

El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio

Por Julio César Rivera

I. Introducción

1. La Reforma permanente de la legislación concursal

Algunos atrás presenté un informe a la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, que comenzaba así:

“Dice un autor francés contemporáneo que en el derecho francés nada queda de la legislación sobre quiebras de 1807.¹”

Así, en Francia han regido sucesivos regímenes destinados a enfrentar la insolvencia; en 1838 y 1889 se reformó el libro III del Código de Comercio de 1807²; en 1935 una nueva modificación del mismo libro estuvo dirigida a acelerar los procedimientos y estableció el superprivilegio de los asalariados y previó la extensión de la quiebra a toda persona que bajo el amparo de la personalidad moral hubiera actuado en interés propio o dispuesto de los bienes sociales como si fueran de ella. En 1955 el decreto del 20 de mayo de 1955 produjo la sustitución completa del Libro III, rápidamente reemplazado a su vez por la ley del 13 de julio de 1967; ésta ha sido calificada como la primera tentativa de crear un derecho de las empresas en dificultades; la ley de 1967 organizó el procedimiento de “acuerdo judicial”, cuyos principios fundamentales son los del concordato de mayoría; y la liquidación judicial, dirigida exclusivamente a la satisfacción de los acreedores mediante el producido del activo del quebrado. Si bien la ley del 13 de julio de 1967 había conservado numerosas instituciones del derecho tradicional de quiebras, una ruptura significativa se produce con la “suspensión provisoria de demandas” introducida por ordenanza del 23 de septiembre de 1967; se aplica a las empresas de cierta significación y se introduce la idea de que la solución para la empresa debe plasmarse en un plan dispuesto por el tribunal, no sometido a la aprobación de los acreedores; significó un debilitamiento significativo de los derechos de los acreedores y un acrecentamiento de los poderes del juez, cuyo rol es todavía más importante a partir de la ley del 15 de octubre de 1981 que reforma parcialmente el régimen de la ley de 1967. En 1985 se sanciona la ley del 25 de enero que nuevamente reforma integralmente el derecho de las empresas en dificultades; su artículo 1º ejemplifica claramente su orientación: los procedimientos de reorganización y de liquidación tienen por finalidad: el salvataje de la empresa; el mantenimiento del empleo y la actividad; el pago del pasivo. La doctrina y la jurisprudencia entendieron que esta enumeración importaba una verdadera escala jerárquica de los objetivos del régimen. Y en

¹ Jeantin, Michel, *Droit commercial*, 4a. ed., París, 1995, nº 529, pág. 330

² En la primera reforma se mantuvo el espíritu del Código, aunque se aceleraron los procedimientos, se redujeron los costos y se aligeraron las sanciones contra el fallido. La reforma de 1889 introduce por primera vez un procedimiento de liquidación que de todos modos autoriza que el fallido conserve la administración de sus bienes con la asistencia de un liquidador.

1994 la ley del 10 de junio produce “la reforma de la reforma” que como se verá intentó rescatar el papel de los acreedores, singularmente debilitado en el régimen de 1985³. A lo expuesto puede sumarse la existencia de regímenes especiales que coexisten, como el de sobreendeudamiento de particulares y el acuerdo amigable para productores rurales.

Similares desenvolvimientos del derecho de la quiebra y de las empresas en dificultades se pueden observar en otros países

Así, en Italia es conocido el régimen de administración de grandes empresas en crisis que fue establecido por normas sucesivas en 1979 (conocida como ley Prodi). Estudios para la reforma del derecho concursal se llevaron a cabo por una comisión presidida por Pajardi.

En Alemania rige una nueva ley fue sancionada en 5 de octubre de 1994.

En EEUU el sistema de quiebras fue reformado significativamente por la Bankruptcy Reform Act de 1978, lo cual coincidió con un crecimiento enorme de las quiebras de empresas industriales y comerciales, que pasaron de 36,5 por cada 10.000 firmas en los diez años anteriores a la nueva ley a 87,1 por 10.000 en los diez años posteriores a ella⁴. Seguramente este fenómeno no ha sido ajeno a la creación por el Congreso, en 1994, de la National Bankruptcy Review Commission con el propósito de evaluar el sistema concursal y proponer reformas. Pero amén de ello con motivo de algunos procesos muy conocidos y de gran repercusión – como los de Continental Airlines y Wilson Foods - cientos de propuestas de reformas fueron presentadas y en concreto se produjeron modificaciones al US Bankruptcy Code en 1984 y en 1994. En el año 2.001 el Senado votó una reforma significativa tendiente a hacer más difícil la quiebra de las personas físicas.

En Inglaterra un nuevo régimen fue estatuido por la Insolvency Act de 1986.

Lo mismo puede decirse del derecho argentino, cuyo derecho de quiebras tuvo distintos regímenes integrales en 1889, 1902, 1933, 1972 (este reformado en 1983) y 1994, existiendo actualmente un proyecto de reformas importante en el Senado de la Nación que sigue en gran medida a un anterior proyecto del Ministerio de Justicia.”

2. Evidencias recientes

Desde que aquél trabajo fue presentado, podemos señalar que se han producido – entre otras – las siguientes reformas:

- del USA Bankruptcy Code en 2005;
- Del régimen francés en 2005, en vigor desde el 1.1.06;

³ v. Jeantin, ob. cit., a partir del nº 530, págs. 331 y sigs.

⁴ Carruthers, Bruce G. – Halliday, Terence C., Rescuing Bussines. The making of corporate Bankruptcy Law in England and the United States, Oxford, London, 1998, pág. 3.

- De la Legge Fallimentare en 2006 y 2007⁵;
- Del sistema colombiano por ley 1116 del año 2006 y del chileno en 2005;
- Del derecho australiano, concretada por la Brankruptcy Legislation Amendment Act de 2002 y en vigor desde el 5 de mayo de 2003; lo que no excluye que el 12.10.05 el Gobierno Federal anunciara otro paquete de reformas⁶ 10.11.06 el Secretario Parlamentario del Australian Treasurer diera a conocer un nuevo proyecto⁷;
- Del derecho de la India que por vía la Companies (Second Amedment) Act (2002), reformó de manera importante la Companies Act de 1956, incluyendo reglas sobre reestructuraciones e insolvencia ;
- Japón ha dictado una ley sobre Reorganización Corporativa que si bien mantiene la estructura de la legislación anterior, inspirada en el capítulo XI de la ley de los Estados Unidos, ha incorporado 55 medidas de reforma para hacer más eficiente el sistema⁸;
- En Turquía se han sancionado sucesivas reformas entre los años 2003 y 2004 que han acercado el régimen al de los países más avanzados, con nuevos mecanismos de reorganización⁹;
- En Nueva Zelanda un proyecto ha pasado ya dos lecturas en el Congreso y se preveía su aprobación para mediados del 2007¹⁰

Otros países han tenido reformas prácticamente totales; así en España (ley del 9 de julio de 2003), Brasil (ley del 9.2.05 en vigor desde el 10.6.05)¹¹ y México (año 2000).

China también tiene una nueva Enterprise Bankruptcy Law, sancionada en 27 de agosto de 2006 y entrada en vigor el 1 de junio de 2007; ley que comprende 12 capítulos con 1336 artículos, que reemplaza a la ley de 1984¹².

⁵ La mayor reforma a la legge fallimentare de 1942 es la introducida por el Consejo de Ministros el 22.12.05, en vigor desde el 16 de julio de 2006; pero lo curioso es que el gobierno italiano debió instrumentar ajustes por un nuevo acto legislativo en junio de 2007: v.- Oglio, Livia, Italian bankruptcy law requires restyling only one year after its enactment, *Insolvency and Restructuring International*, International Bar Association, vol. I, nº 2, pág. 19

⁶ Stanley, Della, The reform of Australia's Insolvency Laws, *Insol World*, Fourth Quarter 2005, pág. 29.

⁷ V. Hughes, Michael – Walter, Ian, Australian Insolvency Law Reform – Key Changes, *Insol World*, First Quarter 2007, pág. 27.

⁸ La ley fue aprobada por la Dieta en diciembre del 2002 y está en vigor desde el 1.4.03: v. Matsushita, Junichi, New Corporate Reorganization Law in Japan, *Insol World*, First Quarter 2003, pág. 18.

⁹ En el año 2003 se incorporaron dos procedimientos principales, ambos para contribuir a evitar la liquidación; uno de ellos es la “postergación de la quiebra” (postponement of bankruptcy) y la “reorganización por la vía del abandono de activos del deudor” (reorganisation by way of abandonment of the debtor assets); y en 2004 se introdujo la reestructuración de sociedades por acciones por vía de conciliación (restructuring of capital stock companies by way of conciliation). V.: Jami, Amir – Kaya, Nihan, Developments in Turkish Insolvency Law, *Insol World*, First Quarter 2007, pág. 21.

¹⁰ Edwards, Craig – Bos, Michael, Reform of Personal and Corporate Insolvency Laws in New Zealand, *Insol World*, Fourth Quarter 2006, pág. 21.

¹¹ Sobre la evolución del derecho de Brasil v.: Queiroz, Jorge – Jarvinen, Christopher A., A Brief Look of Brazil's Corporate Insolvency Law, , *Insol World Silver Jubilee Edition 2007*, pág. 26

Alguno ha creado un régimen que antes no tenía; tal el caso de Nepal que ha sancionado una Insolvency Ordinance en el año 2005 que reemplaza reglas elementales existentes en la ley sobre compañías del año 1997¹³

En la República Argentina, como consecuencia de la crisis de 2002, se sancionó primeramente una reforma parcial por la ley 25563 y luego una contrarreforma instrumentada por la ley 25589 en la que – por razones circunstanciales - tuvimos participación casi exclusiva.

En la República Oriental del Uruguay se estudia un proyecto de renovación total y en Sud África el proceso de reforma viene siendo estudiado desde el año 2000 habiendo sido publicado en febrero de 2007 un proyecto de Companies Bill que contiene las “business rescue provisions”.

Y por si este panorama nacional fuese poco, la Ley modelo UNCITRAL sobre quiebra transfronteriza tiene cada vez mayor recepción en el mundo y Europa tiene una Convención conocida como European Insolvency Regulation, lo que evidencia una transformación extraordinaria frente al criterio secularmente aceptado de la territorialidad de la quiebra.

