

## **LA CONCURSALIDAD ENTRE EL PASADO Y EL FUTURO**

(Propuestas de reflexión para el sistema  
concursal argentino del porvenir)\*

**ADOLFO A. N. ROULLÓN**

### **1. INTRODUCCIÓN**

La quiebra es el procedimiento concursal liquidativo. Esa afirmación, hoy, nos señala —sin dificultades— que al lado de la quiebra existen, o pueden existir, otros procedimientos no liquidativos a los cuales genéricamente llamamos procesos concursales preventivos.

Sin embargo, fueron necesarios más de dos mil años para llegar a concebir soluciones preventivas de la quiebra. Y este logro, atribuible al siglo XIX, no puede considerarse el punto máximo de evolución de la concursalidad, según puede observarse en los notables cambios producidos y en tren de lograrse en los últimos años, en diversos países.

Veamos, pues, a vuelo de pájaro, los puntos culminantes de evolución y transformación de la concursalidad señalando sus hitos principales.

### **2. CONCEPCIÓN ORIGINARIA DE LA QUIEBRA**

Los procedimientos equivalentes a lo que luego llamaríamos "quiebra", en sus orígenes romanos, fueron medios de ejecución forzada colectiva. De la persona del deudor, en

\* Ponencia en las Jornadas Nacionales de Derecho Concursal, año 1983, Comisión n° 1, La crisis de la empresa y el concurso.

un principio; de su patrimonio —para distribuirlo entre los acreedores— luego.

En esta concepción originaria, que perduró siglos, podemos advertir como rasgos definitorios:

a) La quiebra es una respuesta ideada para el problema de la insolvencia o cesación de pagos del deudor; la insolvencia constituye el presupuesto objetivo de la quiebra ("quiebra = insolvencia").

b) La quiebra es un procedimiento de liquidación forzada colectiva de todo el patrimonio del deudor insolvente; la liquidación es su meta como paso ineludible para la distribución ("quiebra o insolvencia = liquidación").

c) La insolvencia afecta a los acreedores y, por eso, la quiebra se concibe como un medio instrumental de defensa del crédito; el interés de los acreedores es el punto de mira central y éstos procuran que la satisfacción de sus acreencias —ante la evidencia sistemática del cobro parcial— sea lo más igualitaria posible; el principio dominante es el de *pari conditio creditorum* ("quiebra = protección de los acreedores").

d) La quiebra es siempre un delito y, por eso, el quebrado es un defraudador que merece, y a quien se aplican, severas penas (castigos corporales y hasta la muerte) e inhabilitaciones ("quiebra = defraudación").

Cómo habría de evolucionar esta concepción originaria donde la concursabilidad es igual a un procedimiento tan severo, es lo que trataremos de sintetizar seguidamente.

### 3. RUPTURA DE LA ECUACIÓN "QUIEBRA = DEFRAUDACIÓN"

El quebrado fue, en los orígenes de la institución que nos ocupa, un delincuente. Se concebía a la quiebra como delito, y la responsabilidad de aquél era crudamente objetiva. De ahí la aplicación de severas sanciones al fallido. Los castigos corporales, la prisión, la infamia, las prohibiciones de por vida para desarrollar actividades comerciales eran el corolario de tan severa asociación de ideas: "quiebra = defraudación".

Muchos siglos fueron necesarios para que prendiera una nueva idea que iba a signar la futura evolución.

Esta idea se gesta a partir de la duda sobre la exactitud de la ecuación "quiebra = defraudación". Puesta en jaque

la equivalencia señalada, y aceptada la posibilidad cierta de que no siempre la quiebra es igual a defraudación, se concibe un espectro más amplio de alternativas.

Sólo a veces "quiebra" será igual a "defraudación". Otras veces, "quiebra" se asociará a un accionar meramente "culposo"; y, también, a un actuar "de buena fe", a la "casualidad".

