

***AÑEJAS MEDITACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO QUE TUTELARIA UN SISTEMA CONCURSAL<sup>2</sup>***  
***Efraín Hugo RICHARD***

Publicado en Estudios de Derecho Concursal Uruguayo, Tomo VIII, Director Prof. Dr. Camilo Martínez Blanco, Montevideo 2021.

**Resumen:** Meditar sobre los valores que debe respetar un sistema concursal imponen reconocer los múltiples intereses que se conjugan en el desarrollo de una actividad empresarial que, sometida a una crisis, impone atenderlos para asegurar los bienes jurídicos que se intente tutelar. Tenerlos en claro, con una visión integradora permite entrever los objetivos a alcanzar y resolver, en la interpretación de las normas actuales o en la configuración de nuevas normas o en la integración normativa.

1. Es fundamental para el análisis de un sistema normativo esclarecer cual es el bien jurídico que el ordenamiento intenta tutelar. En función de ese estudio se podrá ahondar en la interpretación de las normas, buscando su coherencia, o propugnar el perfeccionamiento del sistema si el legislador no logró, mediante la norma positiva, alcanzar una real protección del bien jurídico.

En materia concursal no sólo se discute si el ordenamiento es de carácter sustancial o procesal sino también cual es el bien jurídico que la legislación intenta proteger. Y serán muy distintas las tutelas en orden a que se haya protegido la simple integración patrimonial, o la paridad de los acreedores, o el interés social, o la conservación de la empresa, o una diversa combinación de aquellos. Quizá la discrepancia o confusión radica en la observación de distintos ordenamientos jurídicos o en la realidad tan cambiante en materia económica.

2. La organización de la sociedad impone el ordenamiento jurídico que, por ello mismo no debe ser caprichoso, sino que implica que el legislador al ordenar un sistema normativo lo haga en función de proteger determinados valores caros a esa sociedad, cumpliendo con una necesidad de bien común.

Si bien los filósofos desde siempre han tratado las estructuras formales y los contenidos de los valores, recién en el curso del siglo XIX y comienzos del *siglo XX* se desarrolló como disciplina jurídica la "teoría de los valores". Por eso en muchos casos encontramos como equivalentes a la expresión "valores" la denominación "bienes" o "fines". Bien es la cosa concreta estimada o estimable, y valor la calidad abstracta que la hace estimable o estimada a la cosa. El valor no es

---

<sup>2</sup> Publicado en Estudios de Derecho Concursal Uruguayo, tomo VIII, Director Prof. Dr. Camilo Martínez Blanco, Montevideo 2021, pág. 19, donde su Director expresa en su presentación: "Iniciamos este octavo volumen de los Estudios, con un trabajo de Argentina, que el maestro concursalista Profesor Emérito doctor Efraín Hugo Richard rescató de su frondosa trayectoria escrita. En una nueva boutade de gran valor, a las que el ilustre formador académico nos tiene acostumbrado, transcribe un trabajo de más de 40 años (fue escrito en 1980 para la Revista de Derecho de Córdoba) "En torno al bien jurídico que debe tutelar un sistema concursal", y que conserva toda su lozanía. Es más, la frescura con la que está escrito (apenas fueron necesarias unas acotaciones en cursiva) dan un fuerte mentís a su autor, temeroso de haber desempolvado "ideas con olor a naftalina". No es así, estimado maestro y amigo, este trabajo (y su revisión) sirve para resaltar los mejores valores e intereses tutelables de la materia concursal." –págs. 7/8-.

distinto al bien, es su propiedad, es algo del ser que sólo tiene realidad en 'el ser (o bien). Por tales razones y por simplificación, usaremos equivalentemente las locuciones valor, bien o fines.

3. Con esta introducción corresponde proceder a determinar cual ha sido el bien jurídico tutelado, el valor protegido, la causa fin, la finalidad económico social perseguida por el legislador en materia concursal], en el ordenamiento normativo contenido en *las leyes Nos. 19551, su reforma en el año 1983 y la ley 24.522*.

