

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



**FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y
JURIDICAS**

**SEMINARIO SOBRE APORTACIONES
TEORICAS RECIENTES**

TÍTULO: *Sujetos del Concurso*

Apellido y Nombre del alumno: *Herbaez, Lucio Benjamín*

Asignatura: *Derecho Comercial II*

Prof. Encargado del curso: *Casadio Martínez, Claudio*

Lugar: *Santa Rosa, La Pampa*

Año: *2022*

Lucio B. Herbaez

Sujetos del Concurso

UNLPam

2022

SUMARIO

La presente obra consiste en la evaluación histórica y analítica acerca del sujeto de la ley de Concursos y Quiebras actual y sus antecesoras. La finalidad del presente es evaluar los alcances de la subjetividad en el proceso falencial. Nos ocuparemos de la condición del deudor concursal, su ubicación en el orden jurídico y su vinculación con los elementos del proceso concursal. Nos adentraremos en algunos conceptos vinculados a la teoría de la subjetividad jurídica en general.

Para ello se recurre a las fuentes históricas que surgen del Derecho Romano, los estatutos y ordenanzas francesas, elementos de otras legislaciones europeas, norteamericana y las fuentes patrias. Luego debemos criticar acerca de lo que sucede en el Derecho argentino actual, la ley de Concursos y Quiebras y la incidencia de la reforma del nuevo Código Civil.

PALABRAS CLAVES: DERECHO COMERCIAL, CONCURSO, SUJETOS, DECOCTOR, PROCESOS UNIFICADOS Y SEPARADOS, LEY 24.522, CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, PERSONAS HUMANAS, PERSONAS JURÍDICAS. EMPRESA, SOCIEDADES, CONSUMIDORES.

Índice

Introducción.....	1
I.- Derecho Romano.....	2
1.- El concepto de obligación.....	2
2.- El deudor en el <i>Ius Civile</i>	3
3.- Las acciones ejecutivas.....	5
II.- La bancarrota en el Medioevo.....	8
1.- Las invasiones bárbaras.....	8
2.- El auge comercial: las ferias, los gremios y los estatutos.....	8
3.- El “ <i>decoctor</i> ”.....	10
4.- Soluciones concursales.....	14
III.- Sistemas legislativos.....	17
1.- Posibles clasificaciones.....	17
2.- Procesos separados.....	18
3.- Procesos unificados.....	20
4.- Legislación argentina.....	24
IV.- El sujeto de la ley falencial actual (Primera Parte).....	28
1.- Sistema adoptado.....	28
a) <i>Reformas introducidas</i>	28
b) <i>Unificación del proceso</i>	29
c) <i>La empresa</i>	29
2.- Alcances de la subjetividad concursal.....	32
a) <i>Regla general</i>	32
i) <i>Principio de personalidad</i>	32
ii) <i>Supuestos de los inc. 1º y 2º, art. 2 LCyQ</i>	36
iii) <i>Exclusiones</i>	36
b) <i>Capacidad y legitimación</i>	37
V.- El sujeto de la ley falencial actual (Segunda Parte).....	43
1.- Sujetos incluidos.....	43
a) <i>Personas humanas</i>	43

b) <i>Personas jurídicas privadas</i>	45
i) <i>Determinación</i>	45
ii) <i>Enumeración</i>	45
iii) <i>extensión del concurso</i>	47
c) <i>Sociedades en que el Estado sea parte</i>	48
d) <i>Patrimonio del fallecido</i>	49
e) <i>Deudores domiciliados en el extranjero</i>	50
f) <i>Consortio de la Propiedad horizontal</i>	52
g) <i>Asociaciones mutuales</i>	54
h) <i>Obras sociales</i>	55
i) <i>Sindicatos</i>	55
j) <i>Entidades bursátiles</i>	55
k) <i>Comunidades Indígenas</i>	56
l) <i>Entidades deportivas</i>	58
2.- <i>Sujetos excluidos</i>	59
a) <i>Personas jurídicas publicas</i>	59
b) <i>Empresas aseguradoras</i>	60
c) <i>Entidades financieras</i>	61
d) <i>Sociedades de objeto ilícito</i>	62
e) <i>Sociedad conyugal</i>	63
f) <i>Contratos asociativos</i>	64
g) <i>Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP)</i>	66
h) <i>Fondos Comunes de Inversión (FCI)</i>	66
i) <i>Fideicomisos</i>	67
VI.- <i>Perspectivas acerca del Consumidor</i>	69
1.- <i>Caracterización</i>	69
2.- <i>Situación actual</i>	70
3.- <i>Soluciones planteadas</i>	73
Epílogo.....	75
Bibliografía.....	76

Introducción

La ley 24.522 establece firmemente que el elemento subjetivo del concurso se asienta en la *personalidad*. Este principio que resulta claro, tajante y práctico en principio, no genera grandes dudas. Por eso es propósito de este trabajo es indicar el porqué, su finalidad y las consecuencias de que ella derivan.

Por el momento pareciera que no vamos a ver ninguna novedad en la temática como si hubiésemos llegado al final. Sin embargo, comienza a cobrar fuerzas nuevas ideas, entre ellas la necesidad de calificar al “consumidor” como un ente distinto o especial.

La premisa de que partimos es que, *el sujeto del concurso es aquel en quien recaen los efectos del proceso*. Este precepto, nos hace derivar en otra idea. La cual podemos plantear así: *la ley de concursos actual adopta un esquema subjetivo derivada de una cuestión de conveniencia, mediante ella intenta incluir a todos los actores económicos de la sociedad*.

Para empezar el planteo se ha decidido incluir un esquema bifocal.

Por un lado, la cuestión a través de la historia. Dado que resulta interesante la consideración y el “trato” del deudor insolvente en cada época. Por otro lado, quepa hacer la crítica jurídica enfocada en situar al sujeto concursal en el universo jurídico argentino.

El análisis jurídico no puede dejar de soslayar la situación del Nuevo Código Civil y Comercial, ya que si bien desde la letra, no modifico a la ley concursal (art. 5, Ley N° 26.994), pueden existir influencias en lo sustancial.

I.- Derecho Romano

1.- El concepto de obligación

El Derecho Romano no conoció estrictamente el concepto de quiebra, ni de falencia. Pero en el mismo surge un concepto muy básico, que es el de *obligatio*. Los Romanos van a construir una noción de obligación muy robusta y clara.¹

La obligación es un vínculo jurídico por el cual estamos constreñidos al cumplimiento de una prestación según las leyes de nuestra ciudad, es la definición que aparece en el Corpus juris Civilis de Justiniano.²

Esta definición estaba incompleta de acuerdo con el derecho moderno, porque falta la consecuencia ante el incumplimiento. Lo que sucede es que se ponía en foco la situación jurídica del deudor.³

En el periodo antiguo del Derecho Romano la obligación era de carácter personal, esto implicaba que era la persona en si misma del deudor quien se vinculaba al acreedor, mediante su cuerpo o su fuerza física.

Hay dos razones para ello.

En primer lugar, en este periodo, donde el Derecho era muy rudimentario, no existía la *expropiación forzada*. Carecían de acciones para ejecutar los bienes producto de la falta de cumplimiento. Por ella se respondía con la vida y la libertad.

Por otro lado, la idea de que los *bienes del deudor seguían la suerte de la persona*. Si bien, implicaba que cada sujeto tuviese un patrimonio, la única posibilidad de desprenderse la

¹ Di Pietro A., Lapieza Elli Á. E. (2001), *Manual de Derecho Romano*, pág. 253.

² *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum iura nostrae civitatis. I.3.14. (13.).pr.*. Vázquez H. (1998), *Diccionario de Derecho Romano*, pág. 221.

³ Di Pietro A., Lapieza Elli Á. E., op. cit., pág. 254.

persona de sus bienes era por un acto voluntario.

Es así, que la reacción del acreedor no buscaba obtener la satisfacción de su derecho ejecutado los bienes del deudor; tendía, en cambio a vengarse de la ofensa inferida, de la violación de la fe prometida, del juramento prestado por la insolvente.⁴

2.- El deudor en el *Ius Civile*

El *nexum* es la institución más antigua de la que se tenga conocimiento. Consistía en un acto obligacional solemne bajo el cual el deudor respondía con su propio cuerpo, lo que supone una condición equivalente a un esclavo, en virtud de ella era forzado a trabajar para el acreedor. Se trataba a su vez de un acto contractual y además sancionatorio, el deudor sufría el flagelo de estar sumido a su acreedor.

La teoría acerca de la subjetividad jurídica de la persona humana no había sido desarrollada. Las personas eran libres o esclavas. Los esclavos eran considerados una parte de la propiedad de su amo y las deudas eran unas de las razones de la esclavitud.

El pago de la deuda a través del trabajo propio se explica en la inexistencia del dinero, como parte de la actividad comercial. En este periodo no se había desarrollado plenamente el Derecho civil, que era básicamente punitivo.

La *manus iniectio* era la institución regulada por la ley de las XII tablas. En dicho procedimiento el deudor tenía 30 días para cumplir con la deuda reconocida. De lo contrario, el acreedor podía llevarlo ante el *magister*. Procedía a poner su mano sobre la persona del deudor y luego pronunciaba una fórmula sacramental.

El deudor podía en ese momento cumplir su prestación o conseguir un fiador (*vindex*). Caso contrario, el acreedor estaba facultado para tenerlo prisionero por el plazo de 60 días.

⁴ García Martínez R., Fernández Madrid J.C. (1976), *Concursos y Quiebras*, pág. 10.

Finalmente, ante la insatisfacción de la deuda podía ser vendido como esclavo o darle muerte (en este caso, solo podía hacerlo atravesando el Tíber, a las afuera de la antigua ciudad de Roma).

Tenía la particularidad de que, si varios eran los acreedores, todos ellos participaban del proceso, incluso para darle muerte, pudiendo dividir el cuerpo en parte iguales. Aunque los autores dudan respecto de esto último, si de verdad hacía referencia -literalmente- a la división del cuerpo humano, o se refería a la partición del patrimonio.

La estructura social romana estaba bien diferenciada entre los *Patricios* y *Plebeyos*. A estos últimos se le imponía la obligación de integrar el ejército, en una época de grandes movilizaciones en búsqueda de expandir el imperio. Esto impedía que se ocuparan de sus explotaciones agrícolas. Por ello, eran proclives a transformarse en deudores.

El conflicto clasista aumentaba a medida que la prosperidad del Imperio Romano se incrementaba. El cambio de la forma de propiedad, la transformación de la estructura de la sociedad romana, dejando de ser patriarcalista y agropecuaria, hizo que el goce de los derechos no perteneciera exclusivamente a los *cives* romanos.⁵ Como todo conflicto clasista, amenazaba con destruir la estructura del poder establecido, por ello hubo de ser necesario establecer cambios.

La *Lex poeetelia papiria* (326 a. C.) supuso una consecuencia por los abusos a que daba lugar la *manus inictio*. El procedimiento de ejecución será por vía “judicial”. Ya no será posible encarcelar, esclavizar o dar muerte al deudor.

Mediante la *pignoriis capio* (producto de la labor de los pretores, creada por fuera del *Ius Civile*, fundada en el imperio del magistrado) se permitía que el acreedor entrase en posesión de los bienes de su deudor sin necesidad de juicio previo, por simple voluntad de

⁵ García Martínez R., Fernández Madrid J. C., op. cit., pág. 15.

aquellos. Podía retenerlo o destruirlo, pero no venderlos salvo por el consentimiento del deudor. Tenía por objeto constreñir al *debitor*.

Como su nombre lo indica, era una garantía, un medio de conseguir en prenda una cosa, con fines coactivos. Debían ser rescatadas por el deudor dentro de cierto plazo, con la sanción de perder la propiedad de estas.

Este mecanismo es propio del primitivo Derecho Romano, donde la ejecución era prominentemente privada y personal.

3.- Las acciones ejecutivas

En la evolución jurídica de Roma, emergen tres tipos de procesos bien diferenciados las *legis actiones*, las *formulaes* y la *extraordinaria cognito*.

Se caracterizaban por ser ritualísticos, o sea estaban sujetos a fórmulas específicas que debían ser emitidas por el interesado y el interpelado, ante la autoridad, el *magister*. Fue en este periodo en que surge la *missio in possessionem* que por obra nuevamente de los pretores, buscaba constreñir al deudor remiso.

Dado que el proceso de *legis action* o el *formulario* requerían de la presencia del deudor, si este desistía o se fugaba (*fugitivus*) no había forma de ejecutar la deuda.

Los *magisters* comenzaron a otorgar la posesión de los bienes del deudor, permitiéndose a los acreedores resarcirse con ellos, en el caso que resultara imposible hallar al deudor o cuando el demandado confeso no satisfacía las obligaciones a su cargo.

Resultado pues, el primer paso hacia los tipos de procedimientos ejecutivos patrimoniales.

La *bonorum venditio* que data del año 628 de Roma, era una forma de ejecución que se dirigía sobre la totalidad de los bienes, no sobre una o varias cosas determinadas del patrimonio del deudor, sin importar que el deudor fuese insolvente. Se aplicaba en caso de sentencia,

confesión, fuga o ausencia. La transferencia se hacía en calidad de sucesión, lo cual resultaba una ficción.

