo de los negocios y del comercio, productora de riqueza, se instala en el centro del derecho comercial que focaliza en ella el nuevo bien jurídico tutelado, manteniendo o no la titularidad del deudor insolvente.

El arquetipo del nombre está dado precisamente por la Loi de Sauvegarde (salvaguarda-salvataje) de Francia 2005/845 de 26 de julio de 2005, que con sus reformas particularmente la de la ley 326/2014 del 12 de marzo, llega a incluir la cesión de la empresa en marcha en la fase de liquidación, a un tercero define claramente el nuevo objetivo.

Existen algunas excepciones: la ley portuguesa, Dec. Legs. 53/2004 reputó “errónea la idea afirmada en la ley anterior en cuanto predicaba la prevalencia de la vía de la recuperación de la empresa”, y postuló que el Nuevo Código, precisamente llamado “Da insolvência e da recuperação de empresas” tiene como objetivo principal “la satisfacción por la forma más eficiente posible del derecho de los acreedores”.

La última reforma revela también la relativa suspensión de la normativa del llamado Nuevo Código en orden a la satisfacción del interés de los acreedores pues la más reciente ley 66-B del 31 de diciembre de 2012 exhibe como tésis otra vez la voluntad de los acreedores asignando a la recuperación o salvataje un rol supletorio, sometida a dicha voluntad primigenia.

En la misma línea de prioridad al interés de los acreedores se mantienen la ley de Perú 27809/2002 y la de Uruguay 18387/2008 que no receptan la nueva tésis caracterizante del derecho concursal del siglo XXI, focalizado en la continuación de la actividad, introducido en el derecho continental por la famosa Ordonnance francesa 820 /1967 que, siguiendo los lineamientos de la Brankruptcy estadounidense tiende a la separación de la empresa del empresario insolvente en orden al salvataje de la misma.

De todas maneras en todos los ordenamientos la nueva instrumentación dirigida a la sectorización del presupuesto subjetivo; y a la flexibilización del presupuesto material, a lo cual aludiremos seguidamente, constituyen instrumentos idóneos en orden a la actividad de la continuidad de la actividad de la empresa como forma de preservación de la fuente de trabajo y empleo.

---

<sup>1</sup> Ver en nuestro “Derecho Concursal Comparado”, Alemania: T. I ps. 277, 77, 82, 91; Argentina: T. I ps. 147, 203; Brasil: T. I ps. 245, 286; Chile: T. I p. 374; Colombia: T. I ps. 423; 426, 460 y T. III p. 159; EEUU: T. I ps. 624, 648; T. I España: ps. 516, 584 y T. III p. 297, Francia: T. II ps. 823, 868, 878; Italia: T. II p. 1025; México: T II ps. 1083, 1159, 1199; Perú: T. II ps. 1222; 1261, 1278; Portugal: T. II p. 1393; Uruguay: T. II p. 1451

**(iii) Un nuevo presupuesto material: la crisis que abarca desde las meras dificultades hasta la inminencia de insolvencia constituida en instrumento útil en orden al acogimiento al remedio judicial antes que la insolvencia se encuentre instalada;**<sup>2</sup>

La cesación de pagos, entendida casi siempre en todas las legislaciones como sinónimo de insolvencia constituyó hasta comienzo de las reformas que en serie se sucedieron a comienzo de siglo el presupuesto material de los procedimientos concursales.

Sin embargo, la insatisfacción de los resultados económicos fue atribuida a que tal presupuesto, constituido en condicionamiento para el inicio de la protección legal referida al concurso preventivo resultaba tardía y la anticipación apareció como necesaria.

La respuesta doctrinaria fue la inclusión de un nuevo presupuesto material focalizado en distintas fórmulas, análogas aunque no idénticas: desequilibrio económico o financiero, dificultades de carácter general o permanente; insolvencia inminente, insuficiencia del activo, entre otros.

En todos subyace un objetivo común: la anticipación del procedimiento preventivo al estado de cesación de pagos, conceptuando que el éxito de la prevención resultaría potenciado en la medida en que la fórmula pudiese ser aplicada antes del deterioro económico a menudo irreversible identificando en la cesación de pagos.

En su formulación más avanzada, algunos ordenamientos admiten la directa apelación del deudor a la vía preventiva extrajudicial, en tanto el sólo hecho de acudir a la misma significa la existencia del presupuesto objetivo, cesación de pagos (v. gr. en Uruguay, Ley 18.387 del 23 de octubre de 2008 el concurso “voluntario” procede a la sola petición del deudor, destacándose de que el hecho de la presentación equivale a la confesión de la insolvencia y determina la apertura automática del procedimiento, en tanto no exista petición de concurso necesario previo formulado por los otros legitimados, además de los acreedores, administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno).

De otro lado, las vías extrajudiciales, que en la mayoría de los ordenamientos en caso de frustración llevan al procedimiento judicial, constituyen indirectamente la puerta abierta al presupuesto material, que en la extrajudicialidad siempre queda referido a las meras dificultades, o a cualquiera de las otras fórmulas análogas, siempre anticipadas a la cesación de pagos.

