

EL JUEZ CONCURSAL DEL NUEVO MILENIO

Por: EDGAR J. BARACAT.-

¿Cuáles son los poderes-deberes¹ del juez concursal del nuevo milenio?

A dicho interrogante respondemos:

1) DEBE EJERCER PLENAMENTE EL ACTIVISMO QUE LE CONFIERE LA LEY ESPECÍFICA

El juez concursal cuenta con facultades y deberes²; las primeras le han sido acordadas para cumplir los últimos.

La simple lectura del art. 274, LCQ, (Nro 24.522), al ocuparse medular y específicamente de las facultades del juez concursal³, es demostrativa que se está frente a un enjuiciador con fuertes poderes de impulso procesal y de investigación de la causa, es decir, ante un judicante que ulteriormente resultó calificado de “activista”.

Cabe subrayar que la regla en él contenida es reproducción literal del art. 297, de la Ley Nro 19551, anterior LCQ sancionada en el año 1972, texto legal que ora dejaba de lado la figura del juez “espectador” para todo aquello

¹ López Mesa, Marcelo J., “EL juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia”, LL 2012, p. 1269 y sigtes., El citado autor hace una prolija enunciación de los deberes que pesan sobre el juez común, pero igualmente aplicables al juez concursal. En tal dirección enuncia los siguientes deberes: a) de verificar el cumplimiento de los “presupuestos procesales” de las pretensiones de oficio; b) de proteger las formas procesales, pero manteniendo un delicado equilibrio con la “verdad jurídica objetiva”; c) de no caer en “excesos rituales”, ritos caprichosos, actos estériles y formalismos huecos; d) de “resolver las causas”; e) de “fundar” o “motivar” las resoluciones; f) de guardar coherencia con sus “actos propios anteriores”; g) de respetar la “vigencia y jerarquía” de las normas vigentes; h.) de analizar de “oficio la constitucionalidad” de las normas; i) de evitar la vulneración del principio general de “buena fe”; j) de evitar que el proceso se convierta en “un juego de ficciones” librado a la habilidad ocasional de los litigantes; k) evitar “nulidades”; l) de proteger al “interés superior del niño” y de oír al menor cuando hay menores involucrados en una litis

² Con honestidad intelectual debemos confesar que el presente trabajo se inspira y parte de la publicación de nuestro homenajeado (Dr. Jorge W. P Peyrano, Jorge W), titulada “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI”, JA 2001-IV-863 y sigtes., la que hemos adaptado para la figura del juez concursal en el nuevo milenio.

³ Masciotra, Mario, “Poderes-deberes de la actividad jurisdiccional”, Revista Derecho Procesal, 2015-I, Roland Arazi (director), jurisdicción y competencia-II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 17 y sigtes. El citado autor aludiendo al contenido de la jurisdicción (facultades, poderes, deberes, obligaciones), señala: “En mi opinión, el contenido de la actividad jurisdiccional está conformado por los poderes deberes de la jurisdicción, que consisten en todas aquellas actividades que el cuerpo legal le confiere y/o le impone tendientes a la realización y cumplimiento de sus finalidades jurídicas – sustanciar un proceso justo conforme a las normas contenidas en el ordenamiento jurídico vigente -, políticas – decidiendo coercitivamente en los conflictos inter subjetivos que le son presentados mediante la solución justa de los mismos, fundamentada en la realidad de los hechos en que se apoyan las cuestiones controvertidas – y sociales, tendientes a satisfacer las necesidades básicas de pacificación social, mediante un pronunciamiento justo, objetivo liminar de toda justicia....”.

atinente a la insolvencia de los sujetos concursales. De tal suerte, que en materia concursal el juez activista aparece ya en el último tercio del siglo XX.

Creemos no equivocarnos si dijéramos que actualmente se produce un acercamiento de la figura del juez civil ordinario a la figura del juez de la falencia, por cuanto este último mantiene aún mayores poderes que aquéllos, amplitud que tiene su razón de ser por estar en juego en el conflicto suscitado, la materia tocante a la insolvencia que arrastra una multiplicidad de intereses que se relacionan al principio de “conservación de la empresa” y a la “masa pasiva” compuesta por los acreedores concurrentes propios del régimen de los concursos. A punto tal llega ese estrechamiento, que con motivo de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se dice que se trata del “codex” de los jueces; un libro de los jueces para que ellos apliquen sus normas dotadas de mayor flexibilidad para conferir al caso concreto la justicia que reclaman los litigantes.

Incumbe subrayar⁴, sí, que con la vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se consolida la tendencia de otorgar a los jueces ordinarios, amplias atribuciones (exactamente se habla de una “discrecionalidad” más acentuada) en búsqueda de la verdad, magistrados que “habrán de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada” (art. 3, CC y C de la Nación).

El juez concursal tiene desde hace tiempo un rol activo, que el nuevo Código acentúa por diversas razones, entre otras y principalmente: a) por el proceso de constitucionalización del derecho privado, hoy comprensivo de los Tratados de Derechos Humanos, recogidos expresamente en los arts. 1 y 2 del Nuevo Código, que compele al juzgador no sólo a subsumir los hechos en las reglas, sino a ponderar los principios en la gran cantidad de casos en los que éstos entran en conflicto; b) en el método de interpretación, más preocupado por los fines de la ley que por la intención del legislador⁵.