El presupuesto incuestionado de los concursos es la cesación de pagos. En nuestro sistema ha sido recibida plenamente la tesis de Bonelli, quién considera que dicho estado se manifiesta por cualquier acto o hecho que lleve certeza de tal situación. Este hecho objetivo puede ser nominado de otras formas: estado de insolvencia, cesación de pagar, sobreseer o suspender los pagos, "insolvencia", "überschuldung", *crisis, avizoración de la crisis, etc.* Se trata en definitiva de describir un estado de impotencia patrimonial para atender las deudas exigibles con los bienes normalmente realizables.

Todo el sistema general del cumplimiento de las prestaciones derivadas de los repartos determinados por los negocios jurídicos, aparece convulsionado por el estado de cesación de pagos de una persona, como centro de un haz de derechos y deberes subjetivos. La importancia de la presencia de esa persona y de ese haz de relaciones en el campo jurídico-económico es la que generará mayor o menor desequilibrio en el sistema. Quizá la menor importancia de las prestaciones a cumplir por algunas personas permite que el sistema jurídico tradicional asegure el equilibrio o la estabilización de los desequilibrios producidos por ese sistema tradicional de hacer justicia, y el estado de cesación de pagos de esas personas no genere un impacto general en la sociedad que afecte algún valor sustancial, que imponga al Estado una presencia a través de una legislación específica que imponga distribuciones imperativas, cual la legislación concursal.

Es la magnitud del desequilibrio que se produce en el sistema jurídico económico tradicional por el estado de cesación de pagos de determinadas personas, lo que impone la necesidad de una legislación especial, apartándose de la justicia conmutativa del derecho común, generando un conjunto de normas que subordinan principios de derecho procesal y sustancial común en aras del interés general en preservar las relaciones generales ante el estado de cesación de pagos.

El impacto que el incumplimiento de los repartos determinados en los negocios jurídicos emanados del derecho privado generan en una determinada sociedad, cuando esos incumplimientos son de carácter masivo y a cargo de una persona, imponen medidas particulares, prácticamente de derecho público. Estas situaciones conmocionan al valor justicia y equidad en relación a la comunidad de los acreedores. El sistema jurídico tradicional permitirá que alguno satisfaga su acreencia, más no todos, lo que genera un conflicto entre todos quienes requieran cumplimiento de prestaciones de la persona en estado de insolvencia, dismantelará la actividad de quién no puede pagar, aunque quiera pagar, o que no pueda pagar a todos, aunque no desconozca sus obligaciones ni sus incumplimientos.

Un nuevo reparto impuesto por el derecho público, un nuevo sistema de distribución con participación colectiva de todos los interesados es impuesto por el Estado, ante situaciones particulares generadas por convenios privados o incumplimiento de contribuciones legales, pero como actuación de derecho público ante situaciones impensadas por las partes, para preservar la justicia de los repartos. Un nuevo concepto distributivo con intervención colectiva de todos los interesados en el ámbito privatístico es impuesto por el Estado con una actividad de derecho público minimizada.

4. Metodológicamente es difícil encontrar en forma directa el valor protegido por la legislación concursal], pues no hay duda que -como en todo ordenamiento jurídico- genéricamente se aplica el valor justicia, seguridad, equidad, utilidad. Ante tal constatación y lo indicado precedentemente, debe recurrirse al principio de polaridad como característica fundamental de los valores. Así aparece como disvalor "la cesación de pagos", como situación irregular no querida por la sociedad, y por tanto asumido por la actividad del legislador para darle solución para evitar esa .. quiebra del principio del bien común económico, desnaturalizando también aquel otro de la actividad económica productiva"

Podemos anticipar que eliminar el estado de cesación de pagos resulta el bien jurídico tutelado. No es función del legislador enunciar el bien jurídico tutelado, sino imponer una serie de principios generales, rectores, normativos, en los que ha tenido en cuenta o insertado su finalidad, el respeto de un valor o la eliminación de un disvalor.