La *bonorum venditio* extinguía todas las deudas; asimismo quedaba extinguido el patrimonio del deudor.⁶

Su importancia reside en que, en este procedimiento desaparece la coacción sobre el cuerpo y la persona. A pesar de ello, seguía teniendo por finalidad presionar al deudor, con una amenaza de perder todo el patrimonio, si no cumplía sus obligaciones. Es una posición intermedia entre el antiguo derecho primitivo y el desarrollo del *Ius Civile* por parte de los pretores.

A su vez, la *bonorum Cessio* que implica la cesión de bienes voluntariamente, con lo cual se evitaba la infamia que generaba la *bonorum venditio*, requería que el deudor abandonara todos sus bienes mediante una declaración solemne ante el magistrado. Le otorgaba al acreedor el derecho de vender.

Los derechos de los deudores siguieron mejorando con la *pignoris in causa iudicati captum*. Esta facultaba a transformar en dinero la cosa del deudor. Para ello el acreedor requería la autorización de Pretor. Comienza a entablarse la idea de que se podían individualizarse los bienes del patrimonio. Esta institución es el origen de la “prenda”.

En el caso de la *bonorum distracto*, en principio se trataba de un procedimiento destinado a deudores especiales, aquellos a quien se les otorgaba la dignidad senatorial. Pero dados sus beneficios se extendió a todos los deudores.

La *Bonorum distracto* se sobrepuso a la *bonorum venditio* porque permitía la venta individual de los bienes del patrimonio del deudor. Para ello se designaba un *curator bonorum* que se ocupaba de la venta en favor de los acreedores.

⁶ García Martínez R., Fernández Madrid J. C., op. cit., pág. 25.

La administración de los bienes se llevaba a cabo durante un largo periodo, tiempo necesario para que todos los acreedores ejerzan sus derechos, pues se trataba de un proceso de carácter universal. Pero el deudor no se liberaba si no satisfacía íntegramente a todos de los acreedores.

Este proceso marca un hito en la historia falencial, *se trata pues del primer antecedente de la quiebra, especialmente en su doble carácter universal, abarcando todo el patrimonio y a todos los acreedores.*

Por medio de la *acción pauliana (actio pauliana)* se lograba que los bienes salidos fraudulentamente del patrimonio del fallido vuelvan a reintegrarse a él. Era necesario el conocimiento por parte del deudor de la insolvencia en el momento de realizar el acto; y, además, que resultara un perjuicio para el patrimonio del fallido.

Hoy en día se encuentra incorporada a nuestra tradición jurídica y cumple la misma función.

Se puede concluir que el Derecho Romano no llegó a desarrollar la idea de Quiebra o Concurso, tal como se la conoce actualmente. Pero si hubo preocupación sobre cómo lograr una solución equitativa en caso de ejecución con pluralidad de acreedores. En tanto que la situación del deudor, con el paso del tiempo terminó siendo beneficiada, gracias a labor humanitaria de los pretores.

No será hasta la era moderna en que se logrará la separación entre punición y quiebra.

II.- La bancarrota en el Medioevo

1.- Las invasiones bárbaras

La caída de Roma fue un proceso lento, las fronteras cada vez más descuidadas al norte de la actual Europa, eran atravesadas por los *Barbaros* (tribus germanas, francas, húngaras, etc.). El choque cultural y jurídico dio lugar a una síntesis.

Los Romanos cuando conquistaron los territorios adyacentes a la península y establecieron las provincias (*pro vincere*) trataban de imponer su Derecho. En cambio, los barbaros respetaron el *ius civile*, limitándose a aplicar sus propias costumbres. Sucede que las costumbres tribales eran absolutamente incompatibles, se trataban de derechos transmitidos oralmente basados en una moral y religión diferente.

Se produce un retroceso en relación con lo que venía sucediendo en el Derecho Romano, volviéndose a la ejecución personal del deudor. Por *lex longobardum* se comprometía con su trabajo, en forma vitalicia o temporal.

Una de las novedades que trajeron fue la introducción de la prioridad del primer embargante. Es un aporte del ritual bárbarico: cobra quien ejecuta antes, pudiendo ocurrir que obtuviera la satisfacción total de sus derechos y los demás acreedores no recibieran absolutamente nada.⁷

2.- El auge comercial: las ferias, los gremios y los estatutos

La estructura feudal durante el medioevo no se desarrolló de forma armónica en el territorio europeo. En Francia se vivía una gran disputa entre el centralismo planteado entre los

⁷ Maffia O. J., Maffia M. O. B. de (1979), *Legislación Concursal Introducción Histórico/Critica*, pág. 27.

reyes que intentaban unificar su poderío y los cientos de feudos que protegían su sistema social, regido por costumbres regionales.

En Italia prevaleció la atomización de los feudos en cada gran ciudad (Venecia, Génova, Pisa, Siena, Florencia, Milán). Cada una de estas constituía una autonomía. La península itálica fue durante la edad media el centro del comercio mundial. Heredaron las conexiones comerciales con los pueblos asiáticos y africanos durante el imperio Romano.

Las ciudades tendieron en general a comportarse como un “señor colectivo”, estableciendo mecanismos de dominación y monopolios a través de los cuales ejercieron un dominio económico y político similar al de los señores.⁸

Las ciudades se desarrollaron en forma aledaña a los caminos que se conservaban aun desde el imperio Romano y se transformaron en el centro de la vida social. En su infraestructura eran amuralladas para garantizar su seguridad. Los caminos no eran seguros, estaban al acecho de vándalos. Dentro de las murallas se encontraban las autoridades máximas, que podrían ser los *señores* o eclesiásticos. A las afueras, la actividad social era más dinámica.

Las *ferias* eran lugares donde los mercaderes concentraban la mayor parte de sus operaciones. Se organizaban a las afuera de las ciudades, para los habitantes más adinerados suponía la posibilidad de adquirir producción de lugares tan lejanos como China o Arabia. Esta dinámica dio lugar a un proceso incipiente de desarrollo industrial, en donde la profesión del tejido, se vuelve una actividad permanente.

Los *gremios*, por su parte, eran agrupaciones de comerciantes o artesanos que se dedicaban a las crecientes actividades manufactureras (telares, vestimentas, muebles, cerámicas, etc.). Resultaban ser una verdadera necesidad, a partir de ellos se desarrolló una estructura social, económica y jurídica para garantizar los derechos de los comerciantes y

⁸ Barbero M. I., Saborido J., Berenblum R., Lopez Nadal G. y Ojeda G. (2007), *Historia económica mundial, del paleolítico a Internet*, pág. 29.

artesanos frente a la autoridad central de la ciudad.

La historia jurídica del comercio está ligada a los *Estatutos*. El *Corpus Iuris Civilis* era la ley general aplicable, dada la impronta que mantenía desde su compilación entre los años 529 y 534 d. C. Las instituciones aplicables a las deudas eran la *misio in bona* y la *bonorum distractio*. Este *corpus*, por su formalismo riguroso, era muy poco apto para la actividad del tráfico mercantil. Por ello, se comienza a afinar la existencia de instituciones jurídicas ligadas al tráfico comercial, bancos, letras de cambio, navegación y actos de comercio.

Los estatutos eran normas que regulaban las relaciones entre comerciantes y artesanos, dentro de los gremios. Estaban conformados no solo por la suma de los escritos consulares, sino también por disposiciones tomadas del derecho común y especialmente por los criterios consagrados por la propia práctica comercial.⁹

Estos estatutos regularon múltiples aspectos de la vida mercantil y además aparecieron en ellos los primeros conceptos técnicos de la quiebra; cesación de pago, desapoderamiento, periodo de sospecha; es decir el determinante de la apertura del procedimiento no sería el incumplimiento sino de la insolvencia.¹⁰

3.- El “decoctor”

El desarrollo del proceso concursal tal como se lo conoce hoy en día comenzó a formarse en Italia, mediante los estatutos que organizaban la vida de los comerciantes y artesanos. Situación diferente era lo que sucedía en el reino *franco*, en donde la acentuación del sistema feudal implicaba que cada uno de ellos tuviese su propia legislación, influenciados por las costumbres germanas.

⁹ Maffia O. J., Maffia M. O. B. de, op. cit., pág. 35.

¹⁰ Rivera J. C., Casadio Martínez C. M., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E. (2014), *Derecho Concursal*, Tomo I, pág. 39.

Si bien la regla seguía siendo la aplicación de las instituciones romanas, ya que garantizaban la uniformidad legislativa, la influencia germánica presupuso aplicar un régimen más agresivo hacia el deudor. Este debía presentarse enseguida ante el juez y declarar bajo juramento que deudas tenía contraídas, las fechas de sus vencimientos y nombrar de los acreedores.¹¹

La imposibilidad de alcanzar a cubrir la deuda con su patrimonio implicaba caer en servidumbre. Esto, que puede resultar bastante severo, hay que vincularlo con en el modelo feudal imperante, lo cual implicaba de por sí la sujeción del hombre a la tierra en que vivía. El estatuto de la *banca-rotto* es la combinación de tres instituciones del derecho Romano: la *datio in solutum per iudicem*, que implicaba el desapoderamiento del deudor por la autoridad pública; la *missio in rem possessionem*, hacía que los acreedores concurrieran al cobro de sus créditos en un plano de igualdad, y el *sequestre* -secuestro- que evitaba la dispersión de los bienes.¹² Estas instituciones estaban en consonancia con la evolución institucional de la época en la península itálica, donde el juzgamiento de los comerciantes pasó de los propios pares en los gremios a las autoridades centrales, consolidándose la figura del Cónsul.

En este panorama, aparece la figura del *decoctor*, que así se denominaba al fallido. Para ser considerado deudor y proceder a la apertura de un proceso de tipo concursal bastaba con el *incumplimiento de las obligaciones pecuniarias a su cargo*. Los estatutos preveían determinadas conductas como presupuesto del proceso, como la fuga, ocultación de bienes o situaciones de público conocimiento vg. beneficios desmedidos hacia terceros.

La ejecución colectiva buscaba constreñir la voluntad del deudor. La coacción personal estaba permitida, como la tortura o las amenazas, al efecto de que declarase la realidad de su patrimonio.

¹¹ García Martínez R., Fernández Madrid J. C. (1976), *Concursos y Quiebras*, pág. 45.

¹² Heredia P. D. (2000), *Tratado exegético de Derecho Concursal...* Tomo I, pág. 39.

La *quiebra* se hacía extensiva al núcleo familiar del fallido: los padres, los hijos salvo que fueran religiosos, los hermanos que con él convivía *ad unum panem et vinum stantes*, se presumían que eran socios.¹³

El lema *falliti sunt fraudatores, decoctor ergo fraudator*, perfila la consideración que se tenía del fallido. Esa expresión significaba básicamente, que el fallido era *per se* defraudador. Empero, las ordenanzas francesas como los estatutos italianos solían distinguir entre los deudores de buena fe y los deudores que hubiesen actuado con “dolo”. En el primer grupo estaban considerados a quienes habían caído en “desgracia” víctimas de las circunstancias económicas. En el segundo, se incluía a quienes de alguna o u otra forma actuaban fraudulentamente, mediante determinadas conductas, entre ellas, falta de pago, fugarse de una ciudad hacia otra, malvender sus bienes u ocultarlos. Si bien, en todos los casos el fallido se presumía fraudulento. Debemos entenderlo en un contexto en que las conductas descriptas eran totalmente posible ante la falta de registros fiables.

La evolución que a partir del siglo XIII tuvieron los países europeos no alcanzó a erradicar mayormente la compulsión personal sobre la persona del fallido, lo que se mantuvo inclusive en diversos códigos o leyes que tuvieron vigencia durante el siglo XIX.¹⁴

En una época en donde no existían diferencias entre las materias civiles, comerciales o penales, los deudores eran objetos de sanciones draconianas. Daremos cuenta de algunas de ellas.

La *pena de muerte* se aplicó especialmente en Francia, en donde el modelo concursal tenía una impronta más publicista que en los estatutos italianos, siendo estos proclives a soluciones de carácter privado. Distintas ordenanzas ordenaban la pena de muerte mediante la

¹³ Maffia O. J., Maffia M. O. B. de, op. cit., pág. 41.

¹⁴ Heredia P. D. op. cit., pág. 44.

horca, entre ellas las de Carlos IX (año 1560) para el estado de Orleans, Enrique IV y Luis XIII (año 1629) conocida como código Michaud. Finalmente, a pesar de ser poco utilizada fue abrogada en 1791 durante el periodo de la Revolución Francesa.

Era una práctica común que se decreta la *privación de la libertad*, dada la condición de delincuente que portaba el deceptor. Tanto podía ser dispuesta por el juez o cónsul, o ser ejecutada por los acreedores. De esta manera se evitaba tanto la habitual fuga como cualquier otra maniobra de distracción del patrimonio.

Los *tormentos* derivaban de la prisión, eran habituales y totalmente “legítimo” que se los utilizaran como medio de extraer una confesión al fallido.