⁴ Prono, Ricardo S., “Derecho concursal procesal” (Adaptado al Código Civil y Comercial), LL 2017, p. 58/59.-

⁵ Prono, Ricardo S., Obra citada en nota anterior, p. 61/62.-

Obviamente que los poderes del juez concursal⁶ no se agotan con los precedentes conceptualizados⁷ y además reconocen límites; este valladar no es otro que la garantía que exige el principio de “debido proceso”.

1) Los poderes inquisitivos del enjuiciador concursal:

Las medidas para mejor proveer tan discutidas y opinadas dentro del campo de la doctrina y jurisprudencia del derecho procesal civil común⁸ (sostenida vehementemente por los activistas en busca de la verdad real y negadas parcialmente por la llamada tendencia “garantista” so pretexto de que el juez no puede suplir la negligencia del litigante), resultan ser moneda corriente en el escenario concursal puesto que a nadie se le ha ocurrido cuestionar su procedencia en este tipo de proceso, por cuanto en esta materia las medidas se encuentran comprendidas en el principio de “inquisitorialidad” que impera en el trámite principal del concurso. Están relacionadas con la averiguación de la verdad real y no caben confundirlas con la “oficiosidad”.

⁶ De Césaris, María Cristina, “La magistratura concursal”, en “Concursos y quiebras. Estudios en homenaje al Dr. Ricardo S. Prono”, Edición homenaje de la UNL, año 2010, al aludir al “Perfil del juez concursal” concluye: “...Existe coincidencia entonces sobre la decisiva incidencia que tiene la figura del juez en la aplicación de los principios concursales a partir de un profundo conocimiento de la ley y comprensión de sus objetivos. Para hacer efectivos esos principios y operativas las reglas que rigen el proceso, es necesario un juez con atributos intelectivos e interpretativos, pero también con aptitudes “gerenciales”: un buen administrador de recursos escasos, que sepa organizar la resolución del problema planteado, aplicando correctamente la norma pertinente, en tiempo oportuno, y con adecuado resguardo del derecho de defensa en juicio”

⁷ Peyrano, Jorge W., “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”, Publicación del Ateneo de Estudios del Proceso Civil, “Principios Procesales”, “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”, Rubinzal-Culzoni, t. 1, p. 131 y sigtes.- El mencionado autor escribe sobre el “activismo procesal” referido al proceso civil, pero también útil y provechoso para el juez concursal: “...En otra ocasión, hemos consignado cuáles son las características más salientes del activismo procesal, pero lo que aquí nos interesa subrayar es su aptitud para la producción incesante de herramientas procesales útiles para jueces y abogados, jueces y jueces. Recordemos algunas, muchas de las cuales ya han tenido consagración legislativa: las cargas probatorias dinámicas, la tutela anticipada, el mandato preventivo, la flexibilización de la congruencia, el recurso indiferente, la reconducción de postulaciones, la reposición “in extremis”, el recurso “ad infinitum”, la medida cautelar innovativa, el indicio vehemente, el valor probatorio de la conducta en juicio, la proscripción del abuso procesal, la medida conminatoria, la teoría de las pruebas leviores y tantas otras creaciones que, exitosamente, han podido enfrentar las anomalías producidas por el paradigma en retirada.....”.-

⁸ Peyrano, Jorge W., “Medidas para mejor proveer”, LL, 2015-E, p. 1235.- Abogando por su utilización el citado autor aduce: “...Entre las hipótesis más invocadas de improcedencia de iniciativas probatorias del juez, se cuenta la sospecha de que la prueba oficiosa de que se trate vendría a favorecer a una de las partes. Sobre el punto, hemos dicho que no nos parece que un tribunal deba retraerse de realizar medidas para mejor proveer por el solo hecho de ser posible que sus resultados favorezcan a una parte en detrimento de la otra. Ello porque nunca puede saberse a priori con certeza cuál va a ser el resultado de una diligencia probatoria, amén de que la existencia de dicha sospecha evidenciaría que la verdad y el derecho están de parte del que se vería injustamente perjudicado por la pasividad de un juez más preocupado por aventar toda imputación de parcialidad que por administrar justicia.....”.-

Se juzga: “La posibilidad de ordenar medidas contempladas en el artículo 274 de la LCQ, implica la consagración de poderes inquisitivos e instructorios amplios, característica de la que también participan, aunque en menor grado, las medidas para mejor proveer, siendo ambas irrecurribles”⁹ .

2) *Los poderes oficiosos del juez concursal:*

Coincidimos que no es correcto identificar los poderes “inquisitivos” y “oficiosos” del juez concursal, aunque ambas expresiones se utilizan indistintamente para referir el “impulso procesal” del concurso. Maffia¹⁰, señala que el vocablo “oficioso” se emplea para aludir a ciertas decisiones que el magistrado puede adoptar sin (y aún contra) el pedido de parte, decisiones que no se limitan al procedimiento en el sentido de pasos sucesivos del trámite. Añade, si bien los vocablos vistos se utilizan promiscuamente para aludir al impulso del procedimiento, sólo se habla de poderes oficiosos cuando se trata de mencionar las atribuciones del magistrado sea para abrir el concurso, sea para adoptar decisiones que trascienda el mero indagar y de alguna manera corresponde a poderes que en el orden dispositivo corresponde exclusivamente a las partes privadas. Impulso inquisitivo u oficioso, entonces, pero decisiones sólo de oficio.