El legislador argentino reconoce esos principios en las Exposiciones de Motivos e impone normas tendientes a asegurar la consecución de los mismos. A través de esa finalidad se tutela un bien jurídico, tratando de eliminar el disvalor. Detectado ese disvalor, la ley procura realizar el valor jurídico de la justicia distributiva, que pondera por encima de la simple protección adecuada del crédito y no se satisface sola con ello, orientada al restablecimiento de actividades económicas útiles sin que ello implique proteger al empresario, pues la actividad productiva libre del estado de cesación de pagos puede continuar bajo la propiedad o dirección de un tercero. *La empresa es el elemento material y la técnica organizativa es la sociedad como elemento formal.*

5. Ese bien jurídico tutelado que acabamos de enunciar: la eliminación del disvalor de la cesación de pagos, obliga a hacer un reconocimiento sobre su naturaleza. Entendemos que representa un bien común económico, valor en el que se conjugan los de justicia, orden y seguridad jurídica.

Los valores justicia, orden, equidad, seguridad y bien común no presentan antinomia, sino que se interrelacionan en armonía, permitiendo superar cualquier análisis sobre la validez individual de alguno de ellos.

6. La justicia que requiere la problemática concursal no es del tipo conmutativo, sino del tipo integrativo o distributivo típico de la justicia llamada social o del bien común. La igualdad no es de cantidad, sino de proporción o mejor aún de conjunción. Ante la dificultad de efectivizar los repartos determinados se procede a una distribución aplicando principios de derecho público.

La justicia es propia de todas las virtudes en cuanto ordena al hombre al bien, pero no sólo en relación a otro sujeto sino al bien común, como carácter social o de convivir en sociedad. La Justicia es la virtud general. A la ley concursal interesa, sin perder de vista esta virtud general o principio de justicia, restablecer el orden económico, la actividad económica de la empresa libre del disvalor, del estado de insolvencia o hacer cesar toda actividad empresaria cuando no se la pueda liberar de aquel disvalor. Se trata en sí de restablecer el desequilibrio de los repartos por medio de un nuevo sistema de distribución.

El derecho concursal se aparta de los derechos que por otros derechos corresponden: el acreedor deja de tener su derecho sobre los bienes ya aprehendidos, el adquirente ve inoponible su derecho de propiedad frente a los acreedores concurrentes. La ley concursal enfrenta un haz de derechos y repartos conmutativos enfrentados en relación al deudor común, y con principios de justicia distributivo debe interferir en el orden común formalizando adecuadamente los repartos frente al estado de cesación de pagos del deudor común. La ley concursal interfiere en los repartos iniciados

por el derecho común frente al disvalor de la insolvencia y mientras esta exista. Desaparecido el estado de cesación de pagos cesan los efectos particulares del sistema concursal.

Corresponde aclarar que no entendemos al derecho concursal como un derecho especial o de excepción. El derecho concursal jamás se aplica como excepción frente al derecho común, sino que producido el estado de excepción que llevó al legislador al dictado de las normas concursales, constatado judicialmente ese estado de excepción de cesación de pagos, el derecho concursal pasa a aplicarse como derecho común, y el ordenamiento general sólo se aplicará cuando este ordenamiento común concursal así lo disponga o cuando sean las normas compatibles. *Con la reforma e integración del Código Civil y Comercial -2015- normas como la del art. 2 invita a la sistematización y en el art. 150 lo hace en torno a las personas jurídicas, atendiendo a las relaciones de organización, generando una congruencia del sistema societario y el concursal, entre otros.*

La ley concursal, al intentar restablecer el orden de los repartos, no mira el beneficio de los acreedores, ni de éstos en común, ni los del deudor, sino los de la sociedad toda en la que se encuentra inserta la actividad afectada de] disvalor, a la que intentará liberar de ese estado o procederá a hacerla cesar.

El ordenamiento concursal, como por el principio del bien común el Estado puede imponer contribuciones, impone determinadas cargas para hacer valer los derechos, distintos al del derecho común. Así la forma única, típica y necesaria de insinuarse dentro del pasivo del concurso, con expresión de la causa de su acreencia, causa de adquisición de los títulos valores circulatorios, condicionando también el ejercicio y límite de esos derechos por medio de los llamados acuerdos concursales, determinando el reparto que le corresponde a cada uno de los concurrentes atendiendo al bien común y a principios distintos al del derecho común,+ modificando incluso el sistema de privilegios, y determinando formas de distribución particulares.