II. Las causas de este fenómeno

3. La creciente importancia del derecho concursal

Esta renovación permanente de la legislación sobre quiebras y empresas en dificultades no puede sorprender, desde que el derecho de quiebras está directamente influenciado por la evolución de las condiciones económicas; lo que explica que el legislador obre en dos direcciones: reformas en profundidad que se corresponden a mutaciones fundamentales de la historia

¹² El caso de China es muy interesante desde la perspectiva de la influencia del ambiente cultural en el régimen jurídico. La influencia del Confucianismo importó la ausencia de leyes en materia de negocios o actividades económicas; simplemente se esperaba que cada uno cumpliera con sus obligaciones por ser ello un deber moral, con lo que la reducción o el perdón de las deudas eran ideas absolutamente ajenas a la tradición cultural. De allí que el incumplimiento de las deudas significaba un estigma casi ilevantable y en lo el plano jurídico no cabía la noción de quiebra. Ello fue así hasta la ley de 1906, sancionada todavía vigente la última dinastía imperial; luego se dictó una nueva ley en 1935, conocida como la Republic of China Bankruptcy Law, que curiosamente sigue constituyendo la base del derecho falencial de Taiwán. La necesidad de una regulación más completa y moderna se sintió contemporáneamente con la apertura comenzada en 1978, de modo que en 1984 comenzaron los trabajos que dieron lugar a la ley de 1986, que entró efectivamente en vigencia en 1988. La revisión de la ley de 1986 comenzaron en 1994 y dieron su fruto doce años después con la ley de 2006. Esta nueva ley es considerada como una ruptura cultural, ideológica y conceptual tanto con la tradición china cuanto con el régimen comunista, pues incluso prevé la quiebra de las sociedades estatales. Esta ley coloca la quiebra como una pieza central de la legislación en la China moderna y responde a la mayor parte de las cuestiones a que había dado lugar la anterior legislación: v. Tang, Alan C. W., *Development of the Practice of Bankruptcy in China*, Insol World Silver Jubilee Edition 2007, pág. 20. Cabe apuntar que la legislación rusa también se refirió a la quiebra de las sociedades estatales: decreto 623 del 14.6.92: “About Measures on Support and Rehabilitation of Insolvent (Bankrupt) Stateowned Enterprises”, v.: Fainschmidt, Evgeny, *Development of the Insolvency (Bankruptcy) System in the Modern History of Russia*, Insol World Silver Jubilee Edition 2007, pág. 30

¹³ Bharat Raj Upreti, *The Nex Insolvency Law in Nepal*, Insol World, Fourth Quarter 2005, pág. 22.

económica o del aparato productivo; y reformas puntuales que aparecen como respuestas a situaciones de crisis más coyunturales ¹⁴.

Es más, esto responde a la relevancia significativa que esta rama del Derecho ha adquirido en los últimos decenios. En una importante obra se señala que en los últimos veinte años el derecho de quiebras ha tenido un impulso fenomenal, dado que sus repercusiones financieras y humanas son enormes. En muchas economías avanzadas, inclusive Estados Unidos de América e Inglaterra, el derecho de quiebras aparece como un nuevo recurso estratégico de los dirigentes de empresas¹⁵, tanto como una nueva frontera para los abogados y contadores altamente expertos; y como materia de nueva urgencia para los gobernantes que pretenden propiciar la asunción de riesgos empresarios preservando a la vez el empleo y las industrias locales. En este sentido, la quiebra es definitivamente característica de una economía de mercado; ella fija los límites de la extensión del crédito, confrontando riesgos, especulaciones empresarias y las decisiones de la empresa; compromete a todos los sectores de la economía; y expresa los fundamentales conflictos en el corazón de la política capitalista entre trabajo y capital, propietarios y administradores, deudores y acreedores, el Estado y el mercado¹⁶. De otro lado la insolvencia – en cuanto esté exenta de fraude - se avizora como haciendo parte de la dinámica de una economía competitiva sana ¹⁷

En este sentido la Comisión que en Argentina proyectó la incorporación de la ley modelo UNCITRAL de quiebra transfronteriza dijo:

...Una ley de insolvencia efectiva puede –razonablemente jugar un rol crítico en numerosas áreas; generalmente incrementa la competitividad de las empresas, facilita el acceso al crédito y el desarrollo del mercado de capitales...

Obviamente, esta importancia creciente del derecho de la insolvencia, hace que no sea ya visto solo como un campo en el cual se resuelven conflictos privados entre deudor y acreedores, sino como un terreno en el cual se entrecruzan múltiples intereses y que requiere soluciones eficientes.

En suma, el sistema concursal es una pieza clave de la economía de mercado.

De allí que los países del bloque oriental europeo y de otros países ex comunistas, debieron sancionar leyes de quiebra al terminarse el período de la

¹⁴ Jeantin, ob. y lug. cit. en nota 1.

¹⁵ “*Strategic bankruptcy*” es una expresión que identifica procedimientos del capítulo 11 de la ley de Estados Unidos, que – por ejemplo - han sido usadas para relativizar los derechos de los trabajadores en el caso Continental Airlines; controlar una masa de demandas por responsabilidad civil por el uso de asbestos, en el caso Manville Corporation; o frustrar a corporaciones rivales, como sucedió en el conflicto entre Texaco y Penzcoil. De allí que se diga que los procedimientos de este tipo son una nueva arena en la que se dirimen los conflictos de poder entre las corporaciones: v. Carruthers – Halliday, ob. y lug. cit.

¹⁶ Carruthers – Halliday, ob. cit., pág. 1

¹⁷ Clift, Jenny, Colloque sur l’insolvabilité internationale, Revue de Droit Uniforme 2001-1-92.

economía planificada¹⁸ y producirse la mercantilización de los medios de producción¹⁹

4. La presencia de distintos intereses en juego

Buscar un sistema concursal eficiente requiere entonces, en primer lugar, identificar cuales son los distintos intereses que se cruzan en la insolvencia, y luego tratar de buscar un balance lógico entre ellos sin descartar prioridades entre unos y otros en función de intereses superiores.

Entre ellos se señalan:

- los derechos de los acreedores, lo cual puede ser visto desde dos planos: en un primero, el interés radica en obtener el mayor grado posible de satisfacción de las acreencias; en otro, que se respete en medida razonable una cierta igualdad entre ellos.
- la dignidad de la persona del deudor
- la protección de la empresa como entidad social y económicamente significativa²⁰

Esto sin embargo no es suficiente para encarar el problema de cómo conseguir una legislación concursal que opere de manera eficiente, pues ha de tenerse en cuenta que los términos “acreedores” y “deudores” no representan categorías uniformes. Hay muchos tipos o clases de acreedores (bancos, Estado, trabajadores, proveedores; nacionales y extranjeros; en moneda nacional u otra, etc.); y muchas categorías de deudores (empresas grandes o pequeñas y medianas; productores rurales o prestadores de servicios; personas físicas cuyas obligaciones se vinculan a una actividad empresarial o al

¹⁸ En Rusia no existía ninguna legislación sobre quiebras pues lisa y llanamente no existía la propiedad privada ; y el concepto « quiebra » no existió hasta las reformas de 1992, que produjeron un alza incontrolada de los precios y miles de empresas cayeron en insolvencia al mismo tiempo : v. Fainschmidt, Evgeny, Development of the Insolvency (Bankruptcy) System in the Modern History of Russia, , Insol World Silver Jubilee Edition 2007, pág. 30

¹⁹ De Arriba Bueno, Raúl, Transición y quiebra: obstáculos a la mercantilización de los medios de producción en Bulgaria, en: <http://www.ucm.es/info/ec/jec8/Datos/documentos/comunicaciones/Transicion/Arriba%20Raul.PDF>; tales son los casos de China, Azerbaijan, Bulgaria, etc. .

²⁰ También autores que examinan la cuestión desde el punto de vista del análisis económico del Derecho apuntan que por regla general cabe reconocer en las leyes de quiebras, dos objetivos iniciales: establecer un método que permita pagar ordenadamente a los múltiples acreedores; permitiendo al deudor conservar un mínimo de bienes que le permitan mantener una vida digna o por lo menos una “nonpenonrious existence”: Posner, Eric A., The political economy of the bankruptcy reform act of 1978, 96 Michigan Law Review 47. El artículo 1 de la actual ley alemana dice: “El procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente especialmente dirigida a la conservación de la empresa. A los deudores honestos les será concedida la oportunidad de exonerarse de las obligaciones residuales”.

ejercicio de alguna actividad individual y personas físicas sobreendeudadas por abuso del crédito personal o de consumo, etc.).

Y en alguna medida - a veces no poco significativa – aparecen otro tipo de intereses, como ser los de abogados²¹ y síndicos; y aun de los jueces interesados en oportunidades en destacar su rol en la superación de las crisis causadas por la insolvencia²².

Es evidente que el balance entre los distintos intereses en juego en las situaciones de insolvencia es difícil de obtener, y ello causa también un juego de influencias que ha sido puesto de relieve por la doctrina de los EEUU²³.

Al compás de estas mutaciones y del mayor o menor poder político de los sujetos concernidos por la insolvencia, distintos objetivos del sistema concursal han sido redefinidos.

5. La revisión de los objetivos del derecho concursal

La ponderación del sistema concursal en el marco de las políticas públicas, de su íntima relación con la sanidad del sistema financiero, con objetivos sociales universalmente compartidos, ha puesto de relieve que su objetivo no se limita entonces a la distribución de los activos del deudor para obtener la satisfacción – aunque sea parcial -de los acreedores, ni tampoco a la mera facilitación de soluciones acordadas entre deudor y acreedores para evitar la liquidación. Sino que a través de esos mecanismos – que son instrumentos o medios presentes en todos los regímenes de insolvencia - se persiguen fines más generales.

En esta orientación se ha dicho que la pretensión de tener un sistema concursal ordenado y eficaz se vincula derechamente con la solidez del sistema económico y financiero de los países; así lo señala el informe del FMI denominado “Por procedimientos de insolvencia ordenados y eficaces” presentado en el año 2.000²⁴.

²¹ Se señala que la reforma de la ley brasileña, que genera nuevas herramientas para el tratamiento de la insolvencia y exige el trabajo interdisciplinario, produce como efecto el haber destronado a los “falencistas”, expresión con la que se conocía a los abogados expertos en quiebras liquidativas, que constituían una suerte de corporación bien relacionada y que procuraba liquidaciones que incluso podían durar más de una década. En cambio, con la nueva ley surgirá, se avizora, una nueva generación de profesionales – no sólo abogados – expertos en reestructuraciones corporativas y recuperación de derechos de los acreedores: v. Queiroz, Jorge – Jarvinen, Christopher A., A Brief Look of Brazil’s Corporate Insolvency Law, , Insol World Silver Jubilee Edition 2007, pág. 26

²² Estos aspectos han sido muy claramente exteriorizados por Posner, ob. cit., quien hace un “*cast of characters*”.

²³ Posner, ob. cit.

²⁴ La Comisión argentina que preparó el proyecto de legislación sobre quiebra transfronteriza adaptando la Ley Modelo UNCITRAL dijo: *Cada vez con más tenacidad, las instituciones internacionales y sus miembros consideran los regímenes eficaces de insolvencia como elemento integrante de la prevención de las crisis y mecanismo esencial para reaccionar ante ellas. Ello, porque la economía mundial mutó sustancialmente en las últimas cuatro décadas de manera que normativas firmes de insolvencia y de relaciones entre acreedores y deudores son medios insoslayables para lograr aquellos objetivos y evitar o limitar las crisis financieras y*

Este informe señala como el primer objetivo de un régimen de insolvencia, la repartición previsible, equitativa y transparente de los riesgos entre los actores de una economía de mercado.