El Nuevo Código Civil y Comercial (2015) de la Argentina establece como presupuesto objetivo del concurso o quiebra de la masa indivisa insolvente el “desequilibrio patrimonial” o la “insuficiencia del activo hereditario” (art. 2360)

---

2 Dasso Ariel Angel, “Derecho Concursal Comparado”, ed. Legis, 2009, Alemania: T. I ps. 10, 30, 43, 47, 926; Argentina: T. I ps. 118, 159, 930, T. III p. 3; Brasil: T. I ps. 223, 263; Colombia: T. I ps. 408, 441, T. III 121; EEUU: T. I p. 615; España: T. I ps. 496, 533, 927. Tomo II: Francia: T. I ps. 807, 815, 839, 845, 871, 930; Italia: T. I ps. 923, 929, 1041; México: T. I ps. 1065, 1124; Perú: T. I ps. 1208, 1226; Portugal: T. I ps. 1296, 1349; Uruguay: T. I ps. 1432, 1463. Detección temprana, Alemania: T. I ps. 11, 47, 926; Argentina: T. I ps. 119, 930; Colombia: T. I ps. 410, 444; España: t. III p. 238. Francia: T. II ps. 809, 815, 820, 844, 845, 930; Italia: T. II ps. 923, 929, 1041; Portugal: T. II ps. 1296, 1315; Uruguay: T. II ps. 1433, 1435, 1463.

**(iv) Un presupuesto subjetivo sectorizado lo que significa la evanescencia del principio de universalidad;**<sup>3</sup>

En aras a la deficiencia del sistema de prevención la idea de la universalidad del concurso, cuyo concepto significa la inclusión en el procedimiento de todo el pasivo y todo el activo ha sido prácticamente superada por las sectorización del presupuesto subjetivo. En todos los ordenamientos se advierten procedimientos especiales para distintas categorías de deudores. Es una característica común la aparición del procedimiento del tratamiento de la crisis del consumidor a través de un nuevo presupuesto, el sobreendeudamiento; o bien el de la masa insolvente que en el nuevo Código Civil y Unificado de la República Argentina adquiere características propias indicando un presupuesto material similar: el desequilibrio económico o la insuficiencia patrimonial, presupuestos materiales por cierto muy distantes a la cesación de pagos o a la insolvencia cualquiera fuera la definición que atribuyéramos a estos últimos.

**(v) La tendencia a la desjudicialización del procedimiento con la supresión del Poder del Juez y la asignación del rol dirimente a los acreedores a través de comité o comités de acreedores con una pareja pérdida de gravitación de la asamblea;**<sup>4</sup>

La llamada “desjudicialización” del procedimiento tiene un significado distinto en Latinoamérica respecto del derecho continental. Colombia, y en menor medida Perú y Chile, atribuyen la dirección del procedimiento a un órgano administrativo en tanto que en Europa se aplica al desplazamiento de la potestad del juez en favor de los acreedores quienes por su parte actúan más bien por vías de los respectivos comités que aglutinan a las distintas categorías, sustituyendo así la gravitación de la asamblea o reunión de acreedores (v. gr. ordenamiento francés).

No obstante, como contrapartida la potestad judicial de homologar aún cuando no se hubieren obtenido las mayorías (cramdown power infra (x)), restablece el equilibrio.

Debe verse aquí otro instrumento dirigido a la facilitación del acuerdo.

**(vi) La admisión de los procedimientos extrajudiciales con distintas modalidades en todos los ordenamientos, dirigida a una facilitación de la reorganización en el ámbito privado pero, condicionada a la judicialización en orden a la producción de efectos concursales (rectius: vinculantes erga omnia creditorum);**<sup>5</sup>

---

3 Dasso, Ariel Angel, op. cit., Alemania: T. I ps. 12, 45; Argentina: T. I ps. 118, 159, T. III p. 3; Brasil: T. I ps. 223, 251; Colombia: T. I ps. 410, 441, 444; EEUU: T. I p. 636, 648, 650, 774; España: T. I ps. 495, 533, 541; Francia: T. II ps. 807, 817, 840, 846, 871; Italia: T. II ps. 932, 997; México: T. II ps. 1064, 1123; Perú: T. II ps. 1247, 1280; Portugal: T. II ps. 1297, 1349, 1352; Uruguay: T. II ps. 1432, 1463

4 Dasso, Ariel Angel, op. cit., Colombia: T. III, p. 153; España: T. III, p. 246

5 Dasso, Ariel Angel, op. cit., Alemania: T. I p. 1515; Argentina: T. I ps. 119,137, 179, 1521, T. III p. 24; Brasil: T. I ps. 238, 291, 1526; Chile: T. I ps. 309, 381, 1529; Colombia: T. I ps. 433, 476, 487, 1529; T. III p. 154; EEUU: T. I: p. 671; España: T. I ps. 500, 608, 1515, t. III p. 240; Francia: T. II ps. 810, 840,1517; Italia: T. II ps. 948, 966, 1047, 1518; México: T. II ps. 1064, 1087, 1186, 1536; Portugal: T. II ps. 1352, 1519; Uruguay: T. II ps. 1455, 1502, 1537.