Frente a este análisis, parecería que la dificultad restante estriba en determinar cuál es la naturaleza del bien común o causa fin del legislador que determina esos principios concursales. ¿Será una forma de reinserción del mundo económico en el mundo moral? Esto aparecería como probable en un mundo donde los valores económicos parecen tener mayor importancia que los morales, no obstante, lo cual no creemos tal intención en la ley 19551 por las normas sancionatorias ejemplares que la misma *contenía* frente a desviaciones en la conducta, *ni en las posteriores, aunque si podemos encontrarlas en el Código Penal y en previsiones como la contenida en el art. 19 de la ley general de sociedades.* En cambio, parece atendible entrever el intento de reinsertar el individualismo económico, sea del deudor o de sus acreedores, en una dirección de interés común: mantener o depurar la actividad económica de elementos impuros, cual es el estado de cesación de pagos. Se trata de restaurar al más breve plazo la aplicabilidad de la normativa conmutativa, de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad.

Insistimos que en el derecho concursal no es aplicable la justicia conmutativa o justicia de equivalencia de las prestaciones, de tipo privatístico, pues el interés superior de la sociedad se encuentra en juego.+ Al no poder resolver las partes individualmente el estado de cesación de pagos, pernicioso para la sociedad en la que se insertan las relaciones jurídico- económicas, por el principio de subsidiariedad, el Estado incorpora un sistema procesal publicístico, con normas sustantivas dirigidas al bien común, y ese bien común es mantener en lo posible la actividad económica productiva *–dentro de la desarrollada por la misma persona jurídica o humana o apartándola de esos patrimonios frente a su invalidez–*, eliminando la insolvencia e inclusive apartando al mismo empresario de la actividad productiva, sea de la propiedad por medio de la

forma liquidatoria o acuerdos concursales, o de la dirección conforme acuerdos concursales o actividad de los funcionarios del concurso.

Bien común es la confluencia o integración de intereses en los concursos. Las normas en general tutelan el bien común, pero con carácter conmutativo, en el derecho concursal hay convergencia, de carácter distributivo en búsqueda del bien común. Búsqueda que se formaliza por múltiples medios que otorga la ley para superar el estado de cesación de pagos en la actividad productiva.

Se remarca ese principio de justicia asegurando la integración patrimonial, disponiendo la inoponibilidad a los acreedores de determinados actos válidos finiquitados entre el concursado y terceros. Esa ineficacia frente a la validez del acto se encuentra imbuido en el valor justicia con respecto del bien común de todos los concurrentes frente al tercero.

Este valor justicia, no obstante, no puede realizarse sin un orden. El orden no es un valor en sí mismo, pero resulta indispensable para garantizar la justicia, la paz, la seguridad, la libertad y el bien común perseguido. El orden aparece, así como un principio primario sobre el que se asentarán otros valores, sobre el que convergerán para construir un sistema. Generar una organización de la sociedad sobre ciertas bases con el fin de asegurar la subsistencia del grupo, realizar la empresa de una civilización y también en vista a obtener, por equilibrios apropiados, el movimiento lento y uniforme del conjunto de situaciones y relaciones sociales, aparece como una misión esencial. El orden presupone la libertad y justicia dentro de las cuales la sociedad se desarrolla, y en cuyo seno y en su beneficio se generan organizaciones de bienes y servicios productivos.

El orden jurídico es la unidad de los derechos de la personalidad y de las exigencias de la vida social.

La paz converge y se asienta con los valores justicia y orden, y es una consecuencia de la existencia de estos. No hay paz en un orden injusto donde, aunque se aparte del sistema conmutativo no existan determinadas garantías en la distribución de los repartos.

La seguridad deriva del orden. Ambos son presupuestos de la justicia. La seguridad en sentido objetivo se traduce en la existencia de un ordenamiento jurídico y en su mantenimiento y desarrollo. Las relaciones persona-persona, persona-sociedad, con la autoridad, recíprocamente debe cimentarse sobre un claro fundamento jurídico y estar protegido, si hay necesidad por la autoridad judicial, lo que supone la existencia de un ordenamiento normativo determinado y de un tribunal que lo aplique. Estos resguardos orden y seguridad están garantizados por el sistema, procesal publicístico desenvuelto por la ley concursal.