La *pena de bando* consistía en una publicación por el cual el fallido, prácticamente, perdía la condición de ciudadano. De tal forma, podía ser atacado físicamente sin que el agresor sufriera consecuencia alguna. Esto incluía la posibilidad de ser detenido por los propios acreedores.

Bajo el mandato del Emperador Francisco I se dictó la ordenanza para la ciudad de Lyon de 1536: prescribe que los quebrados sean encarcelados hasta que paguen el total de lo debido. Indica un procedimiento especial y sumario y ordena la aplicación de medidas, a la sazón generalizadas, mezcla de represión corporal y de humillación ejemplificadoras: típicos al respecto era el “carcan” y la picota o berlina”.¹⁵

El *carcan*, la *picota* y la *berlina* eran distintas formas de tortura, que inmovilizaban a la persona, para que sea expuesta públicamente y poder ser humillada por los transeúntes. Solían encontrarse a la salida de las ciudades.

La *publicidad infamante* consistía en algún tipo de atuendo por el cual el fallido era fácilmente identificado en la calle. Generalmente consistía en el uso de un gorro de un color

¹⁵ Maffia O. J., Maffia M. O. B. de, op. cit., pág. 61.

específico: rojo, verde o amarillo, que representaban la infamia de caer en quiebra. También implicaba la prohibición de usar ropas caras o elegantes, símbolo de encontrarse en la pobreza. Esta sanción era aplicada específicamente a quienes habían logrado pagar sus deudas haciendo cesión de bienes.

La quiebra traía aparejada la *prohibición de ejercer el comercio*, tanto para el deudor como sus familiares, especialmente sus hijos. Resultaba particularmente doloroso, teniendo en cuenta que los oficios solían transmitirse de padre a hijos.

Por último, los *cómplices y encubridores* eran sancionados con multa y devolución de lo obtenido, tal como decretaban las Ordenanzas de Colbert de 1673, durante el periodo de Luis XIV. Resultaba grave la ayuda prestada al fallido para esconderse, para huir, para ocultar bienes sus bienes o libros contables, en estos casos la quiebra alcanzaba al cómplice.¹⁶

4.- Soluciones concursales

La mejor forma de solventar la quiebra consistía en la *entrega de bienes* (*datio in solutum*) que poseía a los acreedores hasta satisfacer sus deudas. Esta solución era antiquísima, databa del siglo I D.C. cuando durante el periodo de Julio Cesar, se dictó la Lex Julia. Era un beneficio para el deudor de *buena fe*.

Todo el procedimiento se hacía bajo escrutinio de la autoridad concursal, en donde el deudor debía prestar juramento. Se podía realizar aun en ausencia de este, mediante un oficial de justicia, que certificaba el alcance real del patrimonio, facultándose al acreedor para vender el bien.

Este tipo de soluciones no eran bien vistas, hasta tal punto que, a pesar de liberar al deudor subsistía la infamia de haber caído en bancarrota. Como dijimos, sufrían la pena de la

¹⁶ Maffia O. J., Maffia M. O. B. de. op cit. pág. 48.

publicidad infamante. En Francia, solo podían recurrir a esta solución el deudor desgraciado que llegaba a la insolvencia por hechos ajenos a su voluntad.¹⁷

El *pactum ut minus solvatur* era otra alternativa proveniente del Ius Civilis Romanus. Consistía en un acuerdo entre el heredero y los acreedores de la herencia y tenía por objeto la reducción de las deudas dentro de los límites del activo hereditario, a lo que el heredero condicionaba la aceptación de la herencia. La novedad de esta solución era que implicaba su obligatoriedad para la minoría de acreedores.

Pero las condiciones en que se daba el proceso de bancarrota y sus graves consecuencias dio paso a soluciones concordatarias. los *convenios* pretendían evitar el rigor de la quiebra con sus consecuencias punitivas sobre la persona del deudor, siendo un estímulo para evitar su fuga y a la vez obtener el pago a los acreedores.

Estos convenios eran acordados y votados por mayoría de acreedores en beneficio del grupo. Se acordaban quitas o esperas, similar a lo que sucede en los actuales acuerdos preventivos.

Se distinguían dos tipos de convenios, el convenio *resolutorio* y convenio *previo extrajudicial*. El primero, si bien se generaba dentro del proceso de bancarrota, era respetado por el poder público y útil para evitar la liquidación de los bienes. Distinto era el caso de Francia, donde estos convenios eran impuestos a todos por igual, en virtud de la sentencia del juez que homologaba el arreglo.¹⁸ El segundo, era anterior a la quiebra y se caracterizaba porque exigía la unanimidad de los acreedores.¹⁹

Para el deudor, estos acuerdos eran una especie de redención, evitaban el estigma de la infamia y resguardaban su buen nombre. Recibía el beneficio de tener *salvoconductos*, a fin de

¹⁷ García Martínez R., Fernández Madrid J. C., op. cit., pág. 74.

¹⁸ García Martínez R., Fernández Madrid J. C., op. cit., pág. 60.

¹⁹ Heredia P. D., op. cit., pág. 40.

que el quebrado tuviera libertad de desplazamiento si estaba preso, o pudiera regresar a la ciudad si había fugado.²⁰

²⁰ Maffia O. J., Maffia M. O. B. de, op. cit., pág. 40.

III.- Sistemas legislativos

1.- Posibles clasificaciones

Cuando se intenta hacer una clasificación partiendo del sujeto del concurso, se incurre en el error de adjudicar a un orden jurídico una posición estanca. Los estatutos italianos y ordenanzas francesas variaban en las distintas regiones. En tanto, las *brankruptcy act* inglesas, las leyes alemanas y norteamericanas tomaron en cuenta fuentes externas.

RIVERA trae a colación una clasificación tripartita elaborada por la doctrina, en ella tenemos el *grupo latino*, donde la quiebra se aplica a los comerciantes; el *grupo anglosajón*, por el cual el régimen entre comerciantes y no comerciantes presenta pequeñas diferencias; y el *grupo germánico*, que comprende a todos los deudores. Aunque considera que estas clasificaciones han sido superadas.²¹

Otra posibilidad es la diferenciación entre procesos de corte *privatísticos* y procesos de incidencia *publicística*. En los primeros se propenden a las soluciones negociadas, tal como sucedían con los estatutos italianos en los cuales estos acuerdos no solo eran habituales, sino que estaban regulados legalmente. En el otro supuesto, podría incluirse a las ordenanzas francesas, en donde se acentuaba el principio de oficiosidad. La autoridad judicial, bajo su mandato declaraba la quiebra, establecía la calificación de conducta fraudulenta y homologaba todos los acuerdos entre deudor y acreedor.

Alemania al igual que Inglaterra siguió un movimiento pendular, oscilando entre el sistema privatístico de los estatutos italianos y el sistema publicístico español/francés. Todos estos supuestos tienen la inconveniencia de que el transcurso del tiempo dejara inutilizadas

²¹ Rivera J. C., Casadio Martínez C. M., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E. (2014), *Derecho Concursal*, Tomo I, pág. 45.

tales clasificaciones. Por razones prácticas preferimos una clasificación bipartita, entre *concurso separados o unificados*, que resulta más armónica con el relato histórico expuesto anteriormente.

2.- Procesos separados

Cuando se habla de un régimen de separación o procedimiento dual, no referimos a un criterio clasificatorio enfocado en el sujeto, por el cual se crean categorías de deudores y se les aplican un régimen distinto. Pero solo a una clase de deudores se les aplica el régimen de quiebra en sí, junto con los principios propios: universalidad de acreedores y del patrimonio, cesación de pagos, periodo de sospecha, entre otros.

los primeros indicios de este sistema de hallan en los estatutos italianos, donde la quiebra estaba reservada a los comerciantes. Aunque no era la regla general, dada la independencia de las distintas ciudades, en algunos casos las reglas eran comunes a todos los deudores.

Hay varias razones para que ello sea así.

los estatutos eran las reglas de conductas de los miembros de los gremios, redactadas por los propios comerciantes. Incluso, en cada ciudad había un reglamento específico por actividad y reglas que solo regían a cada uno de ellos. De esa forma esas normas solo se enfocaban en las deudas provenientes del tráfico comercial.

Por otro lado, el desarrollo económico alcanzado generó ideas jurídicas nuevas. Así como se institucionalizaron los bancos y se creó la letra de cambio, se desarrolló el propio concepto de comerciante y acto de comercio. Ambos quedaron íntimamente ligados. En esta tradición jurídica comercial, solo eran considerados comerciantes a quienes realizaban habitualmente actos de comercio, que consistía en el intercambio de bienes muebles en forma

pecuniaria. Y, además, para garantizar la probidad y profesionalismo, se crearon las matriculas de comerciantes.

Como ya dijimos, la influencia estatutaria italiana se difundió por toda Europa, por las vías comerciales existentes.

Según Fernández Madrid y García Martínez, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 son las primeras en establecer en forma expresa, el principio de la quiebra para los comerciantes solamente.²² Se redactaron por comerciantes y para comerciantes, reflejaban las costumbres mercantiles de la época y respondían a los intereses de los gremios.

En la legislación francesa se mantuvo férreamente este principio. En las ordenanzas de Luis XIV (año 1673) el régimen regulador de la insolvencia se limitaba solamente a los comerciantes, aunque no existiera en el texto legal nada que en forma clara o expresa así lo dispusiera.²³

El Código de Comercio francés entrado en vigencia en el año 1808 durante el pleno vigor del imperio napoleónico, representó el arquetipo de este principio y del alcance de los efectos del proceso sobre el sujeto.

Decretaba que *todo comerciante que cesaba en sus pagos se hallaba en estado de quiebra* (art. 437 apartado 1^a). Toda la legislación sobre quiebras, bancarrotas y acuerdos judiciales son ajenas a los no comerciantes y sociedades civiles. El código omitía el procedimiento del concurso civil de acreedores.

La quiebra podía ser solicitada tanto por el acreedor como ser aplicada de oficio. Su declaración significaba el arresto inmediato del deudor. Los elementos objetivos de la quiebra

²² García Martínez R., Fernández Madrid J.C. (1976), *Concursos y Quiebras*, pág. 119.

²³ García Martínez R., Fernández Madrid J.C., op. cit., pág. 79.

que daban lugar a la presunción de fraude eran la cesación de pagos y los actos sospechosos anteriores a la declaración. Se preveían sanciones criminales tanto para la quiebra fraudulenta como la culpable.

Este sistema duro tres décadas, en ese periodo se redujeron las quiebras porque los deudores preferían realizar acuerdos secretos con sus acreedores, para evitar sus nefastas consecuencias. la reforma de 1838 limitó los efectos de la presunción de fraude.

La evolución posterior fue muy lenta, el Decreto 55.583 del año 1955 seguía incluyendo solo a los comerciantes. Una gran variación se genera con la ley 67.563 de 1967, que además de los comerciantes incluye a las personas morales sean comerciantes o no. Estableciendo la separación entre los bienes del empresario de los bienes de la empresa en sí.

Posteriormente solo podemos mencionar la inclusión de los profesionales liberales para ciertos procedimientos, introducida por la reforma del año 2005.

El Código de Comercio Napoleónico fue influyente en toda Europa. Por un lado, en los territorios conquistados (Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Polonia, Italia) y por su técnica y modernidad fue adoptado totalmente (Grecia, Turquía, Egipto) o ejerció gran influencia (Sicilia, España, Portugal, Cerdeña, Brasil, Confederación Argentina).

Italia adoptó el Código de Comercio Francés de 1838 que se mantuvo hasta 1942, sustituyéndose al comerciante por el empresario como sujeto del *fallimento*.

3.- Procesos unificados

La unificación concursal se produce en aquellos ordenamientos jurídicos donde existe un único proceso concursal aplicable como regla general a todos los deudores. En este caso, toda clase de distinciones entre deudores pierde importancia y pasa a focalizarse en los elementos objetivos de la falencia: la cesación de pago, el patrimonio del sujeto, y los actos constitutivos de la quiebra.

El establecimiento de este criterio fue fijado por distintas razones, en algunas legislaciones fue incorporado por la fuerza de las propias convicciones y costumbres; o por sucesivas reformas (tal como sucedió en nuestro país).

La legislación concursal se vio atravesada por los drásticos cambios que hicieron mella en los principios liberales que gobernaban el comercio y la economía. Las sucesivas crisis, las guerras mundiales, los nuevos movimientos sociales, la lucha por los derechos laborales. Fueron verdaderas “fuentes” de Derecho.

La importancia de la figura del comerciante se vio opacada por el concepto de *empresa* y de *empresario*. La primigenia idea del “establecimiento comercial” resultaba insuficiente, para categorizar a esta institución. Como ente que participa en la economía, la “empresa” es una organización de un conjunto de servicios que se desarrollan no necesariamente en un lugar físico y un conjunto de bienes que deben ser administrados eficientemente.

Así mismo el empresario no es solamente un “vendedor” de bienes y servicios, participa de la propiedad de los medios de producción y establece las pautas y metas que orientan los negocios de la compañía. Por eso han surgido nuevas formas de profesionalizaciones orientadas a formar empresarios, con conocimiento de finanzas, comercio y estrategias de mercado.