Maffia¹¹, concluye la idea subrayando: “Dijimos que no es lo mismo inquisitivo que oficioso. La inquisitoriedad hace fundamentalmente al proceso: su materia, su prueba, su desarrollo (impulso), lo cual no es óbice para que el juez pueda adoptar medidas (por ejemplo, verificación y homologación que puede negarlas aunque no haya cuestionamiento de interesado); pero lo principal es el desarrollo del proceso sin necesidad de instancia privada. En cambio la oficiosidad supone poderes referidos no tanto al trámite (del proceso) cuanto a decisiones (resoluciones), de lo que en el tema de quiebra es expresivo ejemplo la apertura de oficio”.

⁹ CCom.CAdm. San Francisco, Córdoba, 23/10/98, “Corradi SA s/ Quiebra”, LLC 1999-761.-

¹⁰ Maffia, Osvaldo J., “Derecho Concursal”, Víctor P. de Zavalía, t. 1, p. 76.-

¹¹ Maffia, Osvaldo J., “Derecho Concursal”, Víctor P. de Zavalía, t. 1, p. 44

Vayan algunos ejemplos de oficiosidad y sólo algunos casos de oficiosidad:

2.1.) No verificación de créditos “ex officio” (art. 36, LCQ):

Así se califica el crédito desestimado oficiosamente por el juez, a pesar de no mediar dictamen desfavorable del síndico, ni impugnaciones del deudor o de los solicitantes de verificación. Dicho decisorio (“no verificación”), puede ser pronunciado “oficiosamente” por el juez, en virtud de los poderes que le confiere el citado art. 36 de la L. de C. Ley Nro 24.522 ya que la verificación debe ser declarada, “... si el juez lo estima procedente”.

2.2.) No homologación “oficiosa” del magistrado concursal de la propuesta abusiva o en fraude de la ley (art. 52, inc. 4to):

A partir de la reforma introducida por la ley 25.589, el inc. 4to. del art. 52, señala que el juez en ningún caso homologará una propuesta abusiva o que fuera en fraude de la ley¹². De la lectura del art. 52 de la LCQ modificado por la Ley Nro. 25.589, resulta que las facultades homologatorias dadas al juez del concurso se desenvuelven entre dos polos opuestos: a) la posibilidad de no homologar un acuerdo que recibió el beneplácito de la mayoría de los acreedores según lo dispuesto por los arts. 45 y 67, por tratarse de una propuesta “abusiva” o en “fraude de la ley”; b) el poder de imponer un acuerdo preventivo a pesar de que no se hubieran alcanzado las mayorías de los arts. 45 y 67, a través de la aplicación del instituto del “cramdown-power”.

2.3.) El ejercicio del cram-down power de oficio (art. 52, inc.2, b) del juez concursal:

Dispone ahora la regla legal (art. 52, inc. do, b)):

“...b) Si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores a los siguientes requisitos...”

¹² Ver doctrina sentada por la SCJ de la Nación sobre propuesta abusiva en dos casos emblemáticos, “Arcángel Maggio SA”, 15/03/2007”, LL 2007-C-37 y “Comercial del Plata”, LL 2012, p. 1269.-

1) “...Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios...”.

11) “...Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario...”.

111) “...No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndese como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disconformes puedan elegir – después de la imposición judicial del acuerdo – cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta...”.

IV.-) “...Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes.....”.

2.4.) Declaración “ex officio” de inoponibilidad por la judicatura concursal :

Los supuestos de inoponibilidad previstos en el art. 118, LCQ (“actos ineficaces de pleno derecho”), consisten en: “...1) Actos a título gratuito. 2) Pago anticipado de deuda cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; 3) Constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía....”.

Los enunciados son ciertos actos realizados en el período de sospecha por el fallido; la norma sobre ineficacia tiende a proteger a los acreedores, evitando la oponibilidad a la masa de los ejecutados “gratuitamente” o que violen la “par conditio creditorum”.

En todos estos actos contenidos en el art. 118, LCQ, el perjuicio se presume de manera absoluta (“iure” et de “iure”), no permitiendo la prueba en

contrario del “no perjuicio” o la acreditación de la congruencia del acto con la “par conditio creditorum”.

Pueden ser declarados tales “ex officio”, es decir, sin que sea exigible la interposición de acción o petición expresa. Dice el citado artículo último párrafo: “La declaración de ineficacia se pronuncia sin necesidad de acción o petición expresa y sin tramitación”. Se estima que son actos fácilmente detectables por el juez interviniente y no necesitan mayores indagaciones del juez interviniente en la quiebra.

El contradictorio se suscita en momento ulterior; en principio, únicamente el tercero contratante con el deudor ha de estar inserto en este veredicto.

II) DEBE ATENDER TAMBIEN LA PENETRACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL DERECHO PRIVADO.

a) Actuación inconstitucional:

Actualmente se repite constantemente que se está frente a un fenómeno denominado la penetración del derecho constitucional en el derecho privado, aunque nunca imaginamos que un juez, cualquiera sea su competencia funcional y material, pueda fallar un pleito sin centrar la mira en los preceptos constitucionales eventualmente involucrados en el caso. Zegrebelsky¹³, alcanza a sostener que “los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso, pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio”.

Entre nosotros quien se ha ocupado extensamente de “la interpretación judicial de la constitución” es Sagües¹⁴, y dice: “...es una interpretación para decidir casos tribunalicios, es decir, procesos llevados conforme a un procedimiento por lo común muy reglado y a menudo largo. En este sentido, el juez no interpreta a la Constitución como empresa académica, ni por el

¹³ Zegrebelsky, Gustavo, “El derecho dúctil”, 1997, Ed. Trotta, Madrid, traducción de Marina Gascón, p. 134.-

¹⁴ Sagües, Néstor Pedro, “La interpretación judicial de la constitución”, Lexis-Nexis, 2ª., p. 3

puro placer teórico de interpretar. Aquí no vale la interpretación por la interpretación misma, ni las veleidades intelectuales que en otros ambientes parecen dar cierto lustre y hasta prestigio”.