Esta concepción nace entre estudiosos del siglo xvi, pero obtiene consagración legislativa recién en el Código de Comercio francés de 1807. Y de ella derivanse dos consecuencias fundamentales:

a) La necesidad de analizar caso por caso la conducta del fallido a fin de obtener conclusiones adecuadas sobre el encuadre de su accionar en una u otra de las alternativas mencionadas (fraude, culpa, casualidad). Nace, así, la "calificación de conducta", tema sobre el que no nos playaremos aquí.

b) La posibilidad de ofrecer soluciones no liquidativas -"preventivas"- a los deudores insolventes de buena fe. Sobre este tema sí nos detendremos seguidamente.

#### 4. RUPTURA DE LA ECUACIÓN "INSOLVENCIA = LIQUIDACIÓN" O EL NACIMIENTO DE LA "PREVENCIÓN"

Los primeros atisbos de prevención en la historia concursal pueden ubicarse en el medioevo italiano (siglo xiii). En los estatutos de algunas ciudades itálicas se conoció el "concordato" como instrumento excepcional para evitar, no la quiebra, sino la liquidación coactiva y las penas corporales, el destierro y la infamia del deudor quebrado. Era, en realidad, un medio preventivo de la liquidación y de ciertos efectos personales o, más bien, un remedio solutorio de la quiebra pero que no evitaba a ésta en sí.

Para la instrumentación de una solución estrictamente preventiva de la quiebra hubo de requerir varios siglos más y fue menester que arraigara la idea de que no todo insolvente debía ser, necesariamente, un delincuente. Sólo a fines del siglo xix se llegó al convencimiento general de la posibilidad de remontar la cesación de pagos sin declaración de quiebra.

Nació entonces el concurso preventivo como un nuevo procedimiento concursal que destronó el reinado absoluto

de la quiebra, reservándose aquél para los deudores insolventes de buena fe. Para ofrecerles la posibilidad de evitar la quiebra y los efectos personales que ésta acarrea, así como la liquidación de bienes que era su consecuencia.

El concordato preventivo nació indisolublemente unido a la exigencia de buena fe en el concursado; precisamente porque la prevención es el fruto del descubrimiento de que los insolventes pueden serlo de buena fe.

La suma de dos conceptos hasta entonces contradictorios ("insolvencia" y "buena fe") dio como resultado al "concurso preventivo".

Era lógico, en esta concepción decimonónica (Bélgica, 1857; Suiza, 1859; Argentina, 1902; Italia, 1903, etc.), que la solución preventiva fuera una especie de gracia o premio otorgado al deudor de conducta intachable (el famoso deudor onesto ma sventurato de los italianos).

Otra consecuencia importante de esta evolución fue poner en mira al deudor —y su interés— como centro de atención concursal.

En las preocupaciones de los concursalistas y de la legislación respectiva no interesan ya de manera exclusiva y excluyente los acreedores (y el conocido *pars conditio creditorum*) sino también el deudor, que puede aspirar legítimamente a remontar la insolvencia y reintegrarse a la actividad comercial rápidamente y con el menor deterioro posible.

Contemplar la posibilidad de tutela del deudor fructificó en otro principio que habría de orientar las legislaciones sucesivas: el de "salvaguarda de la integridad patrimonial del deudor".

En resumen, a fines del siglo xix y comienzos del siglo xx, la concursabilidad ha aceptado definitivamente a la "prevención" como meta orientadora de un proceso —el concurso preventivo, concordato preventivo o convocatoria de acreedores— que convive con otro proceso —la quiebra— cuya finalidad es, primordialmente, la "liquidación". La solución preventiva exige "buena fe" del deudor. El interés del deudor insolvente honesto se considera digno de tutela y origina el principio de "salvaguarda de su integridad patrimonial". El centro de atención está en el personaje principal de la época: el comerciante individual o empresario persona física, lo que quizás explique la gran atención que se reclama sobre su conducta. La insolvencia o cesación de pagos es el presupuesto objetivo de los concursos, sean éstos

preventivos o liquidativos. La insolvencia es un problema que atañe, principalmente, a los acreedores y al deudor.