Los más drásticos cambios que se produjeron en materia falencial, fue la creación de nuevos principios: la conservación de la empresa como utilidad social, la preservación del trabajo de la empresa en crisis y la administración controlada. Estos emergieron de la necesidad de que el Estado interviniese en los asuntos que antes se consideraban una cuestión privada del deudor. Los países que han estado bajo la impronta del Derecho del Common Law han sido permeables a la adopción de este principio. En estos, la quiebra es un accidente propio del tráfico²⁴, de forma tal que la legislación concursal solo está para sostener el comercio,

²⁴ Rivera J. C., Casadio Martínez C. M., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E., op. cit., pág. 64.

reduciéndose su carácter represivo al mínimo. Pero así mismo como han logrado simplificar el elemento subjetivo, en cuanto a lo referente a los actos objetivos, los supuestos son múltiples y muy detallados. Otro aspecto a destacar es que, se crean sucesivamente tantos procesos especiales como sean necesarios para las distintas situaciones que se presenten.

En la legislación inglesa, el primer régimen concursal se basó en los estatutos italianos. Dictada durante el reinado de Enrique VIII la Act of bankruptcy del año 1543, se aplicó a toda clase de deudores y no distinguía entre comerciantes y no comerciantes²⁵. El fallido sufría la expropiación de todos sus bienes y era expuesto a la persecución de los acreedores.

Su sucesora, Isabel I en el año 1571 impondría que solo se aplicara a los comerciantes. Los deudores civiles fueron sometidos al procedimiento de ejecución singular, hasta que se estableció el procedimiento de la insolvency en 1813, que aplicaban los jueces ordinarios. La legislación actual está enmarcada principalmente en la Insoveny Act de 1986, que incluye a las personas físicas y las sociedades de personas y por acciones. Pero se enfoca principalmente en los actos objetivos de la quiebra.²⁶

Las leyes sobre bancarrota de los Estados Unidos fueron siempre comunes a toda clase de deudores, pues ellas regularon, indiscriminadamente, tanto la insolvencia comercial como la civil, en razón de consideración del legislador norteamericano que, en esta materia, se trata siempre de un fenómeno económico que no admite distinguos según sean las actividades que en el orden de su quehacer realice el deudor insolvente.²⁷

La legislación federal de quiebras conocida como *Bankruptc act* (año 1978) es el código base del régimen en los Estados Unidos. En ella, el sujeto pasivo puede ser cualquier deudor

²⁵ Heredia P. D. (2000), *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Tomo I, pág. 43.

²⁶ Puede verse una enumeración en Rivera J. C., Rivera J. C., Casadio Martínez C. M., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E., op. cit., pág. 65, nota 94.

²⁷ García Martínez R., Fernández Madrid J.C., op. cit., pág. 105 y 106.

domiciliado en territorio de los EEUU, persona física o jurídica excluyéndose únicamente las aseguradoras, los agentes y corredores de mercado de valores, y las entidades financieras.

La *Bankruptc act* establece opciones para las personas físicas. El capítulo 7 prevé el desapoderamiento de bienes mediante la venta y pago a prorrata (igual a nuestra quiebra). Tienen la opción de un *discharge*, que consiste en una liberación por las deudas anteriores a la quiebra. El capítulo 13 contempla la reorganización o procedimiento preventivo para aquellos sujetos con deudas quirografarias menores a \$ 250.000 dólares y deudas garantizadas por debajo de los \$ 750.000 dólares. Es solicitada por el deudor y debe ser presentada un plan que solo es homologado por el juez (los acreedores no lo votan).

Por ultimo mencionamos, el capítulo 11, que se ocupa de la reorganización de individuos y de empresas. Pueden solicitarla el deudor o el acreedor. Su presentación produce la suspensión de las ejecuciones de bienes. El plan contiene la información necesaria para conocer el estado de las cuentas y debe poder cumplir su objetivo. Este acuerdo es votado en un comité de acreedores.

El régimen falencial alemán denominado *Konkursordnung* y sancionado en 1878, preveía que los sujetos pasivos de la quiebra eran todas las personas físicas, incluso incapaces y las personas jurídicas, solo se exceptúan los entes públicos, las sociedades civiles y la sociedad oculta.

En el año 1994 se logra la reforma y renovación de la legislación, refinando y actualizando los conceptos de subjetividad. Según el texto de esta, la insolvencia alcanza a todo el patrimonio de las persona natural o jurídica, las sociedades sin personalidad, a las personas jurídicas en liquidación, quedando excluidos los entes públicos.

4.- Legislación argentina

La primera legislación comercial en el territorio del Río de la Plata eran las Ordenanzas de Bilbao mediante la institución del Consulado de Buenos Aires, instalado en 1794. Su primer cónsul fue Manuel Belgrano. La función del Consulado se limitaba a resguardar los intereses de los comerciantes e intermediar en las disputas entre los mismos. No tenía ninguna facultad judicial.

Durante la época posterior a la Revolución, convivieron en el territorio tanto las antiguas Ordenanzas de Bilbao como el Código de Comercio español de 1829, adoptado por las provincias de Mendoza, San Juan y Corrientes. Por su parte, la provincia de Buenos Aires encarga a los juristas Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sarsfield. El resultado de la comisión fue el Código de Comercio de 1859.

Posteriormente, con la unificación del Estado Nacional el Código de Acevedo/Vélez Sarsfield pasa a ser la nueva ley de fondo en materia comercial. Este código fue gestado bajo el influjo, tanto del Código de Comercio Francés de 1808 como del Código de comercio español de 1829. Por ende, en forma indirecta sigue tomando elemento de la Ordenanzas de Bilbao.

El Código de Comercio 1962 mantuvieron incólume el principio de la concursabilidad del comerciante inscripto en el Registro Público. A pesar de las supuestas intenciones que sostenían sus autores diciendo que *“las observaciones más comprobadas nos demuestran hoy que en el mayor número de los fallidos no hay un fraude punible”* (Informe del proyecto)²⁸, el *code* siguió la tradición punitiva del concurso. Preveía que al declararse la quiebra se decretaba el arresto del fallido hasta la finalización del juicio de calificación de la quiebra. Preveía la

²⁸ Maffia O. J., Maffia M. O. B. de (1979), *Legislación Concursal Introducción Histórico/Crítica*, pág. 75.

moratoria para los deudores que caían en falencia por razones de circunstancias extraordinarias de fuerza mayor.

A poco de la vigencia conjunta de ambos códigos hubo la necesidad de hacer una reforma. El código civil no regulo los efectos de la insolvencia de los comerciantes, por lo que los juicios de concurso civil quedaron sometidos a las leyes locales de procedimiento²⁹. Tanto el Código Civil de 1869 como el Código de Comercio superponían regulaciones sobre obligaciones y contratos.

La reforma de 1889 se limitó a eliminar capítulos del código de comercio, entre otros supuestos se suprimieron las hipotecas tacitas. La subjetividad concursal se mantuvo intacta, la quiebra recaía sobre el comerciante, al que se le aplicaba la prisión. La única novedad es la creación de la *adjudicación de bienes* como medio extintivo de la quiebra.

La crisis económica de 1890, producto de la baja en el precio de los bienes de exportación que devino en la cesación de pagos del Estado Nacional y el desprestigio que se ganó el sistema concursal, donde la prisión era la regla y la moratoria estaba sujeta a la votación de la minoría de acreedores, genero la necesidad de una nueva reforma.

En este panorama, surge la ley de 4.156 de 1902 que establece un sistema voluntarista basado en la ley inglesa de 1869, que por sus nefastas consecuencias fue reemplazada por la ley de 1883. Siguió esta manteniendo incólume el principio del concurso del comerciante.

Se invirtieron los términos, se empezaba con el concordato y luego se recurría a la quiebra. De tal forma que esta norma nació “rancia”. La historia denuncia constantemente las nefastas consecuencias del comité de acreedores, que era totalmente manipulable por el deudor.

La norma N^o 11.077 de 1920 se ocupó de llenar el vacío de la ausencia de un *concurso civil*.

²⁹ Rivera J. C., Casadio Martínez C. M., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E., op. cit., pág. 176.

La ley 11.711 -año 1933- propiciada por Castillo, pretendía eliminar treinta años de abuso de derecho por el uso de la vetusta ley 4.156. Se produce el primer gran cambio en materia de subjetividad, estableciendo la extensión de la quiebra a los *no comerciantes que realizaban sus operaciones en forma de explotación comercial y que se inscriben en la matrícula; y lleven una contabilidad regular* (art. 1). Introduce indirectamente el concepto de empresa, al referirse a la “*explotación comercial*”, dado que no es una referencia al comerciante individual ni tampoco al establecimiento comercial. Otras innovaciones fueron la regulación del pequeño concurso para los comerciantes, inscriptos o no, la eliminación de la adjudicación de bienes y la homologación del acuerdo por parte del juez.

El error de castillo fue el de establecer la inscripción para que se aplique la ley, no inscribiéndose se evitaba la aplicación de esta.³⁰

A pesar de su loable voluntad y de ser un paso adelante, la ley Castillo comenzó a mostrarse desactualizada. La importancia de la empresa en la economía sobrepasa en demasía a la del comerciante, representan el principal motor de las exportaciones y es generadora de empleo. Además, se empezaron a configurar nuevas formas de Sociedades y entes económicos estatales, que administraban bienes estratégicos: gas, petróleo, servicios públicos, etc.

Estos tópicos alumbraron los nuevos principios reflejados en la ley 19.551 del año 1972. Buscaba reestructurar el régimen concursal en su totalidad, abarcando la quiebra y diversas clases de soluciones: el concurso preventivo, el concurso por liquidación administrativa y el concurso civil.

Hay que destacar que esta norma implicó la agrupación de toda clase de deudores en un solo sistema. Abarcó a los deudores comerciales y civiles, estableciendo para estos últimos un régimen especial. En el “concurso civil” los deudores podían acudir al concurso preventivo, estaban obligados a presentar sus balances, las asociaciones se equiparaban a las sociedades

³⁰ García Martínez R., Fernández Madrid J.C., op. cit., pág. 143.

comerciales y estaba sujetos a la actuación del síndico.

El pilar central era el principio de la *conservación de la empresa en cuanto actividad útil para la comunidad*. La idea que encierra es que la empresa es el pilar fundamental de la economía en una época donde el intervencionismo estatal era muy intenso, las empresas públicas monopolizaban los servicios y los sindicatos eran muy fuertes. Y por ello, la ley de concursos debería ser un medio para evitar su desaparición.

Derivado de este principio es el concepto de *continuación de la empresa*. El fin querido es que en el proceso, en lo posible y si resulta socialmente útil, el emprendimiento comercial sea transferido como una unidad en funcionamiento y que, además mantenga la mayor parte de los puestos de trabajo.

La ley 22.917, que se trató de una reforma parcial de la ley 19.551, constituye en el tema, un paso más hacia un sistema de *procesos unificados*. Deroga toda regulación de los concursos civiles, y amplía el catálogo de sujetos.

El art. 2º, bajo el título *Sujetos Comprendidos* incluye a las personas de “existencia visible” y de “existencia ideal de carácter privado”, el patrimonio del fallecido, los deudores domiciliados en el extranjero.

El segundo apartado excluye las personas reguladas por las Leyes Nros. 12.962 (Decreto-Ley N° 15.349/46) (sociedad de economía mixta), 19.550 (Capítulo II, Sección V) (Sociedad anónima con participación Estatal Mayoritaria), 20.091 (ley de entidades de seguros y su control), 20.321 (asociaciones mutuales), 20.705 (Sociedades del Estado).

De este párrafo podemos distinguir dos aspectos: por un lado, la exclusión de ciertos entes por su vinculación con el Estado, que por esa razón se consideraban que no correspondían su concurso civil o comercial. En otro grupo, se encuentran otros sujetos que tenían su propio sistema de liquidación (Las entidades de seguros y las asociaciones mutuales).

Finalmente, respecto de la ley 24.522 nos ocuparemos en los puntos **IV** y **V**.

IV.- El sujeto de la ley falencial actual

(Primera Parte)

1.- Sistema adoptado

a) Reformas introducidas

La ley 24.522 incorporo algunas modificaciones muy importantes al art. 2, manteniendo inalterados los arts. 5, 6, 7, 8, 9 que son la base del sistema. En principio, tanto la ley actual como la ley 22.917 sostienen que “*pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible y las de existencia ideal de carácter privado*”, dejando sin modificaciones los incisos 1º (patrimonio del fallecido) y 2º (deudores domiciliados en el extranjero) del segundo párrafo.

La novedad que introdujo la ley 24.522 es la posibilidad de incluir a las personas jurídicas *en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte*.

Como habíamos dicho, dentro de los principios de ley 19.551 se establecía la prevalencia del interés social de preservar la empresa y el trabajo como interés social superior, digno de proteger.

Estas propuestas habían dejado de estar presente durante la sanción de la ley actual, marcada por una profunda reforma del Estado y la tan denigrada privatización de las empresas públicas. la idea que subyace es de que el *Estado empresario* debe ser eficiente o cesar como empresario³¹.