Así por ejemplo, en el caso Tuero fallado por la Sala 1ª. de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario se revocó el fallo dictado por el Sr. Juez de Primera Instancia, que había decretado la quiebra de la concursada y omitido ponderar a los efectos de tener aprobada la propuesta concordataria, la conformidad de un acreedor “revisionista” dentro del periodo de “exclusividad” que no había obtenido resolución de admisibilidad en la oportunidad prevista en el artículo 36, LCQ, pero reconocido posteriormente por el magistrado interviniente. La Alzada “dejó de lado” excepcionalmente esta última norma y resolvió incluirlo en el cómputo de las mayorías para el acuerdo, desde que la solución contraria conllevaría a la injusticia del juzgamiento.

b) Omisión inconstitucional:

Añade Sagües¹⁵: “...Pero también le toca al poder judicial, si se trata de dar “fuerza normativa” a la Constitución, algo más que vetar la acción inconstitucional de los órganos del Estado. En los supuestos de inconstitucionalidad por omisión, le corresponde obligar (en la forma en que el derecho constitucional de cada país lo establezca) a esos órganos renuentes a adoptar aquellas normas y actos o hechos inconstitucionalmente incumplidos. Esto importa un “hacer” judicial dirigido a impulsar la actividad de los poderes del Estado”. Se habla aquí de “inconstitucionalidad por omisión”.

Así también valga como casos de penetración del constitucionalismo para dar respuesta a “intereses privados”, la jurisprudencia elaborada por la SCJ de la Nación en relación a la “omisión inconstitucional”. Dando respuesta a este interrogante tenemos el caso “Siri” fallado por la SCJ de la Nación, en el caso “Siri” de fecha 27/12/1957 (luego de varios años en que se negó la

¹⁵ Ob. Cit., p. 18.-

acción de amparo por falta de regulación legal) procedió a “crear” pretorianamente el amparo contra actos de autoridad pública.

Y poco tiempo después en la causa “Kot”, en fecha 05/09/1058, procedió del mismo modo reconociendo el amparo contra actos de particulares.

In re “Urteaga” donde se demandó al Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, 15/10/1998, la Corte Federal ante la carencia reglamentaria legislativa (art. 43, párrafo 3ro, que instituye la acción de habeas data), reiteró el valioso criterio hermenéutico que sostiene la innecesaridad de la existencia de ley reglamentaria. Dijo el Alto Tribunal: “la ausencia de normas instrumentales no es óbice para su ejercicio, pues en situaciones como la reseñada, incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente (hasta tanto el Congreso Nacional proceda a su reglamentación), las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos”.

En el caso “Mignone” la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 3, inc. d) del Código Electoral Nacional, que excluye del padrón electoral a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”. Y urgió a los Poderes Legislativos y Ejecutivo, “a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados” y, en ese marco, consideró prudente “disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses”.

III) DEBE ASUMIR QUE EL DERECHO PROCESAL CONCURSAL ES MERAMENTE INSTRUMENTAL

El principio de instrumentalidad de las formas, completado con el de finalidad de los actos procesales, sintetiza la moderna orientación en el punto¹⁶, directiva a la que igualmente debe someterse el “iudex” concursal. En

¹⁶ Maurino, Alberto Luis, “Nulidades procesales”, Astrea, 1992, 2ª., p.9.

el caso “Colalillo” la SCJ de la Nación¹⁷ expresó que el proceso civil (también el concurso como proceso agregamos nosotros), no puede ser conducido en términos estrictamente formales pues no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la “verdad objetiva” que es su norte, doctrina judicial que también debe respetar el enjuiciador de la insolvencia.-

Los jueces (el judicante que interviene conociendo en un concurso también lo es) deben asumir que el derecho procesal fue creado como simple instrumento y su obra tiene por finalidad (ante la ausencia de cumplimiento voluntario del obligado) de hacer cumplir la actuación de la ley objetiva sustantiva (en el caso LCQ).- Y que ante una posible solución injusta tienen que dar respuesta adecuada con apoyo en el valor justicia.-

Verbigracia: Una doctrina pretoriana y autoral propugna para aquellos supuestos en que el juez no pueda homologar el acuerdo por propuesta “abusiva”, no se declare inmediatamente la quiebra, confiriéndosele al concursado ante la sorpresa que le puede ocasionar la no homologación a pesar de las mayorías que le prestaron los acreedores, una nueva etapa “alternativa” de mejoramiento de la misma (aunque la opción no se encuentre prevista expresamente en la ley), con el claro propósito de salvaguardar el principio de “conservación de la empresa”.-

Como ya lo expresara José Luis Monti¹⁸ estando vigente la ley 24.522 (sin las reformas de la Ley Nro. 25.589) respecto de la potestad del juez de “no homologar” acuerdos abusivos o en fraude de los acreedores:

¹⁷ Fallos 238-550; Ver Alegría, Héctor, “Breve apostilla sobre la flexibilización en la interpretación de la ley concursal”, comentario a fallo LL, 2013-B-874.-