Y como segundo proteger y maximizar el valor de la empresa en el interés de todas las partes comprometidas en la economía en general.

En este sentido la tendencia neta del derecho comparado es la de privilegiar las soluciones preventivas de la liquidación; particularmente cuando se trata de la insolvencia empresarial.

Ejemplo de ello es la reforma a la legislación italiana. Si bien la Legge Fallimentare obviamente contemplaba el concordato de mayoría, la reforma del 2005 lo ha facilitado enormemente al reducir los requisitos para ingresar al procedimiento, ampliar los contenidos posibles del concordato y privilegiar la gestión privada de la crisis reduciendo significativamente el rol del tribunal²⁵. Así desaparecen:

- el requisito de estar inscripto en la matrícula;
- la exigencia de que el deudor sea “merecedor” del acuerdo preventivo;
- la obligación de ofrecer el pago íntegro de los créditos privilegiados o el mínimo del 40% de los quirografarios;
- la carga de respetar estrictamente la pars conditio creditorum; pues los acreedores pueden ser divididos en clases que tengan una posición jurídica e intereses económicos homogéneos.

Además, el presupuesto objetivo del concurso ya no es exclusivamente la insolvencia, sino que puede recurrir al procedimiento de concordato preventivo el deudor que se encuentre en “estado de crisis”. Y al tiempo de la homologación el juez se limita a un control extrínseco de legalidad formal verificando que las mayorías han sido alcanzadas.

Es interesante destacar que la reforma argentina de 1994 tuvo la misma orientación, y así también:

- el acuerdo preventivo quedó abierto a todos los deudores comerciantes y no comerciantes, personas físicas y jurídicas;
- se eliminaron todos los requisitos subjetivos, alusivos a la conducta del deudor que habían dado lugar a la negación de la homologación de acuerdos preventivos de mega empresas con resultados nefastos;
- se eliminó la carga de ofrecer el pago mínimo del 40% a los acreedores quirografarios;
- se aceptó la categorización de los acreedores;
- se redujo el papel del juez en la homologación al control formal de la existencia de las mayorías legales, aunque esto fue reformado en 2002 y ahora el juez puede desestimar el concordato que resulte en un abuso de derecho.

facilitar la reestructuración rápida y ordenada de un endeudamiento excesivo; en especial cuando el endeudamiento de las empresas constituye fuente de tensiones para la estabilidad macroeconómica de un país.

²⁵ TEvez, Alejandra N., La reforma de la ley concursal en Italia, LL Sup. CyQ (nov., 2006), pág. 19

Otras leyes recientes son prueba concreta de esta tendencia a la que aludimos; por ejemplo la ley brasilera permite incluso la reestructuración de los créditos fiscales y laborales²⁶ y la ley chilena ha tenido una modificación sustancial por vía de las sucesivas leyes 20004, 20073 y 20080, de modo de privilegiar los “convenios” que eviten la liquidación de las empresas, para lo cual ha incorporado figuras interesantes como el “experto facilitador” y la posibilidad de que ciertas cuestiones sean sometidas a arbitraje²⁷.

Por su parte la reforma francesa de 2005 profundiza esa orientación que ya estaba presente en la legislación gala; así, se dice que “la prevención debe ser el gesto-reflejo de quien gobierna la empresa”²⁸, para lo cual se incorpora un nuevo procedimiento, la “salvaguarda” que en definitiva no es más que una suerte de concurso preventivo al modo del capítulo 11 de la ley americana o de muchas otras leyes²⁹, aunque con peculiaridades muy francesas. En particular cabe señalar que en este procedimiento hay dos clases de acreedores: los establecimientos de crédito y los principales suministradores de bienes o servicios; estas clases son las que están legitimadas para discutir y votar el acuerdo propuesto por el deudor. Los tomadores de bonos son consultados pero no forman parte de estas clases; y con relación a los acreedores que no forman parte de las clases predeterminadas, el tribunal puede imponerles esperas (de hasta diez años) pero no quitas, y ello así aun cuando las clases no lleguen a un acuerdo con el deudor o el tribunal no lo apruebe³⁰

6. La globalización

6.1. La circulación de los recursos financieros

Una de las manifestaciones más elocuentes de la globalización es la circulación de recursos financieros³¹. Es notorio que el capital no tiene fronteras

²⁶ Colombo Arnoldi, Pablo Roberto, A ley concursal brasileira..., Revista de Derecho Comparado (Sta. Fe – Bs.As.) n° 14, pág. 39

²⁷ Salinas Ugarte, Gastón, Análisis de las leyes modificatorias y aclaratorias en materia de quiebras. Actualizaciones de la ley de quiebras en Chile, Revista de Derecho Comparado (Staq. Fe – Bs.As.) n° 14, pág. 167

²⁸ Cely R., Adriana María, El sistema concursal francés, separata de la Revista de Derecho Comparado (Sta. Fe – Bs.As.), 2008, pág. 3

²⁹ La experiencia de aplicación de la salvaguarda parece positiva; se informa que en el primer año de su vigencia se iniciaron más de 500 procedimientos, algunos de alto perfil, pero muchos de pequeñas empresas; en los hechos más de la mitad de los procedimientos comprenden a empresas con menos de diez empleados: Henrot, Jacques – Gumpelson, Joanna, A look at new French bankruptcy law one year after enactment, Insolvency and Restructuring International, International Bar Association, vol. I, n°I, mayo 2007, pág. 32

³⁰ La vigencia de la ley es todavía demasiado reciente como para afirmar el éxito o el fracaso del nuevo procedimiento; pero se señala que unos 500 procedimientos se iniciaron durante 2006, número todavía ínfimo con relación a los 47.000 procedimientos de reestructuración (redressement) y liquidación promovidos en el mismo período.

³¹ Olivera, Julio, Globalización, crecimiento económico y bienes públicos, en La justicia y la enseñanza del derecho, Academia Nacional de Derecho, Bs.As., 2006, a partir de pág. 63; Rivera, Julio César, Globalización y Derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales, LL 21.11.05 (también publicado en el libro “Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación”, Santiago de Chile, 2005, tomo II, pág. 1307).

y miles de millones de dólares o euros se transfieren diariamente entre los más diversos lugares.

Otra manifestación de la globalización es la importancia creciente de la inversión extranjera que se traduce en la producción de bienes o servicios. Esa inversión tiene por parte del inversor la finalidad de aprovechar las ventajas que suelen tener hoy países en vías de desarrollo y de allí el creciente fenómeno de la deslocalización (transferencia de las unidades productivas de países altamente industrializados a países periféricos) que permite utilizar mano de obra más barata, mejores condiciones fiscales, créditos, etc..

Ahora bien; como ha señalado el distinguido jurista y economista argentino Julio Olivera, los capitales (especulativos o destinados a la inversión productiva) van siempre hacia los países de mayor juridicidad. En concreto Olivera dice: *“Puesto que la justicia, función esencial del Derecho, es desde el punto de mira económico un bien público ... la tasa de crecimiento económico de un país depende positivamente de su grado de juridicidad. Por lo tanto, dado que en una economía global los recursos se mueven desde los países de crecimiento lento hacia los países de crecimiento rápido, podemos inferir que en un contexto de globalización, a igualdad de de las demás variables que regulan la tasa de crecimiento económico, los recursos se desplazan de los países de baja juridicidad a los alta juridicidad”*³².

En este punto las leyes de quiebras constituyen un capítulo particular y principal, pues como se señala por colegas provenientes de países que recientemente se han incorporado a la economía de mercado, la protección de los derechos de propiedad es naturalmente la preocupación mayor de los inversores foráneos y por lo tanto, el sistema concursal – uno de los pilares de esa protección – constituye una materia central a resolver para incentivar la inversión extranjera³³.

De modo pues que la existencia de un sistema concursal apropiado es una necesidad en el mundo globalizado, pues al ser un mecanismo que – como hemos dicho – debe perseguir la distribución equitativa de los riesgos propios de la economía de mercado, incentiva o desalienta la inversión foránea.

Por otra parte, y como es obvio, no basta con tener una buena ley; es preciso que ella se aplique de manera eficiente y de modo consistente con esa finalidad de distribución equitativa de riesgos. Argentina ha tenido siempre un sistema legal concursal muy razonable de acuerdo a cada época histórica; pero algunos desvaríos legales (la primera reforma durante la crisis de 2002: ley

³² Olivera, ob. cit.

³³ Isazade, Afkan R., Azerbaijan: legal framework of insolvency and bankruptcy, Insolvency and Restructuring International, International Bar Association, vol. I, n° 2, oct. 2007, pág. 23

25563)³⁴ y algunas aplicaciones judiciales conducen a poner en tela de juicio el real alcance de la protección del crédito³⁵

6.2. Expansión de los efectos de las crisis

Si la circulación de los capitales es una de las características definitorias del mundo globalizado, las crisis económicas de países que en otro tiempo podrían haber sido irrelevantes, hoy tienen repercusiones y proyecciones significativas.

Según un informe del Banco Mundial que ya tiene varios años³⁶, que desde los años 70 hasta la publicación del mismo, se tenían registradas 112 crisis sistémicas en 93 países

. Dice el informe que "Los nuevos métodos, la comunicación y la tecnología reformulan constantemente a los mercados nacionales y redefinen las nociones del derecho de propiedad. Las empresas comúnmente trascienden los límites nacionales y tienen acceso a nuevos tipos de crédito³⁷. Los riesgos de éste y de la inversión se miden con fórmulas complejas, y el capital se traslada de un mercado a otro con solo presionar una tecla de computadora³⁸. Los flujos de capitales son dirigidos por las percepciones públicas y la confianza del inversor en los mercados locales. Los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores desempeñan un rol importante en la creación y mantenimiento de la confianza de los inversores, tanto nacionales como extranjeros."³⁹

Y como consecuencia de ello se buscan nuevos medios para el tratamiento de estas crisis, medios que – como veremos – operan en dos planos: (i) La adecuación (o creación) de la legislación para el tratamiento local de las insolvencias causadas por la crisis; y (ii) la generación de reglas para el tratamiento de los efectos de las crisis internacionalmente expandidas.

a) La reacción "local" frente a las insolvencias causadas por las crisis

³⁴ V. Rivera, Julio César, . [¿Qué ley de quiebras para Argentina?, El Dial 16.4.02](#); Rivera, Julio César – Roitman, Horacio, El derecho concursal en la emergencia, Rev. De Derecho Privado y Comunitario 2002-1-363,

³⁵ V. Rivera, Julio César, La (des)protección del crédito, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 7/2007, pág. 19

³⁶ Principios y Líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, abril 2001, citado a partir de ahora como *WB Principios*, disponible en <http://wbln0018.worldbank.org/Legal/GILD/csadmin.nsf/wblaunchtext?readform&Best+Practices>

³⁷ Esto se advierte muy claramente al precipitarse la crisis argentina, en que se evidencia que las empresas que operan en el país, de capital nacional o transnacional, están endeudadas en mercados de capitales internacionales, sometidas a jurisdicción y ley extranjera.