³¹ Rivera J. C., Casadio Martínez C. M., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E. (2014), *Derecho Concurzal*, Tomo 1, pág. 207.

b) Unificación del proceso

La legislación argentina de 1995 adoptó finalmente un criterio *amplio*³² o como sostuvimos un régimen de *procesos unificados*.

Hay que tener en cuenta que la ley de Concursos y Quiebras es tanto una norma de fondo y forma, en donde todos los deudores y acreedores quedan sujetos a un único proceso. Esta unidad es consecuencia de los principios generales de la falencia, tales como la universalidad patrimonial y la igualdad entre acreedores.

El inconveniente que tiene la adopción de este criterio amplio, radica en el hecho de que, buscando ser abarcativo se terminan conjugando entes totalmente distintos en un solo grupo. No se puede comparar el concursamiento de un simple empleado con las dificultades de las grandes empresas. Para paliar ese inconveniente es que la ley de Concursos y Quiebras ha dado lugar a dos procesos especiales: el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (arts. 69 y sig., LCyQ) y los Pequeños Concursos (arts. 288 y 289, LCyQ).

Pero más allá de ello, se ha simplificado el criterio, suprimiéndose el concurso civil como eliminando las discusiones sobre la inclusión del comerciante no inscripto como sujeto o si las sociedades civiles son concursables.

c) La empresa

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recibió la corriente doctrinaria y jurisprudencial por la cual se llevó a cabo el reemplazo de la figura del comerciante por la del empresario y la diferenciación entre este y la empresa, con diferente regulación, derechos y obligaciones. Esto obligará a los jueces a una reinterpretación de todas aquellas normas que en la ley de concursos aluden a los comerciantes.

³² Graziabile J. D. (2014), *Régimen Concursal...* Tomo I, pág. 189.

Aun así, el articulado de la ley concursal continúa haciendo referencia a obligaciones propias de los comerciantes inscriptos (art. 11 inc. 6º, art. 16 penúltimo párrafo “in fine”, art. 39 inc. 4º, art. 72 inc. 4º, art. 88 inc. 4º, art. 101, art. 157 incs. 2º y 4º, art. 180, art. 238). Se debe a que se ha mantenido intacta la ley falencial respecto a la reforma producida.

La problemática de configurar jurídicamente la idea de empresa y empresario, se enfrenta con que, cada rama del derecho ha establecido una conceptualización diferente del precepto. Estamos ante una atomización producto del diferente enfoque, principios e intereses protegidos en cada una de esas ramas.³³

Pero, además el fenómeno empresario no solo es un fenómeno jurídico, sino también económico como ente socialmente necesario para el desarrollo de la sociedad. Eso no impide enunciar un concepto jurídico diferente del concepto económico, no es necesario recurrir a la economía para arribar a un concepto de empresa.³⁴

La búsqueda de la idea de empresa no es pacífica, desde las posiciones negacionistas, que sostiene la inutilidad de su planteamiento o las posturas que sostienen la imposibilidad de lograr un concepto único, dadas las diferencia entre las ramas jurídicas y las concepciones economicistas. Las teorías que se han planteado la búsqueda de un concepto único, ponen el acento en algún aspecto específico. La posición *subjetiva* pretende encuadrar a la empresa dentro de los tipos sociales, identificándola con las personas jurídicas, el criterio *objetivo* concibe a la empresa vinculada al establecimiento comercial o como *actividad*, concibiéndose como un conjunto de actos y contratos para satisfacer sus fines económicos. En este tópico la reforma del Código Civil ha quedado a mitad de camino. Apenas dos artículos prefiguran sus

³³ Por ejemplo, el art. 5 de la Ley de Contrato de Trabajo: la empresa como “organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”.

³⁴ Walker M. (2020), *La empresa en el Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 8.

elementos, no llegando a formarse como una figura autónoma.

Según el art. 320 CCyC: “*están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios*”.

Así mismo el art. 1093 CCyC: “*Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios para su uso privado, familiar o social*”.

Se receipta aquí la idea unánimemente aceptada por la doctrina que define a la empresa como *actividad económica organizada*. Entre sus elementos se pueden deducir que está dirigida por una o más *personas* (humanas o jurídicas), la *actividad* se identifica como conjunto de actos y contratos destinados a funcionar en forma repetitiva y continuada ya se trate del intercambio de bienes o servicios, o con el objeto de asociarse para ampliar el radio de influencia de la empresa. Siendo esta actividad de índole *económica*, en el sentido que se busca obtener un fin de lucro, de carácter *organizado* en el sentido de que se procura la distribución racional de los recursos materiales y humanos disponibles.

La ley concursal no se ocupa de la empresa en sí, de su concepto y su naturaleza. En ese aspecto se visualiza a la empresa como la unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, todo lo cual impone la regulación de diversas clases de procesos preventivos que anteceden a la liquidación, buscando su salvataje.

Si la orientación del presupuesto subjetivo debe dirigirse hacia la empresa, es necesario distinguir el destino del dirigente o empresario que explota o dirige la empresa y el destino de

esta como unidad económica.³⁵

La idea consecuente que se extrae de ello es que la finalidad de la ley falencial es establecer un control eficiente para que la mediocre administración por parte del empresario, no repercuta en el funcionamiento de la empresa porque ello resulta un beneficio social deseable.

La pretendida separación influye en los remedios preventivos, en atención a que lo relevante constituye la unidad productiva que conjuga los intereses no solamente del deudor, sino de los acreedores, sus trabajadores y de la comunidad toda como dadora de riqueza y fuente de trabajo.

Así, el *concurso preventivo* da lugar a la denominada administración “supervisada” (art. 15, LCyQ), bajo la vigilancia del Síndico, donde se le impone ciertas restricciones (art. 16 y 17), lo que ha sido calificado como un estado de *capacidad controlada*³⁶. El deudor debe poner el máximo de diligencia y actividad, a fin de que los tramites propios de dicho procedimiento pueda efectuarse normalmente.³⁷

La *quiebra* por su parte resulta un castigo muy severo, la empresa deja de existir como persona jurídica (art. 237, LCyQ), implicando su “desguace” (en aplicación del art. 205, LCyQ) ante la ineptitud para seguir generando ingresos.

2.- Alcances de la subjetividad concursal

a) Regla general

i) Principio de personalidad: Partiendo de la conjugación de los art. 2 y 5, LCyQ,

³⁵ Graziabile J. D., op. cit., pág. 238

³⁶ C1ª Civ.Com. Tucumán, ED, 99-321 (22/03/83)

³⁷ Fassi S. G., Gerhardt M. (2005), *Concursos y Quiebras*, pág. 75.

puede deducir que *es concursable todo aquel ente que tenga personalidad jurídica*, cuestión que es aceptada unánimemente por la doctrina.³⁸

El art. 2 de la LCyQ es el punto de partida de la subjetividad concursal. Se encuentra ubicado dentro del Título inicial de la ley, denominado “Principios Generales” (arts. 1 a 4), por lo tanto, debemos considerar que sus *consecuencias* se extienden a todos los procesos: el Concurso Preventivo, la Quiebra, el Acuerdo Preventivo Extrajudicial y los Pequeños Concursos.

Por otro lado, se trata de una remisión a otras normas, produciéndose conexiones con el espectro jurídico paralelo. Siendo las normas civiles y comerciales de una misma jerarquía, las contradicciones o dudas deben ser resueltas mediante la armonización de los términos. El reconocimiento de la personalidad jurídica de determinados entes implica someterlos al régimen general de otros de similar naturaleza, salvo que se hubieran dispuesto situaciones de excepción.³⁹ Esta relación entre lo particular y lo general (en este caso) en el ámbito normativo no implica en ningún caso una subordinación sino una mera complementación.

El Código Civil y Comercial no realizó ninguna modificación en la norma concursal (art. 5, ley 26.944).⁴⁰ Lo cual se relativiza, teniendo presente las modificaciones indirectas que se produjeron.

En el aspecto terminológico el nuevo Código Civil y Comercial se refiere a las “*personas humanas*” (art. 19) en reemplazo de “*persona física*” o “*personas de existencia visible*” (como dice el art. 2 LCyQ), también, donde se hace referencia a personas “*de existencia*

³⁸ Graziabile J. D., op. cit., pág. 190. Rivera J. C., Rivera J. C., Casadio Martínez C. M., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E., op. cit., pág. 332.

³⁹ Barbieri P. C. (2014), *Los sujetos concursables y la reforma del código civil y comercial*, p. VI.

⁴⁰ En los “Fundamentos” del anteproyecto se señala que “respeto los otros microsistemas normativos autosuficientes. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario...”, punto 1.4. El Código y las normas.

ideal de carácter privado”, debe denominarse simplemente como “*personas jurídicas*” (art. 141, CCyC). Además, en el aspecto estrictamente jurídico, se incorporan nuevas personas jurídicas lo que implica ampliar el espectro que abarca el principio general del art. 2, LCyQ (cuestión que será objeto del punto V).

Cuando nos referimos al término “*persona*” estamos ante una cuestión bastante espinosa, atravesado por consideraciones religiosas, políticas y morales; y que, en distintas disciplinas se establecen diferentes nociones del mismo. El Derecho ha sido testigo de las tensiones entre las concepciones iusnaturalistas y positivistas, entre la consideración de si la persona preexiste al ámbito jurídico y se identifica con el hombre (de carne y hueso) o es un ente que requiere ser reconocido normativamente para conferirle existencia.

Lejos de plantear una propuesta sólida (que exceden los márgenes de este trabajo) podemos sostener que el Derecho *se forma socialmente a partir de los hechos*. Desde una visión realista y teniendo en cuenta los cambios producidos, la idea de persona tiende a difuminarse.

Recientemente la jurisprudencia ha planteado que un animal es un *sujeto de derecho “no humano”*⁴¹, a partir de allí podemos elaborar un nuevo panorama de este tema. Ese reconocimiento parte de una *interpretación jurídica dinámica y no estática*⁴², lo que supone dejar de lado los compartimentos estrictos de cada figura jurídica.

En este caso, la calificación surge de la proximidad genética que tienen los chimpancés con los seres humanos.⁴³

⁴¹ “*Orangutana Sandra s/Recurso de Casación s/habeas corpus*”, Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 2 (18/12/2014). Una ONG interpuso una medida para lograr el traslado de una orangutana del Zoológico de Buenos Aires, para ser ubicada en un santuario de primates.

⁴² Zaffaroni E. R. (2002), *Derecho Penal Parte General*, pág. 493.

⁴³ Pérez del Viso A. (2017), *El nuevo concepto de animal como sujeto de derecho no humano. Segunda parte*, p. II.

Se extraería tal fundamento del art 52 del Código Civil de Vélez Sarsfield: *todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas*. Aunque no intenta igualar a los seres sintientes con los seres humanos como así tampoco se intenta elevar a la categoría de personas a todos los animales o flora y fauna existente.⁴⁴

Dadas sus características, poseen un *minimus* que los hace objeto de protección al calificarlo así, garantizando que goce de derechos, lo cual no implica *que se le impongan obligaciones*. Sus derechos solo pueden ser ejercidos por quien tenga tal aptitud para ello, en este caso, se encontraba perfectamente legitimada la AFADA (Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales) para recurrir a la jurisdicción.⁴⁵ No se trata de un mero reconocimiento, dado que el fallo lo que hace es completar una situación no reglada, lo cual implica una valoración y ampliación de un concepto ambiguo, y no meramente un análisis lógico.

De forma tal, el esquema concreto sería que el Sujeto de Derecho es un concepto general que engloba a las personas humanas en el sentido biológico como especie perteneciente al *homo sapiens*, no humanas referida a los entes asimilados genéticamente y jurídicas, como un ente colectivo humano.⁴⁶

El nuevo código civil refuerza esta idea, ya que no define a la persona humana (art. 19 CCyC), solo se limita a establecer el comienzo de la persona humana. Teniendo en cuenta la

⁴⁴ “Presentación efectuada por A.F.A.D.A. respecto del chimpancé “Cecilia” – sujeto no humano”, Tercer Juzgado de Garantías, Mendoza, expte. N° P-72.254/15 (03/11/2016).

⁴⁵ Caporaletti J. (2015), *La interpretación amplia y pro-animal del hábeas corpus interpuesto en beneficio de Sandra la Orangutana*, p. III.

⁴⁶ Si profundizáramos, podemos mencionar incluso una “colectividad no humana”, tal como consagra la Constitución de Ecuador de 1998: “*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*” (art. 71).

preminencia que el nuevo código le asigna a los jueces esta visión de persona será reformulada y consolidada.

El término *persona* a que se refiere el art. 2, LCyQ debe entenderse en sentido *lato*.⁴⁷ Se exige un mínimo de sustancialidad. Pero no podría implicar el concursamiento de un sujeto de Derechos No humano, ya que, como dijimos que, si bien se le reconoce derechos, no implica que puedan tener deberes u obligaciones.

ii) Supuestos de los inc. 1º y 2º, art. 2 LCyQ: ambos serán tratados en el punto **V, d)** y **e)**. Basta aclarar aquí que los dos supuestos mencionado son excepciones al principio de la personalidad del primer párrafo.

iii) Exclusiones: reza el último párrafo del art. 2 “*no son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes Nros. 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales*”.