Pero los fines del derecho están englobados en la noción más amplia del bien común. La finalidad es un hecho universal en el movimiento ordenado del universo, pero sólo el hombre obra por un fin, por el conocimiento cognoscitivo e intención del bien, como producto de su inteligencia, que es la causa final de su obrar. Corresponde esa actitud finalista a una inclinación social del hombre, a una potencia del mismo que se actualiza gradual y permanentemente. Todas las sociedades, como los individuos que la integran, buscan su bien común, como causa final o primer principio impulsor.

Ese bien común social, de carácter temporal, objeto del derecho como finalidad del mismo, representa el compuesto de presupuestos sociales necesarios para que los individuos, los grupos y las sociedades alcancen sus finalidades existenciales y logren su pleno desarrollo, integrados en las comunidades mayores, como partes de un todo.

Este enfoque representa una justicia de proporciones, frente a una justicia conmutativa propia de las relaciones simplemente bilaterales *—atisbamos el futuro de las relaciones de organización*

frente a las de cambio con las que se construyó la dogmática jurídica-, pues vincula el bien particular con los otros bienes particulares, y los bienes particulares con el bien común, según un reparto de proporciones, en análisis de las diversas relaciones afectadas. No se trata de sacrificar a nadie sino de buscar la ubicación de los derechos de cada uno en el todo. Ese es un fin en sí mismo de un procedimiento de tipo universal cual el concursal. El bien común aparece como superior al bien privado. Lo que pertenece a una sola persona es poca cosa en comparación a lo que conviene al grupo humano en el que se integra esa persona al convivir en sociedad.

7. Dentro del bien común, dentro del derecho positivo o del bien común temporal, el bien común económico y todo lo relacionado a la productividad, distribución y consumo de bienes, con una más justa distribución, se puede identificar como un valor. Dentro de nuestra sociedad, el mantenimiento de la fuente de trabajo, de lo que crea riqueza distribuible, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador.

Reconstruir el patrimonio es una forma de eliminar la insolvencia que recaía sobre un patrimonio al que se habían excluido o sustraído determinados bienes. Eliminar créditos ilegales tiene la misma finalidad, evitando que incidan sobre la incapacidad financiera del patrimonio. *Al referirnos a la actividad empresarial desarrollada por un patrimonio estamos ya dentro de un esquema organizativo de sociedades.*

La formulación de los acuerdos y la decisión sobre su homologación debe construirse sobre la posibilidad, cierta de la eliminación del estado de cesación de pagos. Cuando no es superable esta situación económica, se tiende a eliminarla en relación a la empresa, liquidándola, en funcionamiento, pero libre del estado cesación de pagos que recaerá sobre el patrimonio que queda como prenda común de los acreedores constituido por el precio de venta y otros bienes del concursado. El fin de la ley está concluido: se ha liberado del estado de insolvencia a los fondos productivos. La confianza del crédito queda restituida.

Devolver la potencialidad productiva puede aparecer como un bien común. Eliminar los factores que impiden que se generen bienes, se multipliquen las relaciones jurídicas de contenido económico conforme el efecto multiplicador de las mismas, esparciendo riqueza y libre de los riesgos de incumplimiento, resulta tutelable. Esto aparece compuesto por el proceso concursal] conforme los efectos de su apertura, por las posibilidades de concertación y colaboración con los acreedores a través del acuerdo, o con la continuación de la empresa, o con el avenimiento, o con la liquidación de la *sociedad*, libre del estado de cesación de pagos y del empresario que generó y no pudo resolver ese estado de cosas.

Pero si el procedimiento concursal no logra mantener la actividad económica libre del disvalor de la cesación de pagos, hace cesar la actividad económica y por ende los riesgos de la insolvencia para el futuro. Interesa la actividad empresaria, pero más que ello evitar actividad económica en cesación de pagos por el efecto que ello produce con carácter multiplicador en las relaciones jurídico-económicas, pérdida de la seguridad y alteración de la justicia conmutativa cada vez más difícil de restablecer frente a la perdurabilidad en la sociedad de una empresa en estado de insolvencia.