³⁸ Otra realidad de la crisis argentina, en la cual fue decisivo que los depositantes externos que aprovechaban las importantes tasas de interés que se pagaban en el país, se desplazaron a otros mercados más seguros, produciendo una crisis significativa en el sector financiero que, como se verá no contaba con un prestamista de última instancia que pudiera parar la fuga.

³⁹ WB Principios, n° 5.

Decíamos recién que crisis ha habido en todas épocas; pero que a partir hace algunos años, el modo de enfrentarlas ha – por lo menos parcialmente – cambiado.

En efecto: las crisis de las postguerras o la de la gran depresión del 1929 fueron generadoras de grandes procesos inflacionarios o de una ruina económica generalizada ante la cual los legisladores y jueces trataron de recomponer las relaciones jurídicas individuales (mediante leyes de revalorización o de devaluación, como sucedió respectivamente en Alemania y en USA) entre particulares o entre estos y el Estado (emisor de deuda pública en poder de particulares); las reformas al derecho de la insolvencia también existieron pero sin duda no estuvieron en el centro de la preocupación de los legisladores (en Argentina las crisis dieron lugar a las leyes de quiebras de 1902 y 1933; y muchas leyes de concursos han sido reformadas como consecuencia de grandes cambios económicos y crisis profundas: así ha sucedido en los países asiáticos en los 90 y también en México).

En cambio, en el tratamiento de las crisis de los últimos años se ha dado relevancia al establecimiento de un derecho de insolvencia eficiente, en tanto este desempeña un rol importante en la creación y el mantenimiento de la confianza de los inversores tanto nacionales como extranjeros⁴⁰. Pero además porque de lo que se trata es de generar procedimientos de insolvencia que aseguren la supervivencia de las empresas viables con el menor costo posible para todos los operadores económicos (acreedores, deudores, Estado).

En la misma orientación el ya citado informe del FMI sobre los procedimientos de insolvencia, dice que la ausencia de procedimientos de insolvencia ordenados y eficaces genera el riesgo de agravar las situaciones de crisis económicas y financieras, porque en definitiva los acreedores corren el riesgo de no recuperar sus créditos, los deudores (y sus trabajadores) de no estar suficientemente protegidos y los diferentes acreedores de no estar equitativamente tratados⁴¹.

En definitiva este acercamiento novedoso a las crisis no es de extrañar.

Por empezar, como es obvio y ya ha sido dicho en este trabajo, el derecho mismo de la insolvencia ya no es visto exclusivamente como un mecanismo para que los acreedores recuperen parte de sus créditos mediante la liquidación del patrimonio del deudor, sino también como un medio de evitar la desaparición de empresas viables favoreciendo los acuerdos entre acreedores y deudor (y como se verá cada vez más en negociaciones privadas, ajenas a la rígida estructura de los procedimientos judiciales)

Por otro, como lo hemos dicho ya reiteradas veces, el derecho de la insolvencia de un derecho periférico ha pasado a ser un derecho central

⁴⁰ WP Principios, n° 5.

⁴¹ FMI, "Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces", 2.000, disponible en <http://www.inf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm> Está disponible en varios idiomas; nosotros consultamos la versión francesa.

Así vemos entonces que los países que han afrontado crisis significativas en los últimos decenios han venido a adoptar - entre otras medidas - nuevas soluciones para la insolvencia - Rusia llevaba tres leyes de quiebras en 10 años ⁴² y México sancionó una ley nueva que sustituye íntegramente al anterior régimen - lo que también en definitiva ha sucedido en Argentina donde durante el año 2002 se sancionaron dos leyes que modificaron la ley vigente (las n° 25563 y 25589) y se produjeron varios proyectos de reformas para paliar las distintas consecuencias de la crisis.

Y finalmente no puede descartarse que este approach a las crisis más recientes se debe también a una característica propia de la época, que es el papel dominante y sumamente visible que en la economía moderna tiene la gran empresa, que se manifiesta por su control en los países industriales de gran parte de toda la producción⁴³. A lo cual debe sumarse que ahora las grandes firmas industriales ya no lo son tanto, sino que centran su poder en la marca y fabrican en distintos países, generalmente periféricos, donde pagan salarios misérrimos a trabajadores casi esclavos

Aunque tampoco es desdeñable tener en cuenta que un factor más de preocupación por la reestructuración de las deudas empresarias y la consiguiente evitación de la quiebra es el hecho de que la empresa es fuente de empleos. Y como señala Galbraith todos conocemos por experiencia, la principal preocupación del hombre actual radica en el peligro de la pérdida de sus ingresos, ya sea total o parcialmente, o sea de quedarse sin trabajo, con la consiguiente pérdida de sus medios de vida. Por lo tanto los factores que afectan hoy a la seguridad del empleo son más relevantes que antaño ⁴⁴

Veamos entonces como reaccionaron los países que en los últimos años han sufrido crisis sistémicas importantes.

(i) Las crisis del este asiático

Las crisis del este asiático (Thailandia, Corea, Indonesia, Malasia) han producido procesos de devaluación y alza de las tasas de interés, que han afectado sustancialmente a las empresas endeudadas en el extranjero cuyos ingresos no dependían de la exportación. Además se produjo una seria contracción de la demanda doméstica, las debilidades del sistema financiero trajeron como consecuencia una severa restricción del crédito; y muchas empresas prefirieron conservar su cash y por ello dilataron sus pagos.

⁴² Las tres leyes son de 1992, reformada en 1998 y 2002; v.: Trapitsyn, Artur – Hermann, Tomar – Fritz, Daniel F., “The Russian approach to Modern Insolvency Management”, INSOL Electronic Newsletter June 2008; v. también Fainschmidt, Evgeny, Development of the Insolvency (Bankruptcy) System in the Modern History of Russia, , Insol World Silver Jubilee Edition 2007, pág. 30

⁴³ Dos tercios de la producción industrial de los EEUU proviene de las mil mayores firmas industriales: John Kenneth Galbraith, Historia de la Economía, pág. 314.

⁴⁴ Galbraith, ob. y lug. cit.

Esto provocó el default de empresas significativas por montos muy importantes⁴⁵.

Algunos de estos países tenían regímenes razonables de quiebra (Malasia y Corea); en Malasia 192 compañías se sometieron a procesos de reorganización y entre octubre de 1999 y marzo de 2000, 10.000 compañías habían sido liquidadas; En Corea en 1997 trece compañías habían quedado bajo la supervisión de los tribunales de quiebras, pero comprendían deudas por 26 mil millones de dólares.

Otros países en cambio no tenían sistemas razonables de quiebra, y debieron proveer a ellos. Thailandia por ejemplo creó una Central Bankruptcy Court (junio de 1999) e Indonesia sancionó una nueva ley de quiebras y creó tribunales comerciales en 1998.

(ii) Los work outs

Pero la mejor enseñanza que han dejado las crisis asiáticas (y también la denominada crisis tequila de México) es el desarrollo de los denominados "Out-of-court workouts", inspirados en el denominado London Approach o London Principles⁴⁶.

Estos workouts parten de la idea de que los deudores y los acreedores (fundamentalmente grandes empresas y bancos) deben tratar de encontrar juntos una salida para la crisis, para lo cual se organizan procedimientos extrajudiciales pero institucionalizados para complementar (no desplazar) a los judiciales.

Los principios de Londres suponen: (i) un stand still period; (ii) la designación de un líder de la negociación (generalmente uno de los principales acreedores); (iii) una autoridad que resuelva los conflictos (en muchos casos las cuestiones se resuelven por un arbitraje); (iv) análisis profesional de la empresa (due diligence); (v) la mayoría obliga a la minoría; (vi) reescalonamiento de las obligaciones financieras; (vii) la voluntad de ambas partes, acreedores y deudor, de absorber pérdidas; (viii) puede ser necesario un working capital suplementario para facilitar las operaciones de la compañía, caso en el cual debe ser reconocida una prioridad a quienes den este capital de trabajo.

Tanto Corea, como Malasia, Thailandia e Indonesia han generado reglas institucionalizando los work outs y ello ha permitido la superación de la crisis en las más importantes empresas de esos países, envolviendo a miles de millones de dólares de créditos involucrados.

⁴⁵ En Corea ascendieron a 151 mil millones de dólares, en Thailand U\$S 64 mil millones, y en Indonesia a U\$S 47 mil millones.

⁴⁶ Durante los años 80 el Banco Central de Inglaterra propició que los bancos acreedores mantuvieran negociaciones con sus deudores, fuera de los tribunales, de modo de encontrar soluciones a sectores empresarios grandemente endeudados. Cabe señalar que esto pudo haber encontrado razón en el hecho de que el sistema inglés de bancarota no tenía propiamente un proceso de reorganización o concurso preventivo. De todos modos el London approach fue un modelo muy seguido en las crisis asiáticas y uno de los proyectos en curso en Argentina se inspira, aunque más no sea mediatamente, en aquella experiencia.

Ello ha supuesto la creación de organismos gubernamentales que han participado de la reestructuración de la deuda privada, así como han habido en general reformas legales y especialmente tributarias en orden a la facilitación de las soluciones (por ejemplo, reformando los criterios de clasificación de los deudores de los bancos para reducir las provisiones que estos deben hacer)

Por otra parte estas crisis han servido también para poner sobre el tapete que su resolución impone a todos los agentes económicos reconocer pérdidas. Un informe del WB dice que “la reestructuración sistémica requiere la redistribución de la riqueza y el control y la decisión de como serán repartidos los costos entre el gobierno, los accionistas de bancos y empresas, y los inversores y prestamistas extranjeros”⁴⁷.

(iii) Prospectiva

Lo notable es que al amparo de las ideas nacidas con motivo del London approach se ha producido un cambio significativo en la orientación de los sistemas concursales.

Hasta los años 80 parecía que toda reestructuración de deuda debía hacerse bajo procedimientos estrictamente judiciales, con un juez superpoderoso, con facultades inquisitivas y sancionatorias, donde participaran inexorablemente todos los acreedores.