En principio, aunque no se mencione, por una cuestión de orden lógico, debe entenderse que toda aquella estructura jurídica que no pueda considerarse persona no es concursable.

Luego debe considerarse a las normas mencionadas expresamente, que hacen referencia a Compañías Aseguradoras, Mutuales, y Entidades Financieras, las cuales estaban originalmente excluidas del concursamiento (serán objeto del punto **V**). No hay razones jurídicas específicas para establecer este tipo de exclusiones. Se trata de un supuesto de mera política legislativa, sometiéndolas a la liquidación administrativa.⁴⁸

Por último, la referencia a las *leyes especiales* se incorporó tal como justifico la

⁴⁷ Graziabile J. D., op. cit., pág. 190.

⁴⁸ Graziabile J. D., op. cit., pág. 205. Rivera J. C., Rivera J. C., Casadio Martínez C. M., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E., op. cit., pág. 368.

exposición de motivos de la ley 22.917, para evitar que dichas disposiciones se entiendan derogadas por la mención general del primero del artículo citado.⁴⁹

b) Capacidad y legitimación

La personalidad se conforma con un contenido necesario, que son sus atributos inherentes: el nombre, el estado, el domicilio y la capacidad, careciendo las personas jurídicas del “estado”. Ese contenido hace a la sustancia de la personalidad, de lo contrario se trataría de un cascaron vacío. La persona no es un fin en sí mismo, si no la base para poder contener los distintos derechos esenciales.

Capacidad es la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta es una derivación necesaria de la personalidad y solo puede ser limitada por ley (art. 22, CCyC), debiendo existir, aunque esta sea mínima. Lo contrario sería admitir la muerte civil. Incluso las personas por nacer tienen capacidad, aunque no tengan capacidad de derecho (art. 24, CCyC).

La capacidad está íntimamente ligada al *estado*, puesto que es la base sobre la que descansa aquella. El estado es, pues, la estática y la capacidad, la dinámica de un mismo problema: los derechos y deberes jurídicos de las personas.

Las personas jurídicas tienen capacidad para adquirir todos los derechos de que pueden ser titulares las personas humanas. Pero por su propia naturaleza, solo pueden para *adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación* (art. 141, CCyC). Lo que se denomina *principio de la especialidad*. las personas jurídicas sólo pueden realizar aquellos actos vinculados a los fines de su institución. Al margen de esos fines, la persona jurídica está privada de toda capacidad porque, en verdad, también carece de

⁴⁹ Heredia P. D. (2000), *Tratado exegético de Derecho Concursal...* Tomo I, pág. 253.

personalidad.⁵⁰

La conexión que existe entre capacidad y legitimación deviene del hecho que la segunda es apenas un pequeño espectro de la primera. Una derivación necesaria del derecho al acceso a la justicia en defensa de la dignidad y vida de la persona. También funciona como un requisito sustancial de cualquier pretensión procesal, poniendo límites razonables a la facultad de acceder a la jurisdicción.

Legitimación es la cualidad emanada de la ley que faculta a requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso.⁵¹ En materia concursal, no debe confundirse el presupuesto subjetivo del concurso del concurso con el legitimado activo del concurso.⁵² En este sentido, ambos conceptos en algunos supuestos pueden coincidir o no. La legitimación concursal es plurisubjetiva (diferentes tipos de personas) y pluriconflictiva (distintos tipos de procesos).⁵³

En el caso de las *personas humanas* la presentación puede ser por sí o por representante, en este último caso, legal o voluntaria. La presentación en concurso por parte de *incapaces e inhabilitados debe ser efectuada por sus representantes legales* (art. 7, LCyQ).

En el caso de personas incapaces en razón de su edad, los representantes son los padres o tutores, según sea el caso. Las personas por nacer y los menores no emancipados están representadas por sus padres (art. 101 incs. a y b, CCyC). Actuarán mediante tutor, en los supuestos de ausencia, incapacidad de los padres, la privación o suspensión de la patria potestad (art. 101 inc. b, CCyC).

⁵⁰ Herrera M., Caramelo G., Picasso S. (dirs.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, art. 141, Tomo I, pág. 283.

⁵¹ De Santo V. (2009), *Diccionario de Derecho Procesal*, pág. 128.

⁵² Graziabile J. D., op. cit., pág. 181.

⁵³ Di Iorio A. J., (1988), *Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales*, pág. 513.

Si la persona padece *una adicción o una alteración mental permanente o prolongada*, que *puede resultar un daño a su persona o a sus bienes* (art. 32, CCyC), el juez civil establecerá en la sentencia que el sujeto no tiene capacidad para *determinados actos* y se le designa el “apoyo necesario” (arts. 32, 43 y 101 inc. c), CCyC), en este caso cumple la función de complementar la voluntad del incapaz. Por excepción, se puede imponer la incapacidad total cuando el “interdicto” se encuentre imposibilitado de *interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo*, designándole un curador (art. 32, CCyC).

En todos los supuestos la presentación debe ser ratificada por el juez que corresponda, dentro de los treinta días contados desde la presentación (art. 7, LCyQ). La falta de ratificación equivale al desistimiento del proceso (art. 6 último párr., y 7, LCyQ).

En el caso de *personas fallecidas*, basta que uno de los herederos proceda a la solicitud de apertura a tenor art. 8, siempre que haya separación patrimonial. Así mismo debe acreditar su condición de sucesor, probando ante el juez falencial la declaratoria de herederos o la aprobación judicial del testamento, o ante su falta la condición filiatoria del presentante.

La petición debe ser ratificada por los *demás* herederos, dentro de los treinta días, porque se entiende que todos los sucesores son parte del proceso. Omitida la ratificación, se aplica el último párrafo del art 6 (art. 8, LCyQ), es decir se tiene por desistido el proceso.

La apertura del concurso preventivo puede ser solicitada también, por *apoderado con facultad especial* (art. 9, LCyQ). El mandato debe contener la autorización para poder actuar en juicios de carácter patrimonial, no siendo suficiente poder general de administración. Es necesario que el mandatario sea sujeto hábil para actuar en juicio.⁵⁴

En el caso de las *personas jurídicas*, su presentación debe ser realizada por *representante legal, previa resolución, en su caso, del órgano de administración*. (art. 6,

⁵⁴ Graziabile J. D., op. cit., pág. 384.

LCyQ). Esta representación va a depender de la complejidad y multiplicidad de órganos que contenga el ente.

Cuando haya coincidencia entre los órganos (como es el caso de las Sociedades Unipersonales) la administración y representación se encontrarán unificadas.

En el supuesto de Sociedades en Comandita Simple la representación y administración le corresponde a los socios comanditados o terceros designados (art. 136 Ley General de Sociedades - LGS), así también en las Sociedades en Comandita por Acciones (art. 318, LGS).

En las Sociedades de Responsabilidad Limitada la gerencia administra y representa al ente (art. 157, LGS). Por su parte el directorio de las Sociedades Anónimas ejerce su administración (art. 255, LGS) y el presidente la representa (art. 268, LGS). Las Cooperativas son administradas por un consejo de administración y representadas por el presidente (art. 73, ley 20.337).

Las Asociaciones Civiles cuentan con una comisión directiva que debe ser integrada por los asociados (art. 171, CCyC), que ejerce ambas funciones. Por último, en el supuesto de las Fundaciones la presentación corresponde al consejo, integrado por *tres personas humanas* (art. 201, CCyC).

Puede realizar la presentación también el administrador judicial de la sociedad. Si se trata de una Sociedad de Responsabilidad Limitada o por Acciones deberá solicitar autorización del juez (art. 115 segundo párr., LGS). En el caso de un coadministrador judicial requiere obrar conjuntamente con el gerente de la sociedad.

La representación que se invoque requiere ser otorgada en debida forma y oportunamente inscripta en los registros correspondientes, pues de lo contrario es inoponible a los terceros (arts. 12 y 60, LGS).

Si la representación es confinada a más de una persona para su ejercicio conjunto, la

demanda de concurso preventivo deben deducirla todos los que deban obrar conjuntamente.⁵⁵

El síndico societario no se encuentra legitimado para solicitar la apertura del concurso preventivo (art. 294 a 296, LGS). El socio no administrador tampoco puede demandar el concurso preventivo.

Posteriormente, como requisito *sine quo non*, para continuar el proceso se exige la Ratificación. Consiste de un documento donde se plasme la reunión o asamblea cuya finalidad sea de afirmar positivamente la voluntad de continuar el proceso. Debe ser presentada *dentro de los treinta días de la fecha de la presentación* (art. 6, segundo párr., LCyQ). En este caso, le corresponde al órgano de gobierno de la persona jurídica, de acuerdo a las mayorías necesarias para aprobar la decisión de acuerdo a las leyes y al estatuto constitutivo. Cumple la función de control, para evitar que se ponga en marcha un proceso producto de una decisión demasiado intempestiva. La ausencia de ratificación supone el rechazo *in limine* (art. 6 último párr., LCyQ).

La solicitud de **concurso preventivo** es una facultad privativa del deudor, si él no lo demanda, no puede obligárselo compulsivamente a hacerlo,⁵⁶ en razón de que estamos ante una institución dispuesta en favor del moroso. Por ende, queda a su criterio la conveniencia de recurrir a la solución concordataria.

En el caso del **acuerdo preventivo extrajudicial** está legitimado el deudor *que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general* (art. 69, LCyQ). La referencia genérica al deudor, debe entenderse enmarcada dentro de los límites del art. 2 y 5, LCyQ. En razón de ello se ha declarado que están excluidas las

⁵⁵ Heredia P. D., op. cit., pág. 334. Fassi S. C., Gerhardt M., op. cit., pág. 52. Alegria H. (1975), *Algunas cuestiones de Derecho Concursal*, pág. 142.

⁵⁶ “Badel Hnos., Soc. de Hechos/concurso”, CNCom. Sala D (16/12/86).

entidades financieras.⁵⁷

En los supuestos de *quiebra*, el proceso que estaba históricamente reservado al acreedor se amplía pudiendo ser solicitada por el mismo deudor.

La quiebra es *indirecta* cuando sobreviene en el curso del acuerdo preventivo, en los casos específicamente enumerados por la ley. Según el art. 77 inc. 1º, LCyQ la quiebra debe ser declarada en los supuestos siguientes: Si el deudor no presentara en el expediente las conformidades al acuerdo (art. 46), si el deudor no obtenga las conformidades de los acreedores privilegiados, cuando lo hubiese impuesto como condición (art. 47), en los supuestos de Salvataje, cuando no hubiera inscriptos (48, inc. 2º) o cuando no se produjere la audiencia informativa (48, inc. 5º), cuando se admite la impugnación del acuerdo (art. 51), ante la falta de pago de honorarios (art. 54), por la nulidad del acuerdo (art. 61) y cuando el deudor no cumpla el acuerdo total o parcialmente (art. 63).

La enumeración es taxativa, por ello en nuestro sistema no se admite la quiebra de oficio o a petición del Ministerio Público.⁵⁸

La quiebra es *directa* cuando se solicita a pedido del acreedor (art. 77, inc. 2º, LCyQ) o a pedido del deudor (art. 77, inc. 3º, LCyQ). En este último caso, se aplica el art. 6 para el caso de las personas jurídicas (art. 82 segundo párr., LCyQ). Respecto de los *incapaces se debe acreditar la previa autorización judicial* (art. 82, segundo párr., LCyQ). En rigor de verdad, en todos los supuestos de personas humanas resultan aplicables los artículos 7, 8 y 9.

⁵⁷ “Banco Hipotecario S.A. s/acuerdo preventivo extrajudicial”, CSJN, B. 2177. XLII (22/02/2011).

⁵⁸ Junyent Bas F., Molina S. C. (2009), *Ley de Concursos y Quiebras Comentada*, tomo II, pág. 9.

V.- El sujeto de la ley falencial actual

(Segunda Parte)

1.- Sujetos incluidos

a) *Personas humanas*

La persona humana no requiere definición. Así lo ha entendido la reforma, de tal manera que el art. 19, CCyC no se ocupa de ello. Se considera como origen de la persona humana a la *concepción*. El termino *concepción* a pesar de su utilización, es insuficiente dado que se refiere a la fecundación natural. A pesar de ello, nada obsta a la ampliación del concepto jurídico del mismo a los casos de técnicas de reproducción humana asistida, tal como lo ha hecho la CIDH.⁵⁹

El código establece como condición resolutoria para la adquisición de derechos y obligaciones, el nacimiento con vida. Se desestima el método o la forma en que se produce, puede darse por cesaría o parto natural, de lo contrario *se considera que la persona nunca existió* (art. 21, CCyC). El nacimiento se produce cuando acontece el alumbramiento y es separada de la persona que dio a luz; es decir, cuando se está ante dos personas con individualidad propia.⁶⁰

Dentro de los casos de inviabilidad del nacimiento debe incluirse el supuesto de *aborto* o Interrupción Voluntaria del Embarazo, *hasta la semana 14, inclusive, del proceso gestacional* (art. 4º).⁶¹

⁵⁹ "Artavia Murillo y otros c/Costa Rica", CIDH (28/12/2012).

⁶⁰ Herrera M., Caramelo G., Picasso S. (dirs.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, art. 19, Tomo 1, pág. 54.