La extrajudicialidad constituye también uno de los aspectos que muestran la permeabilidad al sistema de la bankruptcy estadounidense en el derecho latinoamericano y el continental europeo de la “prepack cessio”, que tuvo su primera exitosa experiencia en el APE argentino según ley 24.522 de 1998 que “puesto al día” en la regulación según ley 25.589 de 2002 se constituyó en el instrumento de singular utilidad en orden a la negociación de la deuda privada de las empresas argentinas, en moneda extranjera, cuando la crisis de estas fue arrastrada por el default de la deuda soberana acontecida en los albores del 2002.

El giro a la extraconcursalidad en el mundo concursal va de la mano con la necesidad del anticipo al tratamiento de la crisis en forma previa a la cesación de pagos. En todos los casos el disparador de las negociaciones privadas excluye la necesidad de la consolidación de la insolvencia. La extrajudicialidad implica mayores posibilidades en la crisis en la reducción de los costos y anticipar la negociación significa otorga las mayores chances para obtener una reorganización liberada de las angustias de las insoportables presiones con que los acreedores más fuertes y más intemperantes exigen cancelaciones o renovaciones cada vez más onerosas.

En esta materia los sistemas de Latinoamérica fueron precursores en el sentido de proteger al deudor en el periodo extrajudicial con la suspensión de las agresiones patrimoniales, condición esta habilitante de la factibilidad del procedimiento y de su éxito, en tanto que los sistemas europeos, recién incorporaron a la extrajudicial el blindaje patrimonial una década después.<sup>6</sup>

Lo acontecido en España puede constituir un paradigma pues mientras la ley 22/2003, que colocó al ordenamiento concursal en el andarivel actual omitió, a diferencia del derecho francés, el tratamiento sobre la prevención, seis años después en el D. L. 3/2009 incorporó como Disposición Adicional Cuarta un convenio preconcursal que denominó “Acuerdo de refinanciación”, todavía tímido y por ello ineficiente, que fue precursor del régimen preconcursal instituido por la Ley 38 de 2011, el cual no sólo instala el escudo protector del patrimonio del deudor respecto de las ejecuciones singulares, sino que además incorpora la refinanciación preconcursal con blindaje e inmutabilidad de sus efectos en caso de quiebra ulterior (art. 71.6 L. 38/2011).

La extraconcursalidad, en el ordenamiento francés alcanza su exaltación en medida tal de que en esa instancia, prejudicial, el llamado periodo de conciliación, el propio conciliador a pedido del deudor y previa opinión de los acreedores asume la misión de concretar la cesión parcial o total de la empresa a un nuevo empresario.

La dificultad que genera esta selección extrajudicial en una fase amigable y confidencial, que por definición no es propicia a la competencia de interesados, significa una contradicción en el principio de la mejor oferta, que la ley procura superar con la exigencia del dictamen del

---

6 Dasso, Ariel A. “Derecho concursal Comparado”, ed. Legis, 2013, Alemania: T. I p. 1515; Argentina: T. I ps. 119, 137, 179, 1521; Brasil: T. I ps. 238, 291, 1526; Chile: T. I ps. 309, 381, 1529; Colombia: T. I ps. 433, 476, 487, 1529 y T. III ps. 154, 155, 214; EEUU: T. I ps. 671; España: T. I ps. 500, 608, 1515 y T. III ps. 240 a 257; Francia: T. II ps. 810, 840, 1517; Italia: T. II ps. 948, 966, 1047, 1518; México: T. II ps. 1064, 1087, 1186, 1536; Portugal: T. II ps. 1352, 1519; Uruguay: T. II ps. 1455, 1502, 1537.

Ministerio Público en el procedimiento judicializado ulterior (Sauvegarde, Redressement o Liquidation) en el que debe cumplimentarse el necesario requisito de homologación.<sup>7</sup>

**(vii) La marcada dilución del principio de la par conditio omnia creditorum producida por la categorización de acreedores concebida como potestad del deudor o bien tasada legalmente;<sup>8</sup>**

Uno de los principios básicos del derecho concursal quizás el más trascendente por su tradición y relevancia, la par conditio creditorum se constituía de suyo en el principal inconveniente para el logro de la mayoría de acreedores conformes con el acuerdo. Particularmente la resistencia de los acreedores bancarios significaba un valladar que elevaba notoriamente el nivel de la oferta y sabido es que a mayor satisfacción de la misma, mayores serán las dificultades no solo para obtener las mayorías sino también para cumplir el acuerdo.

La clasificación de acreedores según criterios cuantitativos o cualitativos y a la formulación de bases de cómputo dentro de cada categoría para la determinación de las mayorías, formadas por el acreedor constituye otro aspecto trascendente de la permeabilización de los institutos de la bankruptcy estadounidense en el derecho concursal actual.

**(viii) La consideración de la regla the best interest of creditors concebida como hipótesis de mínima para la homologación de un acuerdo, significada por la condición de que el acreedor no reciba un valor inferior como resultado del mismo que el que hubiera de recibir en hipótesis de quiebra y otra hipótesis alternativa liquidativa;**

Se ha dicho –sin contestación– que en definitiva serán los acreedores quienes dirimirán la aprobación o el rechazo de la propuesta. Siendo así, ¿Cuál es la ratio o criterio legal del interés del acreedor? ¿Recuperar la mayor medida de su crédito y en su caso arriesgar la ejecución del plan, o bien recuperar la mínima proporción y en su caso facilitar la ejecución? ¿Cuál es en el sistema concursal el justo medio? y, para obtenerlo ¿Qué debe entenderse por el “mejor interés del acreedor”?