¹⁸ Monti, José L., “El concordato como negocio jurídico. Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez concursal”, LL-F-2000, p. 1096.- Una doctrina pretoriana y autoral propugna para aquellos supuestos en que el juez no pueda homologar el acuerdo por propuesta “abusiva”, no se declare inmediatamente la quiebra, confiriéndosele al concursado una nueva alternativa de mejoramiento de la misma, con el claro propósito de salvaguardar el principio de “conservación de la empresa”. Consultar “La propuesta abusiva y la readecuación de la propuesta”, de Gabriela F. Boquin en p. 429 y sigtes “Alternativas ante la descalificación del acuerdo” p. 539 y sigtes, “La propuesta abusiva (art. 52, inc 4to, ley 24.522), información y pautas para su evaluación. Factibilidad de readecuación”, Lucía Spagnolo, p. 613, “La tercera vía entre la homologación y la quiebra existe; pero no puede consistir – al menos en principio – en admitir la modificación concordataria por parte del juez; sino que ésta debe diferirse al propio deudor”, Oscar A. Martínez y E. Daniel Truffat, p. 657 y sigtes. Ver todos estos aportes doctrinarios en “Ponencias del V Congreso Argentino.....” t. II.

“Naturalmente, no se trata de restaurar el rol del “juez empresario”, como lo denominó con acertado lenguaje Adolfo Rouillón, pero sí de preservar atribuciones indelegables de la judicatura. Con sencillez extrema lo expresó Alegría al decir, en punto a la homologación “prefiero que el juez tenga la posibilidad de hacerlo o no. Coincido. Y si se declina homologar por las razones antes señaladas, aunque la ley no prevé esta hipótesis (Conf. art. 77, ley concursal), podría acudirse, por evidente analogía, al art. 51 que, en la mayoría de los casos conducirá al procedimiento del art. 48 en virtud del tipo de sujeto. Pero dado que el juez rechaza homologar pese a que se reunían los requisitos formales, parecería razonable, si las circunstancias del caso lo aconsejan, acordar una nueva alternativa para que el deudor reformule su propuesta en el marco de un nuevo periodo de exclusividad”.

IV) DEBE PONDERAR QUE LA DEFENSA EN JUICIO ES UN DERECHO QUE LE ASISTE IGUALMENTE AL DEUDOR Y A LOS ACREEDORES CONCURRENTES y/o TERCEROS

Adecuadamente se viene dejando de lado la idea pretérita más o menos impuesta de que el derecho de defensa en juicio le pertenece al demandado.- La judicatura concursal no puede olvidar que la garantía de la defensa en juicio, es un derecho que asiste por igual a todos los contradictores en el pleito o incidente, sea éste el deudor (concurtido o fallido) y/o los acreedores concurrentes y/o terceros compelidos a penetrar en un proceso ajeno, se trate de un concurso rehabilitatorio o liquidativo.

Peyrano¹⁹ dice: “Desde las enseñanzas del grado, se ha imbuido a los estudiantes de Derecho, la equivocada idea de que “el debido proceso es una garantía que ampara, principalmente a la demandada”, gracias a la cual ésta tiene la chance de ser oída, proponer pruebas y en general defenderse en el seno del proceso civil promovido en su contra. Stome y toda la doctrina que se encolumna tras el ideario de que debe darse fin a un enfoque procesal que privilegia en exceso a la parte demandada en detrimento de la actora,

¹⁹ Peyrano, Jorge W., “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI”, JA 2001-IV-863 y sigtes.-

consideran que la susodicha garantía es de doble vía y que también protege a la demandante y a su legítima expectativa, verbigracia, a cobrar pronta y expeditivamente su acreencia”.

En alguna otra oportunidad hemos subrayado en forma de copete²⁰: “El debido proceso es una preciosa garantía constitucional no sólo del demandado, sino también del actor, e involucra el derecho de éste de obtener una oportuna y efectiva respuesta jurisdiccional. La garantía del debido proceso es polifacética y no siempre se materializa en la realidad de igual manera. Sus alcances y características no son las mismas cuando se trata de un proceso de conocimiento pleno, que cuando se hacen valer “derechos líquidos” o se alega una situación de extrema urgencia que reclama urgente solución”.

Carbone²¹ últimamente vuelve sobre el tema con el título “razón del actor e igualdad de armas”. Señala el citado autor respecto al principio de igualdad de armas: “La doctrina nacional lo define como la búsqueda del equilibrio prudente entre las razones de las partes dando igual oportunidad a ellas para demostrar sus convicciones, puesto que en el trámite procesal ambas partes deben tener iguales derechos y posibilidades. Para Gozaíni, la idea le quita espacio a la inferioridad jurídica, sin conceder a unos lo que a otro se niega, en igualdad de circunstancias. La fuente del mismo deriva del principio de igualdad procesal del artículo 16 de la Constitución Nacional y sus menciones en los artículos 21 y 33 del CPCC de Santa Fe, el artículo 234, inc. 5.c, 75, 78 del CPCCN y es una proyección del genérico principio de igualdad que reconoce la Constitución española y del derecho a un proceso con todas las garantías que reconoce el artículo 24.2”.