⁶¹ ley N° 27610, *Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, Fecha de publicación: 15/01/2021.

La importancia de estos conceptos estriba en que, el nonato tiene plena capacidad a través de su representante para adquirir bienes por donación o herencia (art. 64 CC de Velez).⁶² La inviabilidad del nacimiento imposibilita la transmisión de esos derechos y las posibles acreencias, y por lo tanto la concursabilidad del mismo.

La persona humana que ha nacido y se ha desarrollado es concursable en sus diferentes facetas y vicisitudes. Los *menores de 18 años* pueden ser concursados por medio de sus representantes legales (art. 26, CCyC). Así mismo sucede con las *personas incapaces*, es decir aquellas absolutamente imposibilitada de interactuar con el entorno (art. 32 último parr., CCyC) a quienes se les asigna un curador. En el supuesto de *capacidad restringida*, deberá estarse a lo que disponga la sentencia civil, en donde se fijan en cuales actos deben actuar mediante *apoyos*, fuera de ellos es plenamente capaz de presentarse personalmente en el concurso. En todos los casos, la incapacidad sobreviniente (art. 105, LCyQ), no obsta a la continuidad del proceso concursal.

En el caso de la *inhabilitación*, la reforma limitó la institución a los casos de prodigalidad (art. 48, CCyC), pero mantuvo como finalidad la protección de la familia (cónyuge, conviviente e hijos menores de edad o con discapacidad). No debe confundirse la dilapidación de la riqueza con la *cesación de pago*. Aunque en ambos casos estamos ante una condición objetiva, en el primer caso requiere una habitualidad que *amenace* al patrimonio. La declaración de inhabilitación da lugar a la concursabilidad, siempre que haya cesación de pagos. La inhabilitación del fallido -aun sobreviniente- no afecta al proceso de quiebra (art. 105, LCyQ).

La *emancipación por matrimonio* (art. 27, CCyC) ya sea por dispensa judicial en el caso de los menores de 16 años o autorización de los representantes legales de los mayores de

⁶² Graziabile J. D. (2014), *Régimen Concursal...* Tomo 1, pág. 191.

16 años supone la supresión responsabilidad parental y a la vez la adquisición de plena capacidad de ejercicio (excepto aquellos que estén prohibidos por los arts. 28 y 1548, CCyC).

Por último, la *persona menor con título habilitante* tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella (art. 30, CCyC). Es factible que sea legitimado pasivo del concurso, respecto de ese peculio especial.

b) Personas jurídicas privadas

i) Determinación: Hay consenso general acerca del carácter eminentemente técnico del concepto de persona jurídica.⁶³ Esa es la razón del art. 141 CCyC, en virtud de la cual será todo aquel que tenga aptitud para adquirir derechos y obligaciones de acuerdo a su régimen legal. Tal como establece el art. 2 LSG, que consigna que la sociedad *es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley*. Aun así, no es necesario que se trate de una declaración expresa, bastando estarse a lo que establezca su objeto y fines de su creación.

ii) Enumeración: el listado de las personas jurídicas privadas reconocidas y por lo tanto concursables resulta indeterminable, toda vez que estamos ante una enumeración no taxativa. El reconocimiento de las mismas está sujeto a las normas que establecen su regulación (art. 148, inc. i),

Las sociedades reguladas en la reformulada ley 19.550 (LGS), son sujetos de derechos (art. 2, LGS y art. 148, inc. a). Abarca a las Sociedades Colectivas, Comandita Simple, de Capital e Industria, Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima, Sociedad anónima con participación Estatal Mayoritaria y la Sociedad en Comandita por Acciones. El código Civil y

⁶³ Lorenzetti, R. L. (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, art. 141, Tomo I, pág. 574.

Comercial declara como personas jurídicas privadas a las Asociaciones Civiles (art. 168 y sig., CCyC), Simples Asociaciones (art. 187 y sig., CCyC), Fundaciones (art. 193 y sig, CCyC), las Iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas (art. 148, inc. e), Mutuales (art. 148, inc. f CCyC; ley 20.321), Cooperativas (art. 148, inc. g) CCyC; ley 20.337), el Consorcio de Propiedad Horizontal (art. 148, inc. h), art. 2044 CCyC).

La reforma dejó sin sentido las discusiones sobre la personalidad y concursabilidad de las *simples asociaciones*, que en virtud de la reformulación del art. 46 del código velezano por la ley 17.711 integraba una supuesta categoría de sujetos de derechos de existencia ideal. Se considera que es persona jurídica desde la fecha de su acto constitutivo (art. 189, CCyC). La insolvencia genera la responsabilidad de los administradores legales y de hecho de forma solidaria y subsidiaria (art. 191, CCyC).

La creación de las *sociedades unipersonales* (SU) se trata de una de las mayores novedades de la reforma de la Ley General de Sociedades. La SU sólo se podrá constituirse como sociedad anónima (art. 1º, LGS) y su capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo (art. 11 inc. 4, LGS). De forma tal que desaparece en estas el concepto de *affectio societatis*, pero se mantiene la separación de responsabilidad entre la SU y la sociedad anónima constituyente. En caso de eventual confusión total o parcial, podrá aplicarse el instituto de la extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible, previsto en el art. 161, inc. 3º de la ley 24.522.⁶⁴

Merece referirse también a las *Sociedades por Acciones Simplificadas* (SAS) introducidas por la ley 27.349 de “Apoyo al Capital Emprendedor”. Es un tipo social por fuera de la ley General de Sociedades, aunque esta se aplica supletoriamente (art. 33). Puede ser unipersonal (art. 34), se puede constitución vía internet (art. 35 segundo párr.), posee órganos

⁶⁴ Barbieri P. C. (2014), *Los sujetos concursables y la reforma del código civil y comercial*, p. IV.

(art. 49 y sig.) aunque en su constitución y funcionamiento la norma adopta un criterio bastante flexible. Estamos pues ante un nuevo sujeto de derecho.

iii) Extensión del concurso: las personas jurídicas privadas son concursables desde y hasta el momento que gocen de un mínimo de personalidad.

En ese sentido, las sociedades y en general cualquier otro ente que se encuentre *en formación*, es decir aquellos que han comenzado el iter constitutivo pero que no lo han terminado (art. 183, LGS) forman parte de este precepto. Con más razón se incluyen, la *sociedad en transformación* porque sigue teniendo personalidad (art. 74, LGS). La existencia de la sociedad en formación como supuesto diferenciado de la sociedad subsanable requiere que no se interrumpa *voluntariamente iter constitutivo*. A la sociedad en formación no le es exigible la exhibición de una normalidad contable a los fines del cumplimiento de los pertinentes recaudos formales del art. 11 LCQ, toda vez que ella es solo obligatoria para los entes societarios regularmente inscriptos.⁶⁵

Dentro de las denominadas *Sociedades Subsanables de la sección IV de la LGS* quedan englobadas tanto las sociedades irregulares y las sociedades de hecho.⁶⁶ Comprende a aquellos casos donde la sociedad no adopta un tipo societario, omite requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por la ley. Gozan de plena personalidad desde su constitución a tenor de lo dispuesto en el art. 142 CCyC. Las modificaciones producidas por la ley 26.994, han dejado desactualizada la postura minoritaria de ARGERI, para quien este tipo de sociedades no eran concursables porque el status que consolida la sentencia de quiebra o la sentencia homologatoria en el concurso preventivo haría transformar por la misma sentencia y no por la ley, en regular a la sociedad.

⁶⁵ “*Mazza S.A. en formación s/conc. Preventivo*”, CNCom., Sala B (23/9/86).

⁶⁶ Nissen R. A. (2015), *Curso de Derecho Societario*, pág. 199.

También hay que incluir a las *Sociedades en estado de liquidación* dado que conserva su personalidad a ese efecto (art. 101 y sig. LSG y art. 5 de la LCyQ) y las *sociedades disueltas que aún no han sido liquidadas*. En este caso, deja de ser una sociedad en producción para ser un ente en actividad de liquidación. Conserva su personalidad, de lo contrario operaría su disolución anticipada para eludir la falencia.

El art. 163, inc. e) CCyC, dispone que la persona jurídica se disuelve por la declaración de quiebra, pero la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto. Similar criterio establece el art. 94, inc. 6 LGS.

c) Sociedades en que el Estado sea parte

La inclusión de este precepto tiene por finalidad dejar en claro que la “intromisión” estatal no sea un obstáculo para el concursamiento de esas sociedades. Se reafirma este argumento con lo dispuesto en el art. 149 CCyC cuando dice “*la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas*”. Resultando de ello que el régimen jurídico aplicable a la entidad será de derecho privado.⁶⁷

No es necesario que sea una *sociedad comercial*, ni tampoco surge la necesidad de que tenga un objeto lucrativo. Se aplicará, aunque sea con fines no comerciales, como podría ser una sociedad de cualquier tipo creada para ejercer fines científicos, educativos, o altruistas.⁶⁸

En el caso de las personas públicas involucradas se incluyen al Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios, pero también deben mencionarse a los entes autárquicos. Cuando se sostiene que “*sea parte*”, implica que la

⁶⁷ Herrera M., Caramelo G., Picasso S. (dirs.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, art. 149, Tomo 1, pág. 294.

⁶⁸ García Martínez R. (1997), *Derecho Concursal*, pág. 60.

participación estatal puede ser tanto por adquisición voluntaria o por expropiación pública.

No se establece un porcentaje de participación, por lo tanto, puede concursarse las sociedades del Estado (ley 20.705), Empresas del Estado (Dec. Ley 15.346/46 rat. Por ley 12.962), las Sociedades Anónimas Con Participación Estatal Mayoritaria (art. 308 y sig. LGS) y las Sociedades de Economía Mixta.

d) Patrimonio del fallecido

Ante la imposibilidad de traer al causante al proceso concursal, solo resta enfocarse en la única manifestación de personalidad que aún mantenía interés en la litis, *el patrimonio*. No significa ello que la ley asigne al patrimonio del fallecido, personalidad o lo considere sujeto de derecho ⁶⁹. Se trata pues de una excepción al principio general de la personalidad concursal. Para entender porque se ha establecido así, debe considerarse que militan razones que hacen a la necesidad de asegurar la circulación de la riqueza y la satisfacción del interés individual ⁷⁰, de forma tal que se evita la injusticia que supondría la imposibilidad de cobrar los créditos generados por el causante. Por ello la ley concursal aplicó la técnica de la ficción legal.⁷¹

La ley concursal exige tres requisitos para que se pueda proceder: **a)** fallecimiento del causante, trátase de los supuestos del hecho de la muerte efectiva (art. 93, CCyC) o presunta (art. 85, CCyC); **b)** que haya cesación de pagos por parte del causante, no de los herederos. Es indiferente la fecha de acaecimiento de la cesación de pago en relación con la de la muerte del causante; **c)** que se produzca la separación patrimonial respecto de los bienes de los sucesores (art. 2 inc. 1º, LCyQ).

⁶⁹ Heredia P. D. (2000), *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Tomo I., pág. 248.

⁷⁰ C 1ª Civ. y Com. Tucumán (18/03/80), Rep. LL, t. 1981, XLI, J-Z, p. 2469, Sum. 20.

⁷¹ Graziabile J. D., op. cit., pág. 198.

Dentro de este requisito, resulta obstativo que uno solo de los sucesores no excluido, haya hecho aceptación de la herencia.

Por último, si se produce la muerte del fallido posterior la presentación judicial, se continuará con los sucesores, que están obligados a unificar la personera (art. 105, CyQ).

e) Deudores domiciliados en el extranjero

De acuerdo al art. 2 inc. 2° LCyQ, se consideran comprendidos: (...) *Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país*. Se está pregonando lo que se denomina “insolvencia internacional”. La doctrina especializada define a este tópico como “*la situación de impotencia patrimonial... en la que hallamos elementos extranjeros, tales como un patrimonio internacionalmente disperso o la existencia de acreedores locales y extranjeros*”.⁷²

El modelo adoptado es el principio de *territorialidad*, sistema antiquísimo que ya se encontraba en el código de comercio de 1862, y consiste en la idea de que el concurso abierto en un Estado, solo comprende bienes existentes en el mismo y no produce la apertura foránea de otros tantos procesos. Se establece también el criterio de la *pluralidad* de jurisdicción, cimentado en la idea de que deben abrirse tantos juicios de quiebras, como Estados donde se encuentre parte del patrimonio. Este precepto está puesto a favor de los acreedores locales, respondiendo a principios de soberanía estatal o nacional⁷³. Vale aclarar que, el modelo supone desde el punto de vista subjetivo una excepción a la regla de la personalidad, dado que se limita a los bienes con conexiones con elementos extranjeros.

El primer elemento a considerar es el requisito de *bienes existentes en el país*. Estamos

⁷² Scotti L. B., *Manual de Derecho internacional Privado*, pág. 957.