Entre los requisitos que el juez de Bankruptcy estadounidense debe conceptuar cumplidos para la homologación (confirmation) de un plan enunciados supra, aparece dotado de fuerza condicionante inexcusable el llamado “best interest of creditors test”, que consiste en determinar que en cada clase de acreedores o grupo o categoría de acreedores alcanzados, por el plan, cada acreedor, tanto si hubiere aceptado como cuando se hubiere opuesto, reciba un porcentaje de su crédito genuino no inferior al que eventualmente recibiría en hipótesis de liquidación (U.S. Code, Tit. XI, Cap. XI, Secc.1129 (a)(7) (A) (i) (ii)).

Esto se conceptúa como “control de mérito” de la votación del disconforme, en virtud del cual el juez debe verificar si la “oposición” al plan tiene el correlato validante de un efectivo daño, el

---

7 Perochon, Françoise “Las soluciones negociadas del derecho francés: La conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores”, Paris, 2014.

8 Dasso, Ariel Angel, op. cit., Alemania: T. I ps. 15, 52, 89; Argentina: T. I ps. 128, 169; T. III p. 15 Brasil: T. I ps. 231, 262; Chile: T. I ps. 314, 390; Colombia: T. I ps. 418, 450; España: T. III p. 275; Italia: T. II ps. 935, 955, 1033; México: T. II p. 1083; Portugal: T. II ps. 1300, 1362, 1374, 1395; Uruguay: T. II ps. 1442, 1483, T. III p. 136

que no se mide con relación a lo que le es originariamente debido sino a cuanto habría obtenido en hipótesis de quiebra. Se trata del control judicial de legalidad sustancial de la oposición al plan, que aparece como contracara del requisito o test de cumplimiento, eficacia o ejecutabilidad

En Argentina, la reforma introducida por Ley 25.589 en el art. 52 incorporó el cramdown power o poder judicial de homologar por encima de la voluntad de los acreedores. La nueva redacción del art. 52 expone como condiciones: i) la aprobación en una de las categorías; ii) la conformidad de las tres cuartas partes del pasivo quirografarios; iii) la no discriminación en contra de las categorías disidentes; y iv) que el pago resultante del acuerdo equivalga a un dividendo no inferior al que obtendrían en la quiebra los acreedores no conformes.

**(ix) La intervención del tercero concebida como ultima ratio dirigida a concretar el tratamiento separado de la empresa viable respecto de su propietario, empresario ineficaz o infortunado, a través de distintas modalidades de procedimientos que asumen naturaleza de cesión forzosa de la empresa insolvente.<sup>9</sup>**

En el derecho continental europeo y en la legislación latinoamericana, la posibilidad de la intervención de un tercero en la negociación de un acuerdo con los acreedores del concursado reconoce también la adopción del modelo de la regulación estadounidense.

La Bankruptcy Act (U.S. Code) establece en la Secc. 1121, c) , 2 y 3 la norma en virtud de la cual si el deudor no hubiere presentado un plan que hubiere sido aceptado antes de los 180 días posteriores a la decisión de suspensión de las ejecuciones (order for relief) abre la posibilidad a que cualquier tercero, incluidos el deudor, el sindico o un comité de acreedores o titulares del capital, acreedor o fiduciario pueda presentar un plan de reestructuración susceptible de confirmación (homologación) en los términos de la sección 1129, en cuyo texto se expresa la posibilidad de que el juez imponga (confirme) el acuerdo aunque este no hubiere logrado las mayorías requeridas por la ley en tanto se cumplan las condiciones exigidas por las mismas.<sup>10</sup>

En la Argentina la Ley 24.522/1995 incorporó bajo el título “Supuestos especiales” el art. 48, que prevé la intervención del tercero cuando en un periodo anterior, llamado de exclusividad, el deudor no hubiera logrado las conformidades exigidas por la ley para homologar su propuesta.

Su deficiente redacción provocó una reformulación por vía de la ley 25.589/2002. El sistema se aplica solamente cuando el concursado tuviere el tipo societario de SRL o SA, incluidas las de aquellos tipos de participación estatal y no se aplica a las personalistas ni al concurso de personas humanas.

Si en el “periodo de exclusividad” la sociedad deudora no hubiere obtenido, por cualquier causa las mayorías establecidas por la ley o el deudor no hubiere realizado la propuesta o hubiere

---

9 Dasso, Ariel Angel, op. cit., Argentina: T. I ps. 133,172; EEUU: T. I ps. 625, 657; Francia: T. II ps. 826,824, 882, 885; Italia: T. II ps. 956, 1042

10 Dasso, Ariel Gustavo “Código de Quiebras de los Estados Unidos de América”, ed. Erreius, 2014, p. 1121, (c) 2 y 3 en virtud del cual si el deudor no hubiera presentado un plan antes de los 120 días posteriores a la fecha de la orden de ejecuciones y pagos (order for relief)



prosperado una impugnación el juez no podrá declarar la quiebra sino que debe de abrir el periodo en el cual los terceros interesados competirán juntamente con la sociedad deudora (esto último en virtud de la reforma de 2002) en la formulación de propuestas para lograr el acuerdo con los acreedores en forma que quien primero hubiere logrado la conformidad a su propuesta por la mayoría exigida por la ley habrá de ser considerada por el juez a los efectos de su homologación.