De conformidad a las reglas instituídas por la LCQ que gobiernan el ejercicio de derechos del concursado y/o fallido, por una parte, y por la otra de los acreedores concurrentes y también excepcionalmente de terceros, por la

²⁰ Barcat, Edgar J., “Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro”, en “Medida Innovativa”, bajo la Dir. de Jorge W. Peyrano, Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Rubinzal-Culzoni, p. 49.-

²¹ Carbone, Carlos Alberto, “Tutela judicial efectiva y nuevos principios procesales: la razón del actor y la igualdad de armas”, en “Principios Procesales”, Ateneo de Estudios del Proceso civil”, Dir. Jorge W. Peyrano, coord. Barberio-García Sola”, Rubinzal Culzoni, t. 1, p. 105 y sigtes

otra, la doctrina y jurisprudencia del derecho procesal concursal, ha superado adecuadamente las dificultades que presenta el t3pico en materia de insolvencia.- Respecto a los acreedores concurrentes cabe recordar que ninguna actuaci3n procesal de los mismos se encuentra restringida o limitada, ya que gozan de plena capacidad jur3dica para ser partes y aptitud procesal para el ejercicio de sus derechos.Lo mismo cabe sostener respecto de los terceros que irrumpen en los juicios concursales ya que no sufren menoscabo de su aptitud procesal. El deudor concursado preventivamente detenta plena capacidad procesal para la defensa de sus derechos y la limitaci3n de esa capacidad “ad procesum” que sufre el fallido declarado en quiebra solo se reduce a los bienes “desapoderados”.

V) DEBE SI EL CASO ASÍ LO EXIGIERA SENTAR JURISPRUDENCIA DOCENTE EN MATERIA CONCURSAL

Los magistrados no pueden olvidar que si las circunstancias del caso lo reclamaran es menester hacer un an3lisis del asunto con visi3n docente formulando las distinciones que fueran menester.

Bajo el t3tulo “Un veredicto con fuerte tonalidad did3ctica: Desestimaci3n de la quiebra refleja por control abusivo”, consideramos al fallo dictado por la Sala D, de la C3mara Nacional de Apelaci3n en lo Comercial, abordando distintos rincones de la tem3tica, bien podr3a insertarse en la llamada jurisprudencia “docente”, por cuanto desde un punto de vista acad3mico resulta enriquecedor tanto desde la perspectiva procesal como desde la visi3n sustantiva. Se pronuncia con s3lida argumentaci3n y apoyado en criterios doctrinarios y jurisprudenciales, en un pedido de extensi3n de falencia articulado por la Sindicatura actuante en la quiebra de Agroindustrias Metal3rgicas de los Comechingones S.A. encauzada contra la sociedad Oneto Hnos SA. y con basamento en la causal prevista en el inciso 2do del art. 161, LCQ. El juez de primera instancia rechaz3 la demanda y la Sala D de la CAN en lo Comercial confirm3 la desestimaci3n de la pretensi3n, aunque uno de los vocales integrantes lo hizo de acuerdo con sus propios fundamentos.

El voto del Dr. Heredia, es rico en la ejemplificación de casos en vinculación a los cuales puede detectarse “desvío” del “interés social” aludido por el art. 161, inc. 2º, de la ley 24.522, coincidente con la conceptualización que en su momento concretó la CNCom., Sala C, 20/06/2001, “in re” “Epstein, Samuel s/ Extensión”²².

VI) DEBE FAVORECER LAS SOLUCIONES PREVENTIVAS ANTES QUE LAS LIQUIDATIVAS.

El procedimiento liquidativo es tomado actualmente como una salida residual.- A partir de la crisis económica producto de la globalización y que igualmente sufrió nuestro país como consecuencia de la salida del régimen convertibilidad, adquirió neto “predominio” el concurso rehabilitatorio sobre el liquidativo. Ya el texto de la LCQ (Nro 24.422) en su art. 10, estableció: “El concurso preventivo puede ser solicitado mientras la quiebra no haya sido declarada”.

Así verbigracia in re “Fibra Papelera SA s/ Concurso preventivo”²³, la CNCom., Sala D, aceptó en la antesala de la resolución sobre homologación del Acuerdo o quiebra, el “mejoramiento de la propuesta que suele ser individualizada como la tercera vía”²⁴, para prevenir la persistencia del daño

²² Rivera, Julio César, “Derecho concursal”, LL, t. 3, p. 656, el nombrado autor recuerda que: “En un pronunciamiento judicial se han resumido estas ideas diciendo que “los elementos objetivos del tipo descrito por el artículo 161, inciso 2do, presuponen imponer sacrificios injustificados a una sociedad que la conduzcan a la extinción en beneficio del grupo que integraba, y que no asume el pasivo que le corresponde; aplicar el patrimonio de la sociedad a la consecución de fines extra societarios en beneficio de otras empresas o sujetos del grupo; desviar las utilidades o ganancias dirigidas a satisfacer el pasivo social y a reeditar beneficios a sus integrantes sometiéndolo al ente y asignando esos beneficios a otros integrantes del grupo, provocando un traspaso de créditos e ingresos en perjuicios de los acreedores”.

²³ Ver fallo LL 2015-C-77 y sigtes, con nota de Edgar J. Baracat: “Prevención del recrudecimiento del daño que produce la insolvencia”.

²⁴ El art. 1710 de dicho estatuto pone en cabeza de todas las personas el “deber de prevenir el daño” y eludir la “causación de un daño no justificado”, imponiendo la obligación de “adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para “evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud”.- Cabe la pregunta: ¿Cuál es la amplitud que confiere a la obligación de prevenir el daño?. El art. 1711 de dicho texto legal refiere a una “acción” u “omisión”, es decir a una actuación “positiva o negativa”-. El dispositivo determina el reconocimiento de una pretensión preventiva y el campo abarcativo de la prevención, disponiendo que dicha pretensión procede “cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”.- Establece el dispositivo legal: “No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.- Forman amplia mayoría las opiniones que interpretan que no resulta menester la existencia de dolo o culpa en el destinatario de un acción preventiva para que ésta pueda prosperar.- Junto con otros motivos, se hace valer “que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura”. Cabe subrayar la basta amplitud que otorga la norma para el reclamo, por cuanto se atiende no sólo prevenir el daño aún no acaecido, también la “persistencia” o “agravamiento” de un daño ya producido.- O sea el texto legal prohíbe: a.-) la acción u omisión que provoca

derivado de la insolvencia de la deudora y evitar la ulterior liquidación de todos sus bienes, ello en concordancia con el art. 1710 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que pone en cabeza de todas las personas el “deber de prevenir el daño”.