5. **RUPTURA DE LA ECUACIÓN "QUIEBRA = PROBLEMA DE LOS ACREEDORES Y DEL DEUDOR" (O EL NACIMIENTO DEL PRINCIPIO DE "CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA")**

Después de la Primera Guerra Mundial y como consecuencia de las grandes transformaciones políticas, económicas y tecnológicas que venían gestándose desde mucho tiempo atrás, hace eclosión el fenómeno empresarial en el campo jurídico.

En la década de 1920-1930, Mossa reclama centrar la atención del derecho comercial en la empresa. De ahí en adelante el derecho mercantil de los países occidentales se preocupa más por la empresa que por el acto de comercio, y más por el empresario que por el comerciante.

¿Qué consecuencias derivaron al campo concursal? La preocupación mayor comienza a ser la suerte de las actividades empresariales en peligro por la cesación de pagos. Se advierte que cuanto mayor fuera la empresa comprometida, mayores serían los intereses afectados por su eventual desaparición. De lo cual séguese que en la insolvencia de las empresas—sobre todo de las grandes—no se ve un problema de la exclusividad de su titular y los acreedores. La empresa es fuente de ocupación, empleos y de ingresos tributarios, generadora de asientos poblacionales, estaban encadenado a otras empresas y en el crédito. Se toma conciencia de que la desaparición por quiebra de una empresa afecta muchos más intereses que los de los acreedores inmediatos.

De esa toma de conciencia sobre las nuevas realidades que trae el siglo se derivan dos consecuencias principales en el campo concursal:

a) La preocupación por salvaguardar, o rescatar, las empresas en peligro de desaparición por insolvencia. Ello se resume en el llamado "principio de conservación de la empresa", que se eleva a categoría de principio inspirador de las legislaciones concursales de mediados del siglo xx. En función de ese principio rector, se procuran facilitar las soluciones preventivas de la quiebra y, en su defecto, ofrecer medios solventes no liquidativos en la quiebra misma (acuerdos resolutorios, avenimientos, etcétera). La quiebra

pasa a ser, así, un proceso "predominantemente" liquidativo, pues puede concluir sin liquidación. La prevención concursal continúa su camino ascendente.

Los momentos culminantes de esta evolución se hallan, casi con seguridad, en la legislación francesa de 1967 y 1985.

En 1967, Francia evoluciona de la concepción tradicional del concurso preventivo como beneficio para el deudor de buena fe, a un nuevo y revolucionario criterio: los procedimientos preventivos deben ser soluciones alcanzables para las actividades empresariales útiles aunque la conducta de sus dirigentes hubiera sido reprochable. Se rompe la ecuación "solución preventiva = cesación de pagos + buena fe" y se consagra la separación entre la suerte de la empresa y la conducta de sus dirigentes. Posibilitase —a la vez— salvaguardar una empresa útil y eliminar a los dirigentes de la conducción empresarial, aun obligándoles a ceder sus participaciones sociales y sancionándoles penalmente en caso de bancarrota fraudulenta.

Esa concepción, que desata la suerte de la empresa del carro de la buena fe del empresario, se mantiene en la reciente legislación gala (1985). En esta última se va más allá todavía en el avance del principio de conservación empresarial: la salvaguarda de la empresa y el mantenimiento de la actividad y del empleo son las principales finalidades de la ley n° 85-98, la cual menciona sólo en tercer lugar a la depuración del pasivo (no estrictamente su pago) como aspiración del legislador (art. 1°, ley citada).

b) La ampliación del interés comprometido por la insolvencia, que excede largamente los intereses privados del deudor y sus acreedores, repercute en una publicitación creciente de la normativa y en un giro del positivismo hacia la inquisitorialidad en el procedimiento concursal. Más normas de orden público. Menores facultades de disposición para los acreedores y el deudor, roles más importantes para el juez y los órganos del proceso (el síndico y/o quienes lo reemplazan).