La Legge Fallimentare italiana D. L. n. 35 de 14 de marzo de 2005, introdujo el acuerdo por tercero solamente el concordato de quiebra (art. 160). Tratándose del estado de liquidación la ley asigna preferencia al tercero quien debe lograr las conformidades antes del plazo de un año del decreto de quiebra, que constituye el dies a quo para la presentación de propuestas por el fallido.

Recién, la última reforma D.L. n. 83/2015 introduce como novedad relevante la posibilidad de los acreedores concurrentes realicen propuestas de concordato preventivo alternativas a la formulada por el deudor.

Llega así 20 años después a la incorporación del sistema de intervención de tercero en el estadio preventivo, que en el derecho argentino tiene carta de ciudadanía desde 1995. La regulación impuesta por la nueva ley está condicionada a que la propuesta de concordato preventivo formulada por el deudor no contenga el compromiso al pago, aunque fuere con esperas, de por lo menos el 40% del pasivo quirografario.

Están legitimados sólo los acreedores cuyos créditos no fueren inferiores al 10% del estado pasivo y a los efectos de lograr el límite de mínima les está permitido la adquisición de créditos concurrentes anteriores a la presentación en concurso.

La reforma italiana, a pesar del largo tiempo transcurrido revela la resistencia a traspolar la negociación de la reorganización del pasivo del deudor en crisis a un tercero y permite el ingreso a la negociación sólo a quien detente la calidad de acreedor concurrente manteniéndose alejada del modelo de la bankruptcy incorporado en cambio a la ley argentina en plenitud.

**(x) El poder judicial de cramdown o potestad de imponer un acuerdo como vía subsidiaria del fracaso del procedimiento preventivo ya fuere por incumplimiento de obligaciones legales impuestas al deudor ya fuere por la imposibilidad de obtener la homologación de un acuerdo.<sup>11</sup>**

El secular principio del interés de los acreedores, que difería a su voluntad la suerte del acuerdo en virtud del cual no lograda las conformidades devendría la quiebra inexorable estaba particularmente reflejado en la ley de Perú que literalmente en el art. 3 del título preliminar establece que “la decisión sobre el destino del deudor corresponde a los acreedores”. Sin embargo, en la medida en que la experiencia demuestra que la liquidación, aún cuando decidida por los acreedores, a nadie satisface, el principio se evanesce tras una nueva regla que impone la sustitución de aquella voluntad negatoria por la potestad judicial de imponer el acuerdo, aun cuando el voto de los acreedores no hubiere alcanzado las mayorías exigidas por la ley.

---

11 Dasso, Ariel Angel, op. cit., Alemania: T. I ps. 22, 26, 93; Argentina: T: I ps. 132, 139, T. III p. 20; Brasil: T: I 232, 238, 268; EEUU: T: I ps. 133, 631, 655, 780. Italia: T:II ps. 963, 1035, 1047; Portugal: T. II ps. 1312, 1320.

También aquí el antecedente doctrinado y legal reconoce el precedente de la legislación estadounidense.

El U.S. Code Título 11, Capítulo 11, Sección 1129 coloquialmente denominado *cramdown power* consiste en la facultad judicial de confirmar (homologar) un acuerdo aún cuando no hubiere obtenido las condiciones y en especial las mayorías exigidas por la ley para lo cual exige ciertos parámetros, que luego servirían de modelo en la legislación argentina según reforma Ley 25.589/2002, que en el art. 52 exige: i) la promoción de la propuesta por lo menos en una de las categorías de acreedores; ii) la conformidad de las tres cuartas partes del pasivo quirografarios; iii) la no discriminación de la categoría o categorías disidentes y iv) que le pago resultante del acuerdo equivalga a un dividendo no inferior al que obtendrían en la quiebra los acreedores no conformes .

En Alemania la *Insolvenzordnung* (vigente desde el 1 de enero de 1995) bajo la denominación de “sustitución del consentimiento” (*InsO Ersetzung der Zustimmung*) incorpora en el art. 309 una versión del acuerdo por tercero en virtud de la cual la falta de consentimiento puede ser sustituida por decisión judicial, aprobando el acuerdo, en tanto lo hubieren consentido más de la mitad de los acreedores que representen más de la mitad del pasivo alcanzado por el acuerdo.

**(xi) La aparición del tratamiento diferenciado de una nueva categoría: el acreedor involuntario.**<sup>12</sup>

La teoría del derecho económico explica la legitimidad del daño que experimenta el acreedor en la deliberada asunción del riesgo en cuanto al contratar estuvo en condiciones de evaluar la responsabilidad patrimonial del deudor y el grado de posibilidad de incumplimiento lo cual pudo reflejarlo a modo de garantía en el precio o en el contenido de su prestación.