VII) DEBE MEMORAR QUE LOS MAGISTRADOS NO SON SÓLO “LA VOZ DE LA LEY”, SINO TAMBIEN TIENEN “RESPONSABILIDAD SOCIAL”.

En los tiempos que corren cada vez con mayor intensidad se exige de todos los jueces genéricamente hablando, mayor “compromiso social”; se alude a la función social que incumbe cumplir al juez al desatar los conflictos que los justiciables llevan a su conocimiento y decisión²⁵

Vaya como ejemplo del cumplimiento de este deber de responsabilidad social el reconocimiento jurisprudencial en materia concursal del “acreedor involuntario”.

La designación empleada en obras especializadas y jurisprudencia de “acreedores involuntarios” viene impuesta del derecho comparado (especialmente el estadounidense) que sí los contempla. Tal categoría se caracteriza por el hecho de que el “creditor” queda relacionado con el concursado por razones ajenas a su voluntad y aun en contra de su voluntad (por lo general no es presupuesto de la relación jurídica la existencia de un contrato, salvo el caso de mala praxis; hay preferentemente un previo hecho ilícito culposo o doloso generador de la obligación).-

¿Los jueces concursales cuentan con la facultad de tutelar el derecho de estos acreedores involuntarios con sustento en la normativa constitucional y la contenida en los pactos internacionales?.- Tomamos conocimiento del pronunciamiento emitido recientemente por la Sala D, CNAComercial, “in re”

amenaza de daño; b.-) la acción u omisión que traduce persistencia de una actuación dañina; c.-) la acción u omisión que provoca un recrudecimiento del daño ya producido.-

²⁵ Masciotra, Mario, “Función social del juez en el Código Civil y Comercial”, LL, 2016-C, p. 1045).- El citado autor recuerda a Augusto M. Morello – Troccoli, Antonio A, “La revisión del contrato”, Ed. Platense, La Plata 1977, p. 285, quienes sostuvieron: “.....el juez no es un fugitivo de la realidad, está inmerso en ella y no puede dejar de computar el clima económico social ni las circunstancias generales que actúan en los fenómenos del tráfico”, y en particular al primero de los nombrados (“Memorias . Bases de una avocación”, Platense-Emilio J. Perrot, La Plata, 2006, p. 41) cuando treinta años después reiteró: “ni el juez, ni el abogado, los operadores más finos del Derecho, son fugitivos de la realidad”.

“Obra Social Bancaria Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación y pronto pago promovido por R.C. y otro”, que sienta doctrina judicial sobre la “condictio juris” del llamado “acreedor involuntario” dentro del derecho de la insolvencia²⁶. Y con apoyo en textos constitucionales y tratados internacionales concluyó reconociéndoles derecho a pago prioritario.

Cabe recordar que la figura del acreedor involuntario en un primer momento nació fruto de creación pretoriana, tarea encarada por jueces activistas que pusieron en juego su imaginación para resolver situaciones excepcionales que exigían un marcado grado de atendibilidad: otorgar privilegio no enunciado en la LCQ a un crédito imprevisto no incluido entre los de pago preferente.

Obviamente estamos frente a un tópico que se inserta dentro del difícil campo de la cosa opinable o cuestionable. No es de extrañar – entonces – que el título dio motivo a diversos y valiosos trabajos doctrinarios, expidiéndose algunos a favor de la aceptación de la institución dentro del seno del proceso concursal; otros en cambio, se pronunciaron en oposición a tal solución centrando las críticas principalmente en el hecho de encontrarnos ante una “acreencia común” o “quirografaria” con el agregado que la LCQ recepta un sistema de privilegios “cerrado”. Esta última tendencia negativa consideró – entonces – que el acogimiento favorable del acreedor involuntario con preferencia de pago por el juez del concurso implicaba un claro apartamiento de lo establecido en el texto legal específico en vinculación a las preferencias de pago y un sacrificio en desmedro de los restantes acreedores no previsto en la LCQ.

En cambio, abogando para su reconocimiento y en conexión al tema, se dijo: “...los privilegios concursales no han dado solución a las necesidades de los llamados “Acreedores involuntarios”, que permanecen frustradamente desatendidos, a pesar de la obvia necesidad y urgencia que impone su situación”. O también abordando el futuro del derecho concursal y con

²⁶ Baracat, Edgar J., nota a fallo, “Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario”, LL, 2014-B – p. 90.-

particular referencia a los privilegios y el llamado “acreedor involuntario”, se pregonó²⁷: “No se trata entonces de modificar integralmente el orden de privilegios porque siempre podrá aparecer una situación imprevisible que excederá el catálogo; por lo que, según creo, resultaría más eficaz dotar al juez concursal de amplias y flexibles facultades para que fundadamente pudiera postergar algunos de los privilegios o preferencias y pagar aquellos créditos que razonablemente entienda necesitan de atención prioritaria”. Fue así como poco a poco se fue instalando una tutela “diferenciada” motivada en la urgencia y naturaleza de la obligación (créditos civiles nacidos del derecho a la salud de jerarquía constitucional).