También en este aspecto la nueva legislación francesa constituye el punto más avanzado —la exacerbación, diríamose— del publicismo y la inquisitorialidad procesal. Los sujetos tradicionales de los procesos concursales, prácticamente han desaparecido, reemplazándoseles por funcionarios tales como el administrador judicial (que desplaza al deudor), el representante de los acreedores, el representante de los asalariados, expertos en diagnósticos empresarios, comi-

sarios ejecutores del plan de reordenamiento, controladores y liquidadores.

**6. RUPTURA DE LA ECUACIÓN "CONCURSOS = INSOLVENCIA O CESACIÓN DE PAGOS" (O EL "ESTADO DE CRISIS" COMO NUEVO PRESUPUESTO OBJETIVO CONCURSAL O, QUIZÁ, "DEL DERECHO CONCURSAL AL DERECHO DE LAS DIFICULTADES EMPRESARIAS")**

Ya en 1942 la legge fallimentare italiana previó junto a la quiebra y el concordato preventivo, una "administración controlada" reservada a ciertos empresarios en "dificultades transitorias". Al poner atención en los estadios previos de la insolvencia, en las dificultades todavía superables, se abre una brecha en la monolítica concepción tradicional que reservaba los procedimientos concursales para el estado de cesación de pagos (y sólo para éste).

Esto implica un nuevo avance de la prevención: buscar métodos para prevenir no ya la quiebra-liquidación, sino la misma insolvencia. Recordemos que el concurso preventivo tradicional presupone la existencia de cesación de pagos, por lo que su cariz preventivo apunta a eludir la liquidación patrimonial y los clásicos efectos personales inhabilitantes de la quiebra. La nueva tendencia en materia de prevención quiere actuar antes; en los estados de preinsolvencia, también llamados de "dificultades transitorias" (Italia, 1942), o "situación financiera difícil pero no irremediablemente comprometida" (Francia, 1967), o de "necesidades que no pueden ser cubiertas por un financiamiento acorde con las posibilidades de la empresa" (Francia 1984, ley de arreglos amigables) o, simplemente, "estado de crisis" (España 1983; Italia, proyecto Fajardi en relación a la administración extraordinaria).

La comprobación reiterada de la difícil reversibilidad de la insolvencia, así como de la relativa ineficacia de las soluciones preventivas clásicas, ha llevado a imaginar, por un lado, nuevas soluciones a las crisis empresariales y, por otro lado, a no reservar esas soluciones para el extremo supuesto de la cesación de pagos ya instalada sino —por el contrario— a posibilitar la actuación concursal o preconcursal sirviendo a los estados críticos anteriores.

El avance contemporáneo de la "prevención" por sobre la "liquidación" como metas orientadoras de distintos pro-

cedimientos concursales, permite concluir que hay consenso en el pensamiento actual sobre la necesidad de privilegiar las soluciones colectivas —concurales o preconcursales— tendientes a evitar, más que la quiebra, la insolvencia misma (Francia, Bélgica, Austria, España, etcétera).

Paralelamente, asistimos a un significativo movimiento reformista en la doctrina y en diversos proyectos y leyes comparadas, en pro de la sustitución del estado de cesación de pagos o insolvencia como presupuesto concursal; o, al menos, como único presupuesto de apertura de los concursos. (El proyecto español de 1983 establece como presupuesto de apertura concursal el "estado de crisis", la delimitación de cuyos perfiles es aún incierta; empero, pareciera una noción más amplia que la de "estado de cesación de pagos", ya que abarcaría las etapas anteriores a la insolvencia.)

Esta atrevida incursión que hemos hecho sobre la evolución de dos mil años de concursalidad nos permite advertir cuán poco es lo que resta de la concepción originaria, y cómo el siglo XXI puede enfrentarnos a un contenido radicalmente diferente de la materia que estudiamos. No ya un derecho de la ejecución forzada colectiva. Ni un derecho concursal para la insolvencia exclusivamente. Quizá, como se insiste en la doctrina de la década en curso, vamos hacia un "derecho de las dificultades o crisis empresarias". Si las últimas tendencias repasadas se consolidan, no dudamos de que así ha de ser.