Tal predicado permite considerar a dichos acreedores como “voluntario”.

El “acreedor involuntario” es aquel que a diferencia de aquellos no tuvo ni oportunidad de conocer al momento de origen de su crédito, su causa, y obviamente tuvo libertad para la relación causal o su negociación, ni la de procurar aseguramientos o garantías.

El antecedente histórico también está en el antiguo *common law* que denomina *adjusting creditors* a quienes tuvieron posibilidad de evaluar el crédito de la insolvencia al contratar y *non adjusting creditors* a quienes no lo tuvieron.

Todos los ordenamientos privilegian determinados intereses crediticios colectivos particularmente los trabajadores, constreñidos a una actitud no ya de marcada limitación a la libertad contractual pero si de inferioridad en la negociación, cuasi típica en los llamados contratos de adhesión.

El U.S. Code califica como crédito contra la masa *prededucible* a los daños generados en la continuación de la actividad ulterior a la apertura del procedimiento y a los causados por bienes

---

12 Dasso, Ariel Angel, op. cit., España: T. I p. 519; T. III ps. 111, 291; Italia: T.II ps. 935, 951

de la masa. En la Sección 507 Priorities – Prioridades a) 2 asumen pago preferente lo gastos administrativos realizados conforme resulta de la Sección 503 Allowance of administrative expenses (Admisión de gastos administrativos) b) 1) A) que comprende a las costas y gastos necesarios para preservar el patrimonio concursal.<sup>13</sup>

A su vez en el ordinal 10 de la Secc. 507. a) reconoce privilegio general a los acreedores por créditos originados en daños al vehículo motor o marítimo cuyo funcionamiento fuere ilícito por encontrarse el deudor o dependiente bajo efectos de alcohol o droga.

Y en la Secc. 1171 a) a los créditos por daños causados por la actividad de la empresa ferroviaria, ejemplo típico de la responsabilidad objetiva.

La Ley Concursal Rusa de 1998 otorga privilegio de primer orden a los daños corporales o muerte y daño moral (art. 107.1).

La Ley Concursal Española 22/2003 de 9 de julio asigna privilegio general al acreedor involuntario siguiendo el modelo del anteproyecto de 1995 de Angel Rojo que, previo incluso a la ley de Rusia concede el primer rango de privilegio general a los daños causados en responsabilidad civil (art. 125.1).

Corresponde también primer rango de privilegio general al crédito laboral y al derecho de autor en tanto que el acreedor involuntario junto con el acreedor instante del procedimiento es ubicado en el quinto orden del privilegio general, reconociendo prelación a su respecto a los créditos con privilegio especial (art. 90); contra la masa (art. 84 y 154); a los salariales, fiscales, trabajo personal no dependiente y tributarios de derecho público.

La problemática del acreedor involuntario exigen satisfacciones a víctimas alcanzadas por la insolvencia del deudor que sólo pueden ser articulados en forma insuficiente dentro del sistema de preferencias o privilegios de la ley concursal debiendo mantenerse en la órbita de una política pública, que puede, sí, ser expresada en el texto concursal para autorizar al juez el pago preferente cuando en el caso concreto reclamen consideración acreedores débiles típicos causados en las condiciones propias personales en los que exista el subyacente común denominador de la imposibilidad de otra asistencia que no fuera la excepción a la regla paritaria concursal.

**(xii) El reconocimiento del privilegio a favor del financista de última instancia al deudor en crisis;**<sup>14</sup>

La financiación del deudor acogido al procedimiento concursal constituye uno de los aspectos en la que los nuevos ordenamientos exhiben mayor avance allí donde el crédito se retrae hasta desaparecer.

---

13 Dasso Ariel Gustavo “Código de Quiebras de los Estados Unidos de América- US Code” op. cit. p. 225 y 210 resp.

14 Dasso, Ariel Angel, op. cit., Brasil: T. I p. 245; Colombia: T. I ps. 425, 458, 1530 y T. III p. 145; España: T. III p. 243, 247, 251y ss.; Francia: T. II ps. 813, 842.

En el derecho actual, y siguiendo el objetivo de obtener new money (dinero fresco) todos los ordenamientos modernos acuden a distintos incentivos.

La ley Argentina 25.563/2002 denominada “de emergencia productiva y crediticia”, estableció que el Banco Central debía instrumentar líneas de redescuentos a las entidades financieras que asistan a las empresas concursadas para el acceso a créditos y avales que permitan formular una propuesta que sea considerable, razonable y viable por la entidad bancaria que preste la asistencia crediticia. La norma claramente insuficiente, a pesar de no haber sido derogada, no ha tenido la menor repercusión en la práctica.

El ordenamiento de Francia incorpora el privilegio de conciliación a los acreedores que hubieren convenido un nuevo aporte al deudor para la continuidad de la actividad.

Los acreedores aceptantes que en el acuerdo conciliado homologado hubieren realizado un nuevo aporte de tesorería para asegurar la continuidad de la empresa, están tutelados por un privilegio general mobiliario que ocupa el tercer rango, solo posterior a los asalariados; a los gastos del concurso y a los pequeños acreedores por montos inferiores a 300 Euros (art. L. 611-11).