La recepción legislativa “acotada” de los “acreedores involuntarios” en el concurso preventivo vino de la mano de las modificaciones introducidas al art. 16, LCQ, con la sanción de la Ley Nro 26.684. Ahora la citada norma dedicada a los “actos prohibidos” en el desapoderamiento atenuado que sufre el deudor concursado preventivamente, establece que “excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras”.

Autorizada doctrina²⁸ puntualiza – criterio que compartimos – la reforma del art. 16, LCQ, no brinda una apertura total a la cuestión, sino más bien mínima, ya que únicamente se protege a los créditos amparados por el beneficio de pronto pago y que además cubran las características antes citadas, con lo cual aquellas acreencias que no sean pronto pagables se encuentran excluidas, por lo que nos lleva a la conclusión que los casos previstos por la jurisprudencia y que constituye los leading case sobre la cuestión no se encuentran amparados”. En otros términos la aplicación de la norma introducida por la Ley Nro 26.684 presupone la existencia de una relación de trabajo sin cuya existencia no puede operar la excepción que habilita el pronto

²⁷ Chomer, Héctor Osvaldo, ob. cit. “Futuro del.....”, LL 2012-D, 1299.-

²⁸ Casadío Martínez, Claudio Alfredo, DJ 03/08/2011, 95.

pago, quedando fuera de sus términos la acreencia de naturaleza civil por carecer del antecedente laboral. La protección otorgada entonces no fue completa desde que quedaron afuera las indemnizaciones de origen civil fundadas en el quebrantamiento a la vida y la salud de las personas.

VIII) DEBE ATENDER AL PROCEDER DE LAS PARTES EN JUICIO Y HACER USO INTELIGENTE DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA PARA VALORAR LA PRUEBA

Peyrano²⁹, señala respecto al punto: “Aceptado como está el valor probatorio de la conducta procesal de las partes, encontrando frecuente aplicación la carga procesal de explicitación y estando en vías de abrirse paso el “indicio vehemente”, deviene palmaria la importancia que los magistrados civiles, analicen cuidadosamente, inclusive de manera officiosa el proceder de los litigantes para entresacar “argumentos de prueba”.

La conducta procesal ha sido un argumento de prueba (elemento indiciario) en reiterados casos para resolver la suerte del pedido de verificación de créditos de acreedores “concurrentes”.

Por ejemplo, ciertos pronunciamientos comenzaron a prestar atención a la conducta procesal de los contradictores de la verificación (deudor- acreedor solicitante- restantes acreedores), a fin de extraer de ese comportamiento argumentos de prueba.

A) Conducta del deudor:

1) La conducta del deudor en el proceso y en particular la asumida en el pedido de formación de concurso preventivo; 2) La denuncia del crédito por el deudor en su presentación (concurso y quiebra voluntaria), que puede ser utilizada como elemento indiciario:³⁰. 3) La postura asumida por el deudor frente a la pretensión verifcatoria, y especialmente, la resistencia exhibida por el deudor en el procedimiento verifcatorio. 4) Ausencia en el deudor del “clare loquis” que le es exigible:³¹. 5) La conducta del deudor observada en

²⁹ Peyrano, Jorge W., “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI”, JA 2001-IV-863 y sigtes.

³⁰ DJBA 124-183.

³¹ LL 1991-D-507.

*el juicio ejecutivo anterior a la presentación concursal:*³². 6) *Oposición del deudor a la pretensión verifictoria como elemento indiciario de la existencia del crédito:*³³

B) Conducta del acreedor:

1) *La conducta del pretenso acreedor y las explicaciones brindadas en oportunidad de peticionar verificación:*³⁴. 2) *La conducta de los restantes acreedores en el trámite verifictorio tempestivo.*

C) Conducta del síndico:

*Conducta de la Sindicatura que no invoca y tampoco aporta prueba de consorcio fraudulento:*³⁵

D) Un fallo con la argumentación central sobre la que debe girar el decisorio:

Un fallo de la Sala IV de la CCC de Rosario – en votos coincidentes de los Jueces Dres. Jorge W. Peyrano y Avelino Rodil -³⁶, con un claro propósito de orientación moralizadora que debe inspirar la doctrina judicial de la verificación de créditos con base en títulos abstractos, acertadamente a nuestro juicio, centra su atención en el núcleo sobre la que debe girar el veredicto judicial. Mayor o menor cercanía del caso juzgado con la “posibilidad de convalidar un consorcio fraudulento”.

³² CCC, Sala 1ª, Rosario, “Rogani, Omar José c/ Mule s/ Quiebra s/ Revisión”, Zeus 58-J-79.

³³ CCC, Sala 1ª, Rosario, 31/07/92, “Romer, L. c/ Neme, R.”, Protocolo de Autos Nro 103/92

³⁴ LL 1987-C-1007.-

³⁵ CCC, Sala 3ª, Rosario, 26/06/96, “Ferraris, Víctor s/ Incidente promovido por Tironi, J.L.”, Protocolo de Autos Nro 83, año 1990.-

³⁶ CCC, Sala IV, Rosario, 07/11/02, causa “BASF Argentina SA c/ Mack de Foglia Patricia s/ Concurso preventivo s/ Recurso de revisión”, Expte Nro 113/02, Ver Protocolo de Autos Nro 287, año 2002.-