Podríamos reconocer y analizar, con esta dirección finalística del bien común económico, la totalidad de las normas e institutos creados por la ley concursal como ley común cuando se reconoce judicialmente el estado de cesación de pagos. En esa eliminación del disvalor, permitiendo la continuidad o asegurando la cesación de la actividad económica, se enrolan el grueso de sus normas en forma fácilmente identificable.

La revocatoria concursal o sistema de inoponibilidad, la suspensión de actos de ejecución forzada o de acciones de contenido patrimonial, de intereses, la facultad del síndico respecto a la resolución o cumplimiento de contratos y las formas de liquidación configuran un todo sistemático e integrado con la finalidad expresada. El llamado derecho de excepción interfiere en el derecho común y lo sustituye como tal cuando se reconoce el disvalor de la cesación de pagos, orientándose a restablecer el bien común económico alterado, *obviamente dentro del esquema normativo, hoy perfilado por el art. 150 del Código Civil y Comercial para las sociedades.*

8. Determinar los valores y bienes jurídicos tutelados por una norma es obra de tiempos y doctrina, el legislador se limita a enfrentar su realidad social y económica, en forma sistemática que dan coherencia y permanencia a las normas.

A esa inclinación social del hombre que, a través del conocimiento cognoscitivo e intención del bien como producto de su inteligencia -que hemos reconocido precedentemente- importa una actualización gradual y permanente de la ciencia jurídica, no sólo a través del ordenamiento normativo sino de la doctrina judicial y científica, compromete el aseguramiento constante de aquellos fines. Compromete esa característica a revisar constantemente los medios de aseguramientos de los bienes jurídicos tutelados, revisar si debe anticiparse la actuación concursal ante el fantasma de la cesación de pagos, si deben mantenerse excluidos los acreedores beneficiados con derechos reales de garantía, si la inoponibilidad de actos no debe anticiparse en los trámites concursales, como tantas otras situaciones advertibles con posterioridad a la sanción de nuestra actual ley concursal que, indudablemente, es respuesta a esa actualización permanente de la sociedad, pero cuyo análisis escapa al tema central de esta nota, cuyo objetivo es contribuir a esa actualización en la búsqueda de principios orientadores uniformes, necesarios para la interpretación integral del sistema concursal.

9. *Las meditaciones precedentes no son de hoy, se corresponden a mi inicial visión sobre el sistema concursal. Ya se atisba mi preocupación sobre la actividad empresarial, su organización, la conservación de la empresa para asegurar puestos de trabajo y beneficios para la comunidad. Los “conversatorios” que desde hace años se generan por y con Osvaldo Chomer, y su invitación a publicar en DECOMI, me motivaron a abrir el cofre de los recuerdos.*

*Las líneas precedentes fueron escritas hace algo más de 40 años –en el primer semestre de 1980. publicadas bajo el título “BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL SISTEMA CONCURSAL” en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba año 1979/1980, edición de la Universidad, Córdoba 1982, pág. 261.*

*Sólo he agregado en bastardilla poquísimas líneas –como estas- a fin de darle actual vigencia y que el lector sólo se apercibiera al leer este último párrafo, integrando una referencia al homenaje a Jesús Sanguino Sanchez, en el año 2007, cuyo emocionado recuerdo, junto a mis maestros Francisco Quintana Ferreyra y Héctor Cámara, reitero en mi largo recorrido iluminado por sus enseñanzas. Uso el mismo método que cuando actualizo el libro “Prenda con registro o hipoteca mobiliaria” del último maestro, respetando totalmente el texto original e introduciendo los ajustes en bastardilla.*

*Compartiendo estas viejas meditaciones intento justificar mis pensamientos posteriores en torno a los objetivos que deben guiar a una legislación de crisis y su inserción en una sistemática jurídica. El tema queda inmediatamente vinculado al bien jurídico tutelado por el derecho concursal cuando el sujeto sea una sociedad. Se trata de evitar allí que se instale el estado de cesación de pagos.*