El mismo privilegio y dentro del mismo marco corresponde a las personas que aporten un nuevo bien o servicio con el objeto de asegurar la continuidad de la actividad, por el precio del bien o del servicio. El privilegio no corresponde a los aportes de los accionistas y socios por aumento de capital, ni a los acreedores por aportes anteriores a la apertura del procedimiento de conciliación (L. 611-11)

El privilegio del argent frais o new money en la conciliación, permite percibir los respectivos créditos al vencimiento cualquiera fuera la situación jurídica del deudor, esto es aunque el mismo hubiere quedado sometido ulteriormente a un procedimiento concursal (prededucibilidad).

Desde luego este privilegio sólo acontece en los acuerdos conciliados homologados, por lo cual también es incluido en la resolución de homologación y en su publicación.

El estímulo al new money en el escenario de la conciliación constituye uno de los aspectos más inductivos de la fórmula de la conciliación. A diferencia del carácter irrecurrible del acuerdo meramente constatado, la homologación debe ser publicada y puede ser recurrida por los terceros.

El sistema concursal español ha mostrado en esta materia notables avances. El D. L. n. 4 de 7 de marzo de 2014 establece un régimen de acuerdos de refinanciación con acreedores financieros incorporando un sistema de graduación de mayorías del 51% del pasivo financiero a condición de que importen una ampliación significativa del crédito disponible con plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad (art. 71 bis a))

Los acreedores financieros que no hubieren suscripto el acuerdo quedarán alcanzados por las quitas y si el acuerdo está suscripto por el 60% del pasivo financiero por las esperas hasta 5 años; y si ha sido suscripto por el 75% por las esperas hasta 10 años.

Quizás el avance más importante se advierte con el acercamiento a los modelos de Italia y Francia. Cuando la Disposición Adicional 2ª incorpora una norma transitoria que reconoce prededucibilidad al 100% de los créditos en el marco de un acuerdo de refinanciación dentro de los dos años a la entrada en vigor del Dec. Ley 24/2014.

De todos modos el tratamiento a la financiación en el concurso lleva a una consecuencia negativa pues una matriz italiana prefiere financiar a la filial domiciliada en Francia y no a la española pues en aquella es reconocida con prededucibilidad la financiación interna.

La ley italiana D. L. 78/2010 asigna al 80% del crédito de financiación carácter de prededucible.

Quizá el más avanzado y también parejamente criticado recurso consiste en la prededucibilidad asignada al 80% de la financiación consistente en dinero fresco, aportado por los propios socios, que no constituye aumento de capital.

### **(xiii) El concurso del consumidor**

El concepto del consumo como fenómeno económico apareció exacerbado reclamando consideración normativa en la Gran Depresión de los años 1929- 1930. Las corporaciones industriales y financieras atrajeron con sus cantos de sirena al decir de John Kenneth Galbraith, a los ahorros del hombre común que invirtió desmesuradamente en mercados de valores seducido por altos rendimientos cuyas vertiginosas alzas constituirían la burbuja que explotó el 24 de octubre de 1929 recordado como el luctuoso jueves negro.

La reactivación encarada por Franklin Delano Roosevelt, la planificación dirigida a reflotar la economía bajo el nombre de New Deal, siguió las directivas de John Maynard Keynes (Crambridge 1883, sussex 1946) quien atribuyó al exceso marginal del ahorro que desalentó la producción por falta de demanda el origen de la crisis y postuló el remedio de la incentivación del consumo como fórmula para estimular la producción: el incentivo de la demanda y el incremento del consumo antes que el ahorro o la especulación bursátil.

El sistema logró el propósito perseguido: según las reglas del mercado la empresa quedaría condicionada al consumidor pero la economía es conflicto entre producción y consumo y la publicidad y el marketing exaltaron al crédito hasta la exageración llegando así a manipular la demanda y convertir en ilusión la soberanía del consumidor.<sup>15</sup>

El culto al consumo y su masificación constituyen su fortaleza y su debilidad. El consumidor seducido por compras sin anticipos y largas cuotas y publicidad de bajo costo, munido de un poder de compra que en los procesos inflacionarios resultan ilusorio termina víctima de un escenario en el que la económica estructurada sobre la base del poder de producción y distribución corporativo lo convierte, de controlante en sometido.

---

15 Galbraith, John Kenneth, Historia de la Economía, Ariel, Buenos Aires, 1994, p. 23: "Nada ha ocupado tanto la atención de la doctrina económica durante siglos como la necesidad de persuadir a la gente de que el precio de mercado tiene una justificación superior a cualquier preocupación ética".

Las primeras organizaciones de consumidores reivindicaron sus derechos a fórmulas defensivas en procesos inflacionarios y la escalada de precios y la publicidad mendaz.

Pero finalmente, todas aquellas regulaciones aparecen insuficientes cuando se trata de la situación extrema en que la retención de las cuotas realizadas en la planilla del empleador reducen a una mínima expresión el salario de bolsillo.