Pero en los años recientes y, como decíamos, luego de visto el éxito que tuvieron las iniciativas de las negociaciones privadas, lo cierto es que ellas son largamente recomendadas tanto por los organismos internacionales de crédito como por los profesionales de la insolvencia. Así INSOL - una asociación privada que reúne a abogados, contadores, profesores y jueces de todo el mundo especializados en concursos - ha dado a luz un trabajo llamado “Statement of principles for a global approach to multi-creditors workouts”, que sistematiza los principios de Londres. Ese trabajo parte de la idea de que es conveniente alentar las soluciones acordadas entre los acreedores y el deudor en dificultades financieras, de modo de evitar un procedimiento formal de insolvencia, destacando incluso el deber de cooperación entre los acreedores, argumentando sobre los impredecibles costos e incertidumbres de un procedimiento formal

Desde nuestro punto de vista estamos frente a una verdadera revolución en la concepción del derecho concursal, en tanto ya no solo se acepta la legitimidad del tratamiento privado de la reestructuración de las deudas sino que se lo alienta; no solo se acepta que no haya una igualdad absoluta de los acreedores sino que no participarán todos los acreedores sino solo algunos, generalmente los más relevantes, mientras que otros cobrarán sus créditos en condiciones normales, sin interrupciones; y donde una de las preocupaciones más relevantes es como asegurar el financiamiento de la empresa en

⁴⁷ WB Principios, pág. 85.

dificultades y de allí que se propicie reconocer una preferencia significativa a favor de los acreedores que presten ese financiamiento, etc.⁴⁸

Y ello se exterioriza cuando estudiamos las modernas leyes latinoamericanas que vienen incorporando reglas novedosas sobre procedimientos extrajudiciales, como lo veremos seguidamente.

(iv) Las reestructuraciones extrajudiciales en el derecho argentino: el APE

Con el trasfondo de la crisis casi terminal del año 2002, Argentina introdujo algunas reformas a su legislación de insolvencia, acuciada por la evidencia de que sobre todo las más importantes empresas caerían en cesación de pagos tarde o temprano.

Entre las instituciones novedosas, se acuñó el denominado Acuerdo Preventivo Extrajudicial, inspirado en los prepackaged agreement de la práctica de los tribunales estadounidenses. Es una suerte de “contrato” absolutamente privado que el deudor celebra con sus acreedores, pero que puede ser sometido a homologación judicial para tornarlo eficaz frente a los acreedores no signatarios si cuenta con la adhesión de un cierto porcentaje del total del pasivo.

El APE – inspirado en el prepackaged agreement estadounidense, fue pensado como un mecanismo que facilitara la reestructuración extrajudicial de la deuda de las grandes compañías argentinas que por haber recurrido al mercado de capitales en el extranjero o a la financiación internacional, estaban endeudadas en divisas y veían “pesificados” gran parte de sus ingresos.

A pesar de las críticas a su formulación legal el APE se manifiesta como una institución eficaz y lo cierto es que ha sido usada por muchas empresas de envergadura para reestructurar sus obligaciones después de la crisis. Desde este punto de vista la pretensión del legislador aparece satisfecha⁴⁹.

Justamente así lo dijo el Fiscal de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial: “...no significa despreciar el acierto de la incorporación de este instituto en oportunidad de declararse el estado de emergencia económica, productiva y crediticia...Basta señalar que los tribunales de comercio, ya entonces desbordados de causas, no hubieran podido asimilar todos los trámites concursales que se iniciaron para la reestructuración de la deuda privada...Mas, en mi parecer, urge mejorar y clarificar el mecanismo legal del acuerdo preventivo extrajudicial, pues, de la manera que quedó regulado, no es idóneo para garantizar el respeto de los derechos y garantías constitucionales de los acreedores...”⁵⁰

(v) Los acuerdos extrajudiciales en el derecho brasilero

⁴⁸ Esto se evidencia en la reforma francesa de la ley 2005 en la regulación de la conciliación, que se funda en un tratamiento evangélico de los privilegios: “los últimos serán los primeros”. Ello se aplica a los acreedores que dan aportes en dinero, bienes o servicios, que aseguran la continuidad de la actividad de la empresa: Cely R., ob. cit., nota 13 en pág. 10

⁴⁹ Deudas multimillonarias fueron reestructuradas bajo este régimen; recurrieron a él empresas como Acindar, Autopistas del Sol, Telecom y muchas otras de entre las principales.

⁵⁰ Dictamen en la causa “Lalor S.A. s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial” de fecha 20 de noviembre de 2004.

La nueva ley brasileña de insolvencia, n° 11101 y en vigencia desde 2005, provee dos formas de reorganización: un procedimiento judicial y otro extrajudicial, habiendo sido este último calificado como la versión brasileña de los pre-pack americanos⁵¹. Considerada una de las innovaciones más importantes de la nueva legislación, presenta una utilización aun limitada en la práctica: frente a 446 casos de reestructuración judicial iniciados desde la vigencia de la ley hasta mediados del 2007, sólo cinco procedimientos extrajudiciales habían sido propuestos⁵².

La estructura del procedimiento no es demasiado distinta a la de otros ya conocidos en el derecho comparado: es necesario el acuerdo de acreedores que representen un 60% del pasivo, están excluidos de la reestructuración los créditos fiscales y laborales; también se excluyen – pero pueden participar voluntariamente – los provenientes de contratos de leasing, financiamiento de exportaciones, hipotecas, etc.. Pueden quedar comprendidos todos los acreedores o alguna clase o clases de ellos. Conseguida la adhesión de los acreedores el deudor puede pedir la homologación judicial del plan con lo cual se hace obligatorio para los acreedores aun disidentes.

(vi) Los acuerdos extrajudiciales en el derecho uruguayo

La legislación oriental conoce el concordato privado desde hace muchos años. El proyecto de ley concursal actualmente en curso prevé el denominado "acuerdo privado de reorganización" que es un negocio jurídico celebrado por el deudor con mayoría significativa de sus acreedores quirografarios y que homologado despliega sus efectos frente a no adherentes como si fuera un concordato judicial⁵³.

d) En otros países

Los acuerdos extrajudiciales también son tratados en modernas leyes europeas, Así la reforma italiana, a la que ya hemos hecho referencia, contiene una regulación de los "acuerdos de reestructuración de deudas", que puede ser promovido por el deudor que se encuentre en cesación de pagos, dificultad transitoria, crisis, etc.; consiste en el depósito de un acuerdo que si ha recibido la aprobación del 60% de los créditos, es homologado y hace irrevisables en una quiebra posterior los actos cumplidos en función del acuerdo. En esto, se asemeja a la antigua regulación de los acuerdos preconcursales de la ley argentina, que por tener un efecto tan limitado no fueron utilizados en la práctica.

En el derecho francés existen también mecanismos extrajudiciales como la conciliación y el mandato. La conciliación es un procedimiento al cual pueden recurrir los deudores que no están en cesación de pagos o que lo están por no más de 45 días. El conciliador puede proponer fórmulas para obtener un acuerdo que sea homologado, y la gran innovación de la reforma de 2005 es

⁵¹ Felsberg, Thomas, Out of Court Restructuring in Brazil, Insol World, Third Quartes 2007, pág. 27

⁵² Felsberg, ob. Cit.

⁵³ V. Amorim, Sergio, Marcelo, El proyecto uruguayo de ley de concursos y reorganización empresarial, en Revista de Derecho Comparado, n° 14, "Reformas concursales", a partir de pág. 193, n° 17.

que los acreedores públicos (Fisco y Seguridad Social) están en la misma situación que los acreedores privados y podrán hacer sacrificios similares a los que acordaría cualquier acreedor privado⁵⁴. El deudor puede requerir la homologación del acuerdo obtenido con sus acreedores en el marco del procedimiento de conciliación; esa homologación judicial hace que el acuerdo quede protegido del riesgo de una futura nulidad en caso de una quiebra posterior. Anticipamos además que los proveedores de nuevo crédito conforme al plan aprobado y judicialmente homologado, tienen privilegio sobre los acreedores anteriores y posteriores con excepción de créditos laborales anteriores y los costos legales⁵⁵.

El mandato ad hoc es otro procedimiento extrajudicial. Se inicia exclusivamente a pedido del deudor, quien no debe estar en cesación de pagos, y consiste en solicitar al tribunal judicial la designación de un mandatario ad hoc, quien llevará adelante negociaciones confidenciales entre el deudor y sus principales acreedores. El acuerdo a que se arribe es puramente contractual y no puede ser impuesto a otros acreedores.

c) La insolvencia transfronteriza

En la era de la globalización, hemos dicho, los efectos de las crisis no se quedan dentro de las fronteras; y no solo por el hecho de que los acreedores, accionistas o inversores pueden estar en países distintos al afectado, sino también porque las empresas tienen una expansión transnacional; sus activos y sus deudas tienen una localización multinacional.

De modo que la insolvencia de una empresa puede afectar activos y acreedores que estén en más de un país. Ello que era un fenómeno casi marginal del derecho concursal y que se solucionaba de manera drástica – y poco sofisticada – por vía de la territorialidad de la quiebra, ha devenido un fenómeno frecuente y con enormes repercusiones, lo que ha puesto en tela de juicio las soluciones tradicionales que se negaban a la internacionalización⁵⁶.

Esto ha motivado el interés de la comunidad de los negocios que urge soluciones eficaces para estos problemas, lo que pasa por el meridiano de la aprobación de reglas materiales uniformes para el tratamiento de las insolvencias transnacionales.

Así, la UNCITRAL elaboró y aprobó -por consenso- en Viena, en 1997, una Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, con una guía para su incorporación al derecho interno de los Estados. Fue aprobada por la

⁵⁴ Cely R., ob. Cit., págs. 10/11

⁵⁵ Una de las observaciones que se hace al régimen de la conciliación es que la iniciativa para la homologación judicial corresponde sólo al deudor; de modo que deudores de mala fe no la peticionan, con lo cual sus acreedores no están protegidos de futuras nulidades ni los dadores de nuevo crédito quedan amparados por la preferencia conferida por la ley: Henrot-Gumpelson, ob. cit.

⁵⁶ Racine, Jean Baptiste – Siirainen, Fabrice, Droit du Commerce International, Dalloz, París, 2007, n^o 182, pág. 117.

Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 52/158 del 15 de diciembre del mismo año⁵⁷.

Tiene por objeto ayudar a los Estados a dotar a su derecho de insolvencia con una normativa moderna, equitativa y armonizada, para resolver con mayor eficacia los supuestos de insolvencia internacional es decir casos en que el deudor tiene bienes en más de un Estado o en los que concurren acreedores locales y extranjeros. Por lo tanto, no es una tentativa de armonización de las leyes locales ni de introducir un régimen global de insolvencia⁵⁸

Recoge las prácticas más eficientes y actualizadas de administración de insolvencias internacionales, respeta las diferencias que se dan entre los derechos procesales internos, no intenta unificar el derecho sustantivo, y da soluciones que no por acotadas dejan de ser significativas.

Las labores preparatorias de esa Ley Modelo se iniciaron en 1995 y la Comisión organizó coloquios internacionales con la Federación Internacional de Profesionales de Insolvencia (INSOL) integrados por jueces, funcionarios y representantes de todos los sectores interesados en el tema. Sus redactores contaron con ese asesoramiento experto en toda la etapa preparatoria.