## 7. ¿QUÉ OCURRE ENTRETANTO EN NUESTRO PAÍS?

La ley 19.551 responde en líneas generales a una concepción concursal no acorde con la evolución que hemos reseñado. La reforma de 1983 (ley 22.917) ha efectuado retoques al sistema, pero sin alteraciones sustanciales (quizá la mayor novedad radique en la mención de los estados de dificultades económicas o financieras de carácter general —preinsolvencia— como presupuestos posibles de los acuerdos preconcursales). El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial (con media sanción legislativa), sólo aporta modificaciones livianas a la legislación concursal y de privilegios.

Próximos al tercer milenio de la era cristiana, nos parece oportuno —imprescindible, más bien— sumarnos a las preocupaciones de reflexión sobre el futuro de la concursa-



lidad que hoy proliferan entre los estudiosos, los políticos y los legisladores de los principales países de Occidente.

En ese orden de ideas es que proponemos un debate sobre las que consideramos premisas básicas de reformulación del sistema concursal, a saber:

- a) *¿Es conveniente mantener un "único sistema concursal", o es mejor prever "diferentes sistemas" en función del sujeto en dificultades?*

Juzgamos a ésta la primera definición a tomar. Porque el interés comprometido alrededor de la cesación de pagos es diferente —para citar dos ejemplos extremos— si se trata de un deudor persona física, dependiente, con escasos bienes y pocos acreedores, que si se trata de una sociedad anónima que desempeña una importante actividad empresarial (o varias) empleando a cientos o miles de personas.

No puede, entonces, ser igual el trato legal. En un caso, la tutela de los acreedores para alcanzar un cobro rápido y paritario de sus créditos luce como primordial.

En el otro, aquel interés puede subordinarse (no ignorarse por completo) al de conservación de la actividad empresarial útil y al mantenimiento del empleo.

Por supuesto que de esa diferencia básica —de interés tutelable— derivarían todas las demás relativas al procedimiento.

Es a causa de ello que consideramos útil para la reflexión el proponer un triple sistema concursal:

1) Para la insolvencia de la persona física que no desempeña actividad económica organizada (el deudor "civil" de otrora; el "consumidor" de hoy). Cabría aquí cuestionarse si es necesario mantener procedimientos concursales —en cuyo caso deberían ser procesos de ejecución colectiva muy simplificados y breves— o si bastaría la ejecución individual.

2) Para la insolvencia o dificultades serias del pequeño empresario, persona física o jurídica, calificando la dimensión por el número de dependientes, monto de facturación, etcétera. A estos sujetos quizás les bastaría con los esquemas concursales clásicos, retocados y actualizados.

3) Para la insolvencia o dificultades severas de la empresa mediana y grande (también caracterizando la dimensión por personal empleado, facturación, trascendencia en

el medio, etcétera). Aquí es donde se hacen imprescindibles las mayores innovaciones. Y con respecto a este supuesto formulamos las propuestas de reflexión que siguen.

b) ¿Cuál será el "presupuesto objetivo" concursal?

En este aspecto las alternativas son múltiples:

1) Seguir con el esquema clásico: sólo la insolvencia o estado de cesación de pagos.

2) Reservar la cesación de pagos para los procedimientos judiciales, y los estados de preinsolvencia para los acuerdos previos extrajudiciales.

3) Utilizar al "estado de crisis", en una fórmula amplia comprensiva de dificultades generales de índole diversa (económica, financiera), y a fortiori la insolvencia misma.

c) ¿Cuál será el "interés primordialmente tutelado"?

Básicamente, el conflicto se plantea hoy entre los acreedores anteriores al concurso (los acreedores "del fallido", o "en la masa", según terminología en desuso pero muy gráfica) por una parte, y por la otra, los trabajadores y terceros eventualmente perjudicados por el cese de la actividad más los acreedores del concurso.