La incorporación de distintos procedimientos en el que los ordenamientos pugnan en procura de soluciones instala como la última de las notas tendenciales la más actual referida a la insolvencia del consumidor.

La regulación de la crisis o sobreendeudamiento del consumidor es materia de las directivas de la Unión Europea de las cuales se recuerda la Directiva 87/102 de 1986 como precursora de un largo elenco de comunicaciones directivas y propuestas de los distintos órganos, Consejo y Parlamento.

En el ámbito de los organismos internacionales la Asamblea General de la ONU emitió la resolución del 9 de abril de 1985 sobre "Protección del consumidor", que luego fuera completada con las directrices de 1989. A su vez el Tratado de Maastrich que constituyó la Unión Europea en 1992 en su art. 129 A, definió los objetivos dirigidos a la protección de los consumidores, que más tarde el 8 de octubre de 2008 integró con las directivas del Parlamento europeo y del Consejo sobre "los Derechos de los consumidores".

En Colombia la regulación referida a los derechos del consumidor quedó consagrada en el Decreto 3466 de 1982 más tarde convertido en ley 1480 de 2011 con notables reformas bajo la denominación de "Estatuto del Consumidor".<sup>16</sup>

España en 1984 sancionó la Ley 26 llamada "Defensa de los Consumidores" que luego en su modificación de 2007 por Real Decreto Legislativo 1 se denominó "Defensa de los Consumidores y Usuarios" actualmente se encuentra en trámite parlamentario un último proyecto generado por la comisión constituida en cumplimiento de la manda expuesta en la Ley 38/2011 de 10 de octubre que encomienda al gobierno el estudio de medidas sustantivas y procedimientos que completen la protección económica y social de los consumidores y familia.

En Francia, es donde se advierte con mayor intensidad la política legislativa dirigida al consumidor sobreendeudado focalizada en la persona física de buena fe en la imposibilidad de afrontar sus deudas no profesionales exigibles y vencidas. La ley del 31 de diciembre de 1989 denominada "Sobreendeudamiento por deudas del hogar domesticas", se caracteriza por la regulación de una etapa conciliatoria previa, instada por el propio deudor para la intervención de la commission de surendetement constituida por representantes de la administración pública, bancos, consumidores o usuario, en cuya sede se genera un plan que en caso de ser aceptado vincula a todos los acreedores. El fracaso de la conciliación puede derivar en una segunda etapa (redressement judiciaire) eminentemente judicial.

---

16 Dasso Ariel A. "Derecho Concursal Comparado" Ed. Legis, 2012, T. III, p. 160.

En este ámbito, adquiere particular relevancia por su actualidad la reciente Ordenanza 326 de 16 de marzo de 2014 incorpora a la Loi de Sauvegarde un último capítulo dedicado a la “Recuperación Profesional”, cuyo contenido dado las analogías del presupuesto material bien puede conceptuarse modélico en tanto las deudas profesionales tienen naturaleza tan vital como las contraídas para la alimentación, la salud, la educación, características del endeudamiento del consumidor.

En Estados Unidos la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection de 2005 incorporó al Título 11 del US Bankruptcy Code en el que el Capítulo 13 está destinado al deudor individual con ingresos regulares, un nuevo articulado bajo el título de “Composición del patrimonio del individuo” cuya normativa, según resulta del título está destinado a la prevención de los abusos y a la protección del consumidor.<sup>17</sup>

En Argentina, la ley 24.240 “Ley Nacional de Defensa del Consumidor” del 22 de septiembre de 1993 fue el disparador de una regulación legal cuya materia pasó a ser nota distintiva en la Constitución de 1994 que en su artículo 42 instauró en la pirámide legislativa el derecho de los consumidores.

La crisis económica del consumidor provoca en tribunales de Mendoza, Rosario y Salta particularmente la mayor ocupación y el sobreendeudamiento de los empleados públicos lleva al acogimiento del régimen concursal que en su formulación ordinaria, abarrotó los despachos en búsqueda de soluciones nunca satisfactorias.

Distintos proyectos quedaron estancados en su trámite y el último de ellos denominado “Régimen de sobreendeudamiento para pequeños deudores” elaborado por la Comisión Resolución 1163 de 22 de mayo de 2015 fue discusión y debate el 7 de julio de 2015 y elevado ulteriormente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Aparece aquí un nuevo presupuesto objetivo junto a la cesación de pagos: “el sobreendeudamiento” definida como la situación financiera o económica de perdurable desequilibrio entre las obligaciones asumidas y la capacidad de pago o activo realizable.

A modo de conclusión: El derecho concursal encuentra detrás de cada solución un nuevo problema. Su destino es la insatisfacción y su meta inalcanzable, porque detrás de cada respuesta aparece una nueva exigencia.

El derecho actual sometido a nuevas exigencias, debate novedosas respuestas.

Nunca será analizado en conjunto un hoy sino una tendencia a ser.

En suma, como enseñaba Girón Tena “seguirá siendo”

---

17 Ver Dasso, Ariel Gustavo “Código de Quiebras de los Estados Unidos de América” ed. Erreius, Buenos Aires 2015, p. XXV y normas en detalle ps. 31, 51, 91, 105, 109, 211, 269, 319, 327, 345, 557, 5879