Se decidió que la labor se limitaría a la finalidad restringida pero valiosa de facilitar la cooperación internacional, el acceso de los administradores de la insolvencia extranjera y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros.

En otros términos, sólo trata algunos aspectos procesales para posibilitar su funcionamiento en el derecho interno.

Al finalizarse los trabajos en marzo de 1997 se celebró otra reunión internacional de expertos, los que luego de examinar el proyecto concluyeron que aportaba una notable mejora en la materia.

Conjuntamente con los TREINTA Y SEIS (36) Estados miembros de la Comisión, participaron en la redacción y en el Grupo de Trabajo representantes de CUARENTA (40) Estados observadores y de TRECE (13) organizaciones internacionales.

La Ley Modelo de UNCITRAL tomó en cuenta los resultados de otros trabajos, entre ellos: el Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento de Insolvencia (1995), el Convenio europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra (Convenio de Estambul de 1990), los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889 y 1940, la Convención sobre la quiebra en los Estados Nórdicos (1933), la Convención de la Habana

⁵⁷ Se comenta que la elaboración de la ley modelo fue la respuesta a algunas insolvencias internacionales muy significativas como BCCI y PolyPeck: v. Shandro, Sandy – Wallace, Ian, UNCITRAL Model Law in the United Kingdom – one year on, Insolvency and Restructuring International, International Bar Association, vol. I, n° I, mayo 2007, pág. 36

⁵⁸ . Shandro – Wallace, ob. cit.

de 1928 (Código Bustamante) y también las consideraciones propuestas por organizaciones no gubernamentales como la Model International Insolvency Cooperation Act (MIICA) y el Cross Border Insolvency Concordat, creadas por el "Comité J" de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados.

El preámbulo de la Ley Modelo enuncia sucintamente los objetivos básicos que persigue: "La finalidad de la presente Ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes: a) la cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes [de un Estado] y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza; b) una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones; c) una administración equitativa y eficiente de las insolvencias internacionales, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor; d) la protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor, así como, e) facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo".

Varios países han incorporado el régimen uniforme a su derecho interno, entre ellos Estados Unidos como capítulo XV del Bankruptcy Code, así como Japón, México, Polonia, Sudáfrica, Eritrea, Rumania, Serbia⁵⁹ y el Reino Unido⁶⁰, mientras que Nueva Zelanda, Canadá y Australia la están considerando.

De todos modos la introducción de la ley modelo en el sistema estadounidense no parece haber generado avances con relación al anterior régimen – consagrado en el art. 304 de la ley de bancarrotas – pues las primeras decisiones relevantes han sido contrarias al reconocimiento de algunos procedimientos extranjeros lo que ha causado cierta perplejidad⁶¹

En Europa el Reglamento Comunitario del 29 de mayo de 2000 contiene algunas reglas materiales⁶² y tiene ya importantes aplicaciones concretas.

7. El derecho concursal como mecanismo para el control de la actividad de las sociedades

Otro fenómeno contemporáneo es la utilización frecuente y universalmente expandida de las sociedades de responsabilidad limitada como un medio de fraccionamiento del patrimonio general⁶³.

⁵⁹ Uzal, María Elsa, Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino, LL Sup. CyQ (abril 2008) 1

⁶⁰ V. Shandro – Wallace, ob. cit.

⁶¹ Moss, Gabriel, Refusal of Recognition and Bear Stearns: Is the US denying to others that which it expects for itself?, Insol World, Second Quarter 2008, pág. 14; Harrison III, Lynn, Chapter 15: A Limited Resort for the Caymans So far, Insol World, Second Quarter 2008, pág. 17; Kite, Phillip, The Bear Stern Decisión – A Concernee View from the BVI, Insol World, Second Quarter 2008, pág. 22

⁶² Es el Reglamento (CE) No 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

⁶³ En un trabajo relativamente reciente se informa que existen 87.700 sociedades anónimas cerradas contra 112 que cotizan en Bolsa, de las cuales la gran mayoría reconocen un

Prácticamente se ha convertido ello en una necesidad de la economía empresaria moderna; es obvio que si dos grandes compañías automotrices van a instalar una fábrica en Argentina o en Uruguay lo han de hacer organizando una sociedad de la cual en la mayor parte de los casos serán accionistas otras sociedades organizadas bajo leyes que sean conocidas por las casas matrices pero sin comprometer la responsabilidad de estas y en función de un diseño de estrategia fiscal que no hay que identificar necesariamente con el fraude, la evasión o el lavado de dinero ⁶⁴.

Con rigurosidad académica incontestable es esto mismo lo que sostienen Galgano y Genghini cuando reconocen que el legislador ha extendido a las pequeñas o medianas iniciativas económicas las ventajas o beneficios que antes eran reservados a las grandes empresas. Beneficio que se extiende a los grupos de sociedades, con lo que se secunda la patente propensión del gran o medio capital industrial o comercial a fraccionar la propia iniciativa económica en una pluralidad y aún en una cantidad grande e indefinida de sociedades por acciones, tantas cuantas sean las ramas o sectores de la empresa, cada una de las cuales no puede tener un elevado capital. Una de las razones es la llamada diversificación del riesgo con el que se consigue la ventaja de gozar más intensamente del beneficio de la limitación de la responsabilidad; no sólo se sustrae – según la función original de la limitación de la responsabilidad – el patrimonio personal al riesgo de la empresa, sino que se sustrae también el capital invertido en cada ramo o sector de la empresa al riesgo relativo a cada uno de los otros ramos o sectores. Las diversas sociedades, siendo jurídicamente distintas, responden sólo por las deudas asumidas por cada una de ellas; los problemas que recaigan sobre una de ellas dejarán indemne el patrimonio de las otras ⁶⁵.

De allí que hayamos concluido antes de ahora⁶⁶ que la realidad indica que es incontenible el avance hacia el reconocimiento de la actuación, con limitación de responsabilidad, tanto de empresarios personas individuales como de sociedades cien por ciento participadas por otras ⁶⁷. Arguyéndose para

accionista controlante; además se registraban 52.061 SRL. Las sociedades de personas, en las que la responsabilidad es ilimitada, prácticamente no existen: Odriozola, Carlos S., La sociedad anónima actual, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires XII/2003, pág. 73.

⁶⁴ conf. López Tilly, Alejandro M., “Las sociedades extranjeras a la luz de las recientes resoluciones de la Inspección General de Justicia” ED 18.12.03; Erize, Luis Alberto, “Las sociedades extranjeras: nuevos requisitos para el ejercicio de los derechos de los inversores”, LL 21.10.03.

⁶⁵ Galgano, Francesco – Genghini, Riccardo, “Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia”, vol. 29, “Il nuovo diritto societario”, 2da. Ed., tomo I, Padova, 2004, n° 2, pág. 7.

⁶⁶ Rivera, Julio César, Las sociedades como instrumento para el fraccionamiento del patrimonio, en “Sociedades Comerciales. Suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley” (dirigido por Julio César Rivera), Bs. As., diciembre 2004, pág. 117.

⁶⁷ Manovil, Rafael, Responsabilidad de los socios por insuficiencia del capital propio, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, XII/2003, n° 5, pág. 91.

justificar tal tendencia variadas razones económicas y el estímulo a la creación de empresas que participen en el mercado ⁶⁸

Ahora bien; el fenómeno se intensifica con el empleo de figuras societarias “extranjeras”; esto es, los agentes económicos desarrollan actividades en un determinado país con el ropaje jurídico que proporciona la legislación de otro país. Ello sucede a veces porque son empresas con radicaciones múltiples o simplemente porque el derecho de ese “otro” país genera ciertas ventajas.

Es tan intenso este fenómeno que el profesor Angel Rojo dijo en una conferencia en Bogotá, que el segundo tipo societario de Alemania es la sociedad...irlandesa.

Y sociedades constituidas bajo el derecho alemán se convierten en sociedades británicas para asegurarse ventajas de las leyes de insolvencia y de sociedades más favorables que las germanas. Así, en un informe publicado por Insol, se muestra como ejemplo el caso de una gran compañía de componentes para automóviles – con fábricas en once países europeos - que constituida originariamente bajo el derecho alemán ha seguido varios y complejos pasos para constituir una sociedad holding británica⁶⁹.

Ahora bien; los tribunales de algunos países, entre ellos Alemania, intentaron poner algún límite a este fenómeno, desconociendo por ejemplo la eficacia de contratos celebrados por sociedades extranjeras cuyo principal objeto estaba en el país. Pero tal criterio fue desestimado por la jurisdicción de Luxemburgo y también por la jurisprudencia de otros países, como Francia⁷⁰.

Esto último ha llevado a algunos juristas europeos de notable relevancia, como Karsten Schmidt y Angel Rojo a sostener que el control de estas sociedades se ejercerá a través del derecho de la insolvencia, que deberá asegurar un adecuado control sobre el modo en que estas figuras societarias son utilizadas, y por ende contribuir a la necesaria protección de los acreedores. De modo que figuras como el piercing of corporate veil o le maitre des affaires tendrán una importancia significativa en el derecho concursal, como ya sucede en el derecho francés y argentino.

8. Protección de los créditos laborales

Decíamos recién que un factor más de preocupación por la reestructuración de las deudas empresarias y la consiguiente evitación de la quiebra es el hecho de que la empresa es fuente de empleos por lo que los

⁶⁸ Manovil, ob. cit., pág. 90. Claramente es el fundamento de la ley de “iniciativa económica” dictada en Francia en el 2003.

⁶⁹ Willcock, John, German Restructurings Head to London, en Insol World, Fourth Quarterly 2006, pág. 14; la empresa aludida es Schefenacker AG; pero ya existía un antecedente de la sociedad Deutsche Níkel, también mencionado en el trabajo de Willcock.

⁷⁰ V. Rivera, Julio César, Las garantías de la propiedad y del acceso a la justicia para las sociedades constituidas en el extranjero, LL 25.11.04.

factores que afectan hoy a la seguridad del empleo son más relevantes que antaño⁷¹.

La preocupación del legislador para tutelar las relaciones laborales opera en una doble dirección. Por un lado en miras de mantener los empleos y por otro en privilegiar de algún modo los créditos causados en el contrato de trabajo o en su misma disolución causada por la insolvencia.

La reforma argentina del 2002 instrumentada por ley 25589 es un ejemplo de la primera intención. En ella se estableció la posibilidad de la continuación de la empresa a través de cooperativas de trabajadores.

En efecto, en el Congreso se agregó al proyecto del PEN una reforma al artículo 190 de la ley, disponiendo ahora este artículo en su segundo párrafo que “En la continuidad de la empresa se tomará en consideración el pedido formal de los trabajadores en relación de dependencia que representen las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales quienes deberán actuar en el período de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo”.