Si se opta por la prosecución de la actividad y el mantenimiento del empleo como objetivos preferentes, ello implicará: por un lado, incrementar la preferencia de los acreedores del concurso y, a la vez, postergar la satisfacción integral del pasivo anterior; por otro lado, definir la participación procesal y la importancia de los roles asignables a los acreedores del deudor, a los trabajadores, etcétera.

d) ¿Cómo hacer eficientes los métodos preventivos?

Este es, tal vez, el punto más difícil. Esquemáticamente, se nos ocurre como importante:

1) Estimular la imaginación para crear diferentes métodos preventivos, judiciales y extrajudiciales (la experiencia comparada es útil).

2) No dejar la iniciativa sólo al deudor.

3) Flexibilizar y ampliar las facultades judiciales.

4) No hacer depender la aprobación o el éxito de la "buena fe" del dirigente empresarial; centrarlos en el inte-

rés comunitario comprometido en la conservación de las actividades empresarias útiles.

5) No constituirlos en un escudo que impida acceder al juzgamiento de la conducta reprochable del administrador responsable de la crisis o insolvencia.

e) ¿Es posible y conveniente resucitar la desgastada "pars condicto creditorum"?

Pensamos que es preciso minimizar las preferencias y privilegios en el concurso de las grandes empresas. Esto supone un esfuerzo que hallará tremendos escollos. No es fácil destruir la telaraña de privilegios tejida durante años. Empero, una audaz innovación en este punto se nos ocurre imprescindible.

f) ¿Qué hacer con los "aspectos represivos" de la concursabilidad?

El eje de la discusión ha de centrarse, en este aspecto, sobre la conveniencia o no de mantener una "calificación de conducta" en sede concursal y paralela al juzgamiento penal respectivo. Y en cuanto a los aspectos delictuales, sobre la reformulación de los tipos penales (más detallados y más acordes con la realidad empresarial actual), y la instrumentación de una magistratura adecuada y, en lo posible, especializada.

g) ¿Se atribuirán a pluralidad de funcionarios las tareas que hasta ahora desempeña el síndico?

Aunque el régimen francés pudiera parecer —para nuestra realidad— algo excesivo, hay en él innovaciones positivas a tener en cuenta; por ejemplo, la representación de los trabajadores, de los acreedores y de la administración de bienes, por separado.

En este tema resulta ineludible plantearse cuáles serán las exigencias de capacitación, títulos, incompatibilidades, controles, retribución, responsabilidades, etcétera.

h) ¿Qué magistratura será necesaria para estos concursos?

Otra de las claves del éxito de un buen sistema concursal pasa por la judicatura adecuada. Es casi obvio que al magistrado abrumado por la amplitud de la competencia ci-

vil y comercial (la mayoría del país encarga a ellos la competencia concursal) no puede pedirsele la dedicación y las dotes cuasiempresariales que serían menester.

El punto supone replantear la federalización de estos juicios, la especialización de los magistrados y sus colaboradores inmediatos, la delimitación de la competencia, etcétera.

### 8. Conclusión

Entendemos imprescindible un acuerdo básico sobre los temas que hemos enumerado como "premisas" de un nuevo sistema concursal.

Logrado aquél, recién entonces podría estructurarse el procedimiento en sus detalles. Pero sin un amplio debate sobre aquellas cuestiones, seguiremos haciendo retoques al sistema vigente y postergando enfrentar las cuestiones fundamentales.

Al enunciar esas "premisas" también hemos deslizado nuestras preferencias en algunos temas. No pretendemos imponer criterios dogmáticos. Tan sólo abrir la puerta a una reflexión serena y a la discusión fecunda. En última instancia, nos bastaría con haber generado inquietudes. Seamos conscientes de que el tiempo apremia y la historia—hoy más acelerada que nunca— no perdona a quienes no saben estar a la altura de los desafíos de su época.