Es un ejemplo de las soluciones mágicas, nacidas al amparo del voluntarismo que cree en la supervivencia de las empresas sin crédito ni tecnología ni gerenciamiento, y que ha sido largamente denunciada por la doctrina. Decíamos al comentar esta reforma que estábamos persuadidos que esto funcionará solamente en casos marginales, de pequeños talleres que no tendrán mayor relevancia económica, aunque seguramente causarán daño a los acreedores que verán postergadas sus expectativas de cobro.

Y lo cierto es que a pesar de que ciertos autores magnifican la importancia de ciertos emprendimientos “obreros” y de los denominados “empresas recuperadas”, en la práctica lo que ha sucedido es que esas empresas viven del subsidio estatal, han sido el punto de partida de expropiaciones de activos dispuestas por las Provincias, el Estado Nacional o aun la Ciudad de Buenos Aires para sacar a unos y dar a otros⁷² y que generalmente no culminan con el pago de las indemnizaciones expropiatorias sino con prórrogas de los plazos para concretar la expropiación, lo cual no es sino la lisa y llana confiscación de los derechos de los acreedores y aun de la inestabilidad de las ya de por sí precarias “empresas recuperadas”.

En el mismo orden de ideas, alguna reforma a la legislación sudafricana estableció la transferencia de los contratos de trabajo del “old employer” al “new employer” cuando el negocio del primero ha sido transferido al segundo como “fondo de comercio” (going concern), solución que tenía la legislación argentina de 1972 y fue eliminada en la reforma de 1995 porque desalentaba a los posibles adquirentes de la empresa quebrada, efecto que fue avizorado por

⁷¹ Galbraith, ob. y lug. cit.

⁷² V. Rivera, Julio César, La (des)protección del crédito en Argentina, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, año 2007; Villoldo, Juan Marcelo, La expropiación en la quiebra: un fenómeno sin límites, JA 2003-IV-1490.

los primeros comentaristas de la reforma africana⁷³.

La solución contraria, esto es, la irresponsabilidad del adquirente de activos o unidades productivas en el marco de procesos de reorganización, es la adoptada por la nueva ley brasileña (art. 60), aunque su aplicación concreta en el caso Varig ha dado lugar a cuestiones de competencia entre los tribunales falenciales y los laborales, y la disposición misma – así como otras relativas a créditos de los trabajadores – están sometidas a una acción declarativa de inconstitucionalidad que está pendiente de resolución ante el Supremo Tribunal Federal⁷⁴

Otros países en cambio prefieren seguir las vías de la seguridad social, dando a los trabajadores subsidios o prestaciones con cuyo pago el Estado se subroga en los créditos de los empleados contra el principal quebrado⁷⁵.

9. Otras cuestiones propias de los procedimientos actuales

Los procedimientos actuales evidencian múltiples características que merecen o han de requerir la atención de los legisladores.

Entre ellos podemos mencionar, sin pretender ser exhaustivos ni mucho menos, los que siguen.

a) el financiamiento de la empresa en crisis: la preferencia para los “nuevos acreedores”

Uno de los temas relevantes en las reestructuraciones de deuda es el financiamiento de la empresa post crisis; ello ha sido puesto de relieve en los principios propuestos por INSOL para los work outs, a los que ya hemos hecho referencia.

El problema es como plasmar ello en la ley.

Una solución simplista fue la del artículo 40 de la ley francesa de 1985 que estableció una suerte de privilegio absoluto del crédito postconcurso y que debió rápidamente ser reformada⁷⁶.

⁷³ Harris, Adam S. – de Villiers; Jan, The impact of the South African Labour Movement on insolvency legislation in South Africa, *Insol World*, First Quarter 2003, pág. 21.

⁷⁴ Fonseca Lobo, Otto Eduardo – Panalva Santos, Paulo, “How the Outcome of The Unconstitutionality Law Suit Filed at Brazil’s Supreme Court Will Affect the New Brazilian Restructuring Act and the New Market in Brazil for Investing in Distressed Asssets”, *Insol World*, Second Quarter 2008, pág. 27.

⁷⁵ Una breve explicación del sistema australiano en Stanley, Della, ob.cit.

⁷⁶ La redacción original del art. 40 de la ley del 25 de enero de 1985 confería privilegio a “los créditos nacidos regularmente después de la sentencia de apertura ...cuando la actividad es continuada”; pero tal amplitud terminó generando una gran disminución del crédito hipotecario y prendario; por lo que se impuso la reforma que consagró la ley 94-475 del 10 de junio de 1994, la que incorporó al mismo artículo la enumeración de una serie de créditos que tienen preferencia sobre los créditos postconcursoales; entre ellos los laborales, los gastos de justicia y de los garantizados por seguridades especiales mobiliarias o inmobiliarias. Ver: Le Corre, Pierre-Michel, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, Aix en Provence, 2000, tomo II, pág. 903 y sigs.

En el derecho argentino se encontró una fórmula de alcance limitado. Es la novación de las obligaciones comprendidas en el concordato

El artículo 55 de la LC, texto según la ley 24522, disponía:

En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios.

De modo que a partir de la homologación, la obligación del concursado respecto de sus acreedores comprendidos en el acuerdo, es la que nace del acuerdo. Este sirve de causa fuente y determina la calidad de la prestación (normalmente de dar), el objeto (la moneda nacional o extranjera), su magnitud (la cantidad debida) y las modalidades (plazo).

Cabe puntualizar que esta solución de la ley 24.522 es absolutamente novedosa en la legislación concursal argentina, pues no registra antecedentes en ninguna de las leyes precedentes. Y en realidad tampoco tiene un antecedente muy claro en la legislación comparada; es que una gran cantidad de leyes niegan expresamente el efecto novatorio; y algunos otros textos lo autorizan conservan las acciones contra garantes solo para los acreedores que NO votaron favorablemente el acuerdo preventivo. En esta última orientación pueden incluirse legislaciones que sin hablar expresamente de efecto novatorio, disponen que el deudor se libera de las obligaciones en la parte que hubiera sido materia de remisión por los acreedores, pero la acción contra los garantes y coobligados se mantiene también solo a favor de quienes no hubieran votado el acuerdo (Paraguay, Chile y Costa Rica).

La razón de ser de esta disposición incorporada por la ley 24522 es justamente la de facilitar al deudor concursado la obtención de crédito después de homologado el acuerdo. Quien da crédito al concursado sabe cuál es definitivamente el monto del pasivo de su deudor; en cambio, en el régimen anterior la quiebra dejaba sin efecto las estipulaciones del acuerdo y se volvía a la relación original, con lo cual –por ejemplo– quedaban sin efecto las quitas que hubieran sido otorgadas al deudor.

En este sentido, hemos dicho que la ley trata de buscar solución a uno de los temas más relevantes de la realidad de la empresa concursada, cual es la falta de crédito.

b) La responsabilidad limitada y los acreedores involuntarios

Es un hecho que no necesita demostración que las actividades económicas se desarrollan cada vez más con la cobertura de sociedades de responsabilidad limitada.

Tanto es así que, antes de ahora, hemos sostenido que la idea del patrimonio atributo de la personalidad, que es único y que responde por todas

las deudas del titular, ha sido sustituida por una casi genérica autorización para fraccionar el patrimonio a través de la utilización de sociedades⁷⁷

Por otra parte, la responsabilidad limitada encuentra sólidas razones que la justifican⁷⁸

Pero ello no la convierte en un dogma absoluto. El sistema jurídico no admite el fraude ni el abuso, y por ello genera mecanismos que tienden a impedirlos o sancionarlos.

De allí que ciertos acreedores merecen especial protección, por ejemplo los trabajadores y el fisco, que no pueden exigir garantías a la sociedad o a sus socios y administradores⁷⁹ y los que en general se denominan “acreedores involuntarios”, como por ejemplo aquellos que lo son en razón de causas extracontractuales (las víctimas de hechos ilícitos).

En algunos sistemas jurídicos estos acreedores “involuntarios” tienen un tratamiento especial por vía de la exclusión del discharge con que se beneficia el quebrado o de los efectos de los planes de reorganización que aprueba la mayoría de acreedores.

En el derecho argentino esta cuestión no aparece tratada de manera explícita y la idea de los acreedores involuntarios recién empieza a hacerse presente. Pero en la jurisprudencia, aunque sea intuitivamente, ha habido alguna decisión que excluyó a un acreedor de la indemnización de un hecho ilícito de los efectos del acuerdo preventivo⁸⁰

⁷⁷ Rivera, Julio César, El fraccionamiento del patrimonio, en “Estudios de Derecho Civil. Homenaje a Fernando Hinestrosa, Bogotá, 2003, tomo III, pág. 127.

⁷⁸ V. Huertas Buraglia, Laura, Limitación de la responsabilidad del empresario individual. Conveniencia de la admisión de la figura, en Rivera, Julio César (Director), Sociedades Comerciales, La Ley, Diciembre 2004.

⁷⁹ En “Las sociedades como instrumento para el fraccionamiento del patrimonio” aludíamos a la idea de Alberto D. Molinario quien distingue entre acreedores que en una contratación regular pueden pedir garantías y acreedores que no pueden hacerlo, y encuentra en tal distinción el fundamento de los privilegios legales (Tratado de los Privilegios, Bs. As., 1941). En Estados Unidos también se ha propiciado una distinción semejante, entre acreedores voluntarios e involuntarios; estos últimos se encuentran en indefensión en caso de insuficiencia de los activos sociales, debido a la imposibilidad de prever la eventualidad de incumplimiento por parte de la sociedad; ciertos autores consideran que el hermetismo patrimonial no debería funcionar frente a estos acreedores ni aun en las sociedades abiertas: Hansmann, Henry – Kraakman, Reinier, Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, Yale Law Journal, vol. 100, nro. 7, mayo 1991, p. 1879–1934.

⁸⁰ C1a Civ. Com. San Isidro, Sala I, 18.5.04, González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C., Sup.CyQ 2004 (septiembre), con nota de Mosset Iturraspe, Jorge, “Otra muestra del “Derecho Privado Constitucional”: La Constitución avanza sobre los privilegios concursales”. En el caso se dispuso “Corresponde confirmar la resolución que ordena adelantar el pago de un crédito concursal por indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito -en el caso, la actora concurrió a la verificación tardía-, teniendo en cuenta la avanzada edad de la víctima -78 años- y el tipo de crédito que ejecuta, pese a no ajustarse al acuerdo homologado, ya que el principio de igualdad frente a los acreedores no es aplicable cuando está comprometido el derecho a la vida de un acreedor, mientras que a los demás sólo les menoscaba el derecho de propiedad.

- c) Nuevas formas de negocios: los derivados, los fideicomisos, los hedge funds, etc

Cada vez más los procedimientos de bancarrota se encuentran frente a nuevas formas de negocios que llevados a cabo por el ahora insolvente, enfrentan a los tribunales, síndicos, acreedores, a experiencias novedosas. Y esto no sucede solo en los países centrales, pues reestructuraciones o liquidaciones que han afectado a empresas de nuestra área. Sin duda esto también puede atribuirse a la globalización, que nos brinda nuevos actores (hedge funds) y nuevos productos (como los derivados) que han crecido de manera dramática⁸¹.

En Argentina ello se manifestó con motivo de la crisis del año 2002. La segunda reforma a la ley sancionada ese año contuvo disposiciones específicamente dirigidas al reconocimiento de créditos derivados de los fideicomisos y otras hipótesis de múltiples acreedores representados por algún sujeto fiduciario. Tal lo que sucedía en reestructuraciones muy importantes, como la de Aerolíneas Argentinas donde el acreedor más importante era la IATA que representaba créditos de más de 200 aerolíneas; y en la de Supercanal Holding, una empresa de televisión por cable que tenía obligaciones de cientos de millones de dólares instrumentados en letras emitidas a favor de un banco fiduciario y registradas bajo el régimen de DTC. La reforma a la ley intentó resolver cuestiones más o menos elementales causadas por estas – para nosotros - nuevas formas de crédito.

- d) La quiebra de los consumidores

La quiebra de la persona física no es ninguna novedad; por el contrario, el derecho concursal nació antes de la creación de la sociedad, con lo cual los quebrados eran siempre personas físicas. Pero esas personas físicas eran comerciantes, esto es, profesionales en el intercambio de bienes muebles, conforme a la definición corriente.

Hoy en día las personas físicas que caen en insolvencia son calificados como “consumidores”, de allí que un capítulo del moderno derecho del consumo, es el tratamiento a dar a la insolvencia de las personas físicas no comerciantes, o “no profesionales” como se las identifica en algunos países, o directamente como deudas de los consumidores (consumers debts) como las denomina en términos muy generales y comprensivos el informe de INSOL titulado “Consumer debt report. Report of findings and recommendations”⁸².

Este es un problema hoy muy serio, lo que se evidencia en la enorme cantidad de quiebras que se decretan anualmente de personas físicas. De modo que algunos países han reaccionado creando legislaciones ad hoc.

Los regímenes de insolvencia de consumidores más conocidos eran hasta hace poco el francés y el estadounidense.

⁸¹ Bond, Ferry E., Credit Derivatives in Restructurings, Insol World, Fourth Quarter 2006, pág. 19.

⁸² Editado por Insol International, London, 2001.

El régimen francés del sobreendeudamiento de particulares es un complejo sistema administrativo y judicial por el que se pretende aliviar la situación de personas físicas que han asumido deudas “no profesionales”⁸³. Se argumenta como fundamento de esta norma el endeudamiento en que caen las personas físicas, en un primer momento como consecuencia de una brusca baja de la tasa de inflación que hizo que las tasas de interés estipuladas con los acreedores – particularmente los bancos – fueran excesivas; y luego por desconocimiento o incomprensión de las obligaciones asumidas. Lo notable es que este régimen no ha sido ajeno a la constante revisión, y así la ley original de 1989 ha sido reformada en 1995, 1998, 2003, 2005 y 2007.

En EEUU la liquidación (art. 7), es el procedimiento más frecuente; consiste en el desapoderamiento del deudor insolvente de los bienes no excluidos del mismo, su venta y pago a los acreedores a prorrata de sus créditos. Hasta aquí se advierte que esto no difiere de la quiebra tradicional. El desapoderamiento se extiende a los bienes que el deudor tiene a la fecha de presentación del pedido de quiebra. Ahora bien, el deudor espera un discharge que libera al deudor de cualquier responsabilidad por las deudas anteriores a la quiebra.

Este sistema del discharge fue considerado por algunos demasiado benevolente; y ello se advierte – sostenían – en el crecido número de liquidaciones del capítulo 7 que existían respecto de personas físicas⁸⁴.

Por ello, la reforma estadounidense de abril de 2005, que ha tenido un largo trámite bajo una importante influencia de los bancos y de las empresas emisoras de tarjetas de crédito que invirtieron millones de dólares en lobbyng⁸⁵, se dirige a limitar los beneficios del régimen. Claro es que esto no es aprobado por todos; una voz muy autorizada como lo es la de la profesora Elizabeth Warren ha cuestionado severamente esta reforma

Ahora bien; el fenómeno del endeudamiento de los particulares se ha expandido de manera universal; y por ello INSOL **ha publicado el informe** titulado “Consumer debt report. Report of findings and recommendations”⁸⁶.

Cabe puntualizar que el informe se hace cargo de que las obligaciones de las personas físicas pueden reconocer distintas causas: exceso del crédito es una de ellas, pero también pueden estar comprendidos casos de ejercicio individual de actividades comerciales (small bussines) y a ellas se refiere

⁸³ V. Khayat, Danielle, Le droit du surendettement des particuliers, París, 1997, pág. 125.

⁸⁴ Más de 1.200.000 personas presentaron su pedido de quiebra en el año 2000, lo que representa un incremento de 70% con relación a 1990; de ellas el 70% recurrió al capítulo 7 de la ley y el resto al capítulo 13. La previsión para el 2001 es que el número de quiebras se incremente como consecuencia de la recesión de la economía americana. Dato tomado de The Washington Post, edición en Internet del 15.3.01.

⁸⁵ Warren, Elizabeth and Warren Tyagi, Amelia, What’s Hurting the Middle Class .The myth of overspending obscures the real problem .

⁸⁶ Editado por Insol International, London, 2001.

también el informe, el que entonces alude en general a las personas naturales, hombre y mujer, cuyas deudas por las cuales son personalmente responsables, cualquiera fuera su causa (privada o comercial) exceden su capacidad de repago en un período razonable ⁸⁷.

Este informe, amén de destacar que las consecuencias sociopsicológicas que produce la insolvencia de las personas naturales fueron largo tiempo subestimadas, propone algunos principios básicos y algunas medidas a adoptarse por la legislación, los gobiernos, los dadores de crédito y las asociaciones de consumidores.

Entre los principios generales que constituyen las ideas rectoras de las medidas propuestas, se señala la provisión de alguna forma de “discharge”, rehabilitación o “fresh start” para el deudor; privilegiar las soluciones extrajudiciales; y prevenir la insolvencia para reducir la necesidad de intervención sobre ella.

De allí que otras leyes actuales se refieran a la materia.

Así, Nueva Zelanda tiene un proyecto de nueva ley de concursos que prevé la regulación de la quiebra de la persona física sin activos (no asset procedure: NAP). Una persona física sería admitida al NAP si tiene deudas entre 1.000 y 40.000 dólares de NZ y no ha sido antes beneficiaria de un NAP o sujeta a la quiebra. El efecto del NAP es una moratoria, de la cual resultará que el deudor se beneficiará con un discharge (con extinción de las deudas) al final de un período que irá de 12 a 36 meses ⁸⁸.

Del mismo modo en Rusia el Ministerio de Desarrollo Económico y Comercio presentó al Gobierno un proyecto destinado a autorizar la quiebra de personas físicas; se trata en realidad de un procedimiento destinado a facilitar la reestructuración de las deudas de personas que durante más de medio año tengan deudas impagas de por lo menos 100.000 rublos (4.300 dólares); el deudor podrá obtener plazo de hasta cinco años y componer un plan personalizado de satisfacción de sus obligaciones, Si cumple el plan queda liberado de toda obligación anterior; si no lo hace se procede a la liquidación de sus activos.

Y en Argentina hemos tenido un anteproyecto elaborado en el Ministerio de Economía, que nunca llegó a ser enviado al Congreso, que preveía incluso la intervención de mediadores para ayudar a obtener acuerdos entre el deudor persona física y sus acreedores.

III. Conclusiones

La breve exposición que venimos de hacer muestra a las claras el fenómeno de la revisión casi permanente de la legislación concursal.

⁸⁷ Informe citado , página 3.

⁸⁸ Edwards, Craig – Bos, Michael, Reform of Personal and Corporate Insolvency Laws in New Zealand, Insol World Fourth Quarter 2006, pág. 21. Indican los autores que contrariamente a otras leyes sobre la materia, no se exige al deudor someterse a un “counseling” sobre los riesgos del endeudamiento.

Sin duda, además de los factores que hemos analizado, uno de los mayores incentivos de los legisladores para modificar permanentemente las leyes de quiebras, es la búsqueda de sistemas más eficientes.

Es que las quejas respecto de los distintos regímenes es virtualmente universal.

En muchísimos países (prácticamente en todos) se quejan de la lentitud de los procedimientos, del abuso de los procedimientos preventivos que conducen al mantenimiento de empresas inviables, de los escasos incentivos que los empresarios tienen para recurrir de manera oportuna a los procedimientos de reestructuración, de los costos de los procesos, de la mínima recuperación de los créditos quirografarios en las quiebras, de los escuálidos resultados de las acciones integrativas del patrimonio del deudor fallido. En otros, los mecanismos concursales son virtualmente ignorados por la comunidad de negocios; así sucedió en Rusia durante la crisis (1997), pues solo dos de cada mil empresas insolventes había recurrido a los procedimientos legales⁸⁹; en México he asistido a la presentación que semestralmente hace **el titular del Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles** y denunció en un semestre un número de concursos y quiebras muy inferior al de procedimientos iniciados en Buenos Aires en una semana.

Por ello las “soluciones” se van repitiendo de un país a otro, y aunque en general puede advertirse que el modelo dominante es el de los Estados Unidos, es indispensable tener en cuenta que para tener un sistema concursal eficiente no basta con copiar las decisiones legislativas de otros países. Es necesario que las autoridades encargadas de la aplicación quieran hacerlo, que los distintos agentes del procedimiento (jueces, síndicos, facilitadores, conciliadores, administradores, etc) estén suficientemente preparados para su gestión, y que se elimine la corrupción⁹⁰

Por otro lado, existe la ilusión de los legisladores de crear un sistema que salve a las empresas por ley. Lo cierto es que esa es una ilusión vana: la ley puede ayudar a crear las condiciones para evitar algunas liquidaciones o para hacer que estas sean más eficientes y por ende para que haya una menor pérdida de valor producida por la quiebra.

⁸⁹ Fainschmidt, Evgeny, Development of the Insolvency (Bankruptcy) System in the Modern History of Russia, , Insol World Silver Jubilee Edition 2007, pág. 30

⁹⁰ Así, con relación a la aplicación de la ley búlgara se dice que la principal razón de la ineficiencia está en la debilidad de las instituciones encargadas del cumplimiento de la ley, y tanto la impotencia del estado para hacer frente a la corrupción y la criminalidad organizada cuanto las deficiencias del sistema judicial conspiran contra el funcionamiento del sistema: de Arriba Bueno, ob. cit.