⁷³ Heredia P. D., op. cit., pág. 250, Graziabile J. D., op. cit., pág. 201.

ante un foro de patrimonio. La *lex fori* es la que se aplica para determinar que se entiende por “bienes”. De forma tal que se produce una doble remisión a las normas locales; primero a la ley concursal, luego al código civil. La calificación de *bienes y cosas* en nuestro derecho se halla en los art. 15 y 16 CCyC. Respecto a los bienes inmuebles (art. 2663, CCyC) y muebles (2669 y 2670, CCyC), rige la ley del lugar donde se hallasen.

El deudor debe estar *domiciliado en el extranjero*. Los jueces locales solo tienen jurisdicción sobre los ciudadanos domiciliados en el país, más allá de su nacionalidad. La regla dirimente de la competencia dentro del territorio nacional (art. 3 inc. 5º, LCyQ), es el lugar de la administración o establecimiento, explotación o actividad principal. Resulta una excepción al principio del domicilio del deudor dentro del país.⁷⁴

El acreedor peticionante debe denunciar bienes situados en Republica y acreditar la existencia de la sentencia extranjera y su carácter ejecutable. No es necesario que se pruebe la existencia de cesación de pago en la República. Comprobados los recaudos, el juez argentino abre la jurisdicción nacional. Se ha dicho al respecto que *no es la sentencia extranjera ... la que abre la quiebra argentina, sino... la sentencia que dicta el juez argentino, siendo esta última y no aquella la que confiere por sí mismo condición ejecutoria a la quiebra local.*⁷⁵

No se le aplican al deudor extranjero los efectos personales del concurso ni abarca la totalidad del patrimonio.

Tanto la ausencia de bienes como de acreedores locales y créditos exigibles hace desaparecer cualquier interés tutelable para la ley argentina.

⁷⁴ Rivera J. C., Rivera J. C., Casadio Martínez C. M., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E. (2014), *Derecho Concursal*, Tomo I, pág. 348.

⁷⁵ “*People and Partners SRL s/quiebra*”, CNCom., Sala F (24/02/2011).

f) Consorcio de la Propiedad Horizontal

Durante la vigencia de la ley 13.512 se debatía si el consorcio de propietarios constituía o no un ente ideal, como consecuencia de que la mentada norma no ofrecía claridad sobre el punto. Quienes apoyaban su personalidad se fundaban en la aptitud de la comunidad de ser un centro de imputación de relaciones inherente al conjunto de propietarios.

La jurisprudencia al respecto ha sido escasa y sinuosa. En un viejo fallo durante la vigencia de la ley 11.711 se decretaba el concursamiento civil de un consorcio, por gozar de capacidad para contraer obligaciones y adquirir derechos, tener domicilio, un patrimonio independiente de los “socios”, que se manifiesta en la vida jurídica por intermedio de su órgano, que es el representante legal obligatorio.⁷⁶ Posteriormente se sostuvo el mismo criterio, pero se negó la concursabilidad en razón de la responsabilidad subsidiaria e ilimitada (no solidaria) de los consorcistas, requiriendo la interpelación a cada uno de los propietarios como requisito previo.⁷⁷

Posicionándose negativamente se ha sostenido que “*estando imposibilitado el fallido de celebrar nuevos contratos y actos jurídicos imprescindibles para la administración de las cosas comunes*”.⁷⁸ Siguiendo ese criterio se postula que “*el régimen de la quiebra se presenta como impracticable al consorcio de propietarios, dado que el mismo debe continuar funcionando, por lo tanto, no será disuelto ni liquidado su patrimonio no ejecutable, que permanecerá indiviso*”. Citando a Highton (Propiedad Horizontal y prehorizontalidad, p. 564) afirma que “*la ley 13.512 es una ley especial que, dado el modo en que dispone sobre el*

⁷⁶ “*Consortio de Propietarios Edificio 9 de Julio*”, Cám. 1º, CivCom. Mar del Plata (22/4/1969), JA 1970-5-548.

⁷⁷ “*Consortio de Propietarios de la calle Perú 1724*”, CNCom, sala A (10/30/1996), ED 171-601.

⁷⁸ “*Consortio de Propietarios de Edificio C. Calvo 869/75*”, CNCom, Sala D, (26/12/05).

consorcio, lo excluye de la contingencia falencial".⁷⁹ Y que la contribución al pago de las expensas, o la formación de un fondo común para afrontarlas, tampoco permite la formación de un patrimonio.⁸⁰

La reforma recepto la postura afirmativa al incorporar al "Consortio" dentro del elenco de personas jurídicas privadas (art. 148 inc. h) CCyC y 2044, CCyC). La persona jurídica consorcio está compuesta por *el conjunto de los propietarios*. Tiene tres órganos esenciales: la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador. Goza de los elementos de toda persona como el domicilio que se constituye en el inmueble, podría fijarse un nombre; posee un patrimonio, que será establecido por el reglamento (2056 inc. e), CCyC). Se trata de un ente que esta escindido jurídicamente del derecho real de Propiedad Horizontal, el cual recae sobre las partes comunes.

La personalidad del consorcio se extingue por resolución judicial, inscrita en el registro inmobiliario (art. 2044 ultimo párr., CCyC). Además, se aplican las reglas generales, entre ellas art. 163 inc. e) que decreta la extinción de las personas jurídicas por quiebra.

Para quienes aún afirman la postura negativa se trata simplemente de un sujeto de imputación jurídica que se interpone en la relación entre acreedores y copropietarios.⁸¹ Se argumenta que está imposibilitado de tener patrimonio desapoderable, pero se contesta a ello que implicaría sostener que es requisito de la quiebra la existencia de patrimonio por liquidar.⁸²

⁷⁹ "Consortio de Propietarios Edificio Güemes 4215", CNCom. Sala A (30/12/2010)

⁸⁰ "Consortio de Copropietarios de calle Sarmiento 412 s/concurso preventivo", CNCom., Sala A (27/02/2014).

⁸¹ Figuerola M. E. (2017). *El consorcio de Propiedad Horizontal y la entidad que agrupa a los propietarios de unidades privativas del conjunto inmobiliario. Apuntes sobre su concursabilidad a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación*, p. V.

⁸² Arenas P. E. (2015). *Concursabilidad del consorcio de propietarios a la luz del nuevo código unificado*, p. VI.

Otro argumento esgrimido es que la quiebra supone la extinción de un elemento necesario imposibilitando el funcionamiento del sistema de propiedad horizontal ya que la indivisión forzosa del inmueble hace imposible la permanencia de la comunidad organizada. Pero ello no es consecuencia del régimen concursal, sino consecuencia especial prevista por el régimen especial que regula cada sujeto en particular.⁸³ La quiebra no produce su extinción por se, ya que la ley concursal prevé mecanismos para evitarla (avenimiento, el pago total o carta de pago).

g) Asociaciones mutuales

Se encuentra reguladas íntegramente en la ley 20.321 que las define como aquellas *constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica* (art. 2, ley 20.321). Son reconocidas como Sujetos de Derecho a partir de su inscripción (art. 3, ley 20.321). Siendo consideradas como *asociaciones*, supletoriamente se le aplica el régimen de estos tipos de sujetos (art. 168 y sigs., CCyC).

Originariamente las asociaciones mutuales estaban excluidas expresamente de ser concursadas (art. 2, último párr.). Situación que cambió totalmente con la modificación de la ley 25.374, que reformula el art. 37 de la ley 20.321 expresando: “*Las mutuales quedan comprendidas en el régimen de la Ley N° 24.522*”, se trata pues de una derogación tácita por notoria incompatibilidad entre ambas.⁸⁴

⁸³ Arenas P. E. op. cit., p. VI.

⁸⁴ Rivera J. C., Rivera J. C., Casadio Martínez C. M., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E., op. cit., pág. 356.

h) Obras sociales

De acuerdo a la ley 23.660, las obras sociales en todos los casos tienen carácter de sujeto de derecho (art. 2). Se distinguen entre obras sociales consideradas entidades de *derecho público no estatal* (las cuales están vinculadas al Estado) de aquellas que son meramente privadas. Esta calificación no impide que en todos los casos puedan ser concursadas.⁸⁵

i) Sindicatos

El *sindicato* debe obtener su personalidad jurídica a través del registro ante la autoridad administrativa del trabajo mediante la presentación de su nombre, la dirección, los activos y el fondo de su fundación; lista de participantes; nombres y la nacionalidad de los miembros de su órgano de gobierno; y su asociación. A partir de su inscripción, *adquirirá personería jurídica* (art. 23, ley 23.551), por ende, ingresa en el esquema de la ley concursal.

Recientemente se ha sostenido que un ente privado, aunque con fines de interés colectivo, disuelto de pleno derecho en los términos del art. 94, inc. 6° LGS, no puede subsistir como asociación sindical con personería jurídica y tampoco, como simple asociación sindical.⁸⁶

j) Entidades bursátiles

las *entidades bursátiles* se ocupan de ofertar públicamente títulos valores emitidos en masa por empresas al público en general. Las bolsas o mercados de comercio deben constituirse como *asociaciones civiles con personería jurídica o como sociedades anónimas* (art. 22, ley 17.811). No son entidades financieras en el sentido de la ley de entidades financieras y por lo

⁸⁵ Heredia P. D., op. cit., pág. 244.

⁸⁶ “*Sindicato Unidos Portuarios Argentinos Puerto Capital y otro s/quiebra*”, CNCom, Sala A (28/11/2018)

tanto pueden solicitar su concurso preventivo o su propia quiebra.⁸⁷ Su control queda bajo la órbita de la Comisión Nacional de Valores.

k) Comunidades Indígenas

La Constitución Nacional reconoce la *preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos* (art. 75 inc. 17°). En lo que nos ocupa, para fortalecer este paradigma se establecen dos reglas: **a)** se garantiza la *personería jurídica de sus comunidades* (art. 75 inc. 17°) y **b)** se establece la *posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano* (art. 75 inc. 17° C.N. y art. 18 CCyC).

La duda sobre su concursabilidad ha supuesto el surgimiento de distintas posiciones:⁸⁸ **a)** no ser concursable por ser una persona jurídica pública (Niel Puig), **b)** no pueden concursarse por ser sus tierras inembargables (Favier Dubois, p - h), **c)** ser concursables por ser personas jurídicas privadas (Barbieri).

La Carta Magna solo se limita a *reconocer la personería jurídica de sus comunidades* sin establecer una calificación especial. No es una persona jurídica pública dado que no está enumerada entre las consideradas así (art. 146 CCyC). De acuerdo al código unificado para ser consideradas públicas requiere que el ordenamiento jurídico *le atribuya ese carácter*, comprendiendo dentro de ellas a las empresas del Estado y también a las denominadas personas jurídicas públicas no estatales, regidas por leyes especiales.⁸⁹

En el régimen orgánico que sirve de base al art. 75, inc. 17° CN, tampoco encontramos

⁸⁷ “*Bolsa de Comercio de Tucumán S.A.*”, CSTucumán (24/8/79), JA, t. 1979. IV, p. 554.

⁸⁸ Ver en: Ancajima Dolor R., Picciafuoco N. (2016), *El impacto del nuevo Código Unificado, en las comunidades Indígenas como persona jurídica...*, p. IV.

⁸⁹ Rivera J. C., Medina G. (dirs.) (2016), *Derecho Civil Parte General*, pág. 462.

esa calificación. La ley 23.302⁹⁰ define a las comunidades indígenas como *los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización* (art. 2). Para constituirse como tal requiere ser inscriptas en un registro especial y también puede producirse su cancelación (art. 2 y 3).

Por ello, resulta correcto integrarla en el elenco de las personas jurídicas privadas, aunque no se encuentra enumerada en el art. 148 CCyC, tal como dice el inc. i) de aquel refiriéndose a *...otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento*. Se puede deducir de este precepto en conjunto con la ley 23.302, que la comunidad indígena es una estructura jurídica cuya existencia esta puesta a disposición para garantizar la correcta administración de las tierras otorgadas por el Estado.

El argumento referente al carácter inembargable de sus tierras tampoco es contundente. Es cierto que se establece el derecho constitucional a la *posesión y propiedad comunitarias de las tierras*, y además *ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos* (Art. 75 inc. 17°); y por ende se modifican los principios propietarios consagrados en el Código Civil para la propiedad privada, a fin de favorecer el resguardo de la tierra como factor aglutinante de la comunidad.⁹¹

La comunidad de tierras en si es un derecho real especial, la denominada *propiedad indígena*, pero ello no significa que no puedan tener otros tipos de derechos reales o personales, lo cual no se encuentra prohibido por la Carta Magna ni la ley 23.302. Ante la necesidad de subsistir, desarrollar sus actividades normales y en general cumplir con su objeto, afrontar gastos de funcionamiento y mantenimiento, entre otros tantos, podría adquirir derechos y

⁹⁰ *Sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes*, Sancionada: 30/09/1985

⁹¹ Gelli, M. A. (2006), *Constitución Nacional de la Nación Argentina*, pág. 684.

contraer obligaciones o bien llevar adelante actos de disposición de bienes.⁹²

Negarles la posibilidad de poder ser concursable, también implica un perjuicio para esa comunidad, dado que tal imposibilidad implicará una falta de incentivo para que se generen intercambios económicos con potenciales interesados.

Por último, la protección de la “propiedad indígena” se encuentra a cubierto en caso de quiebra por lo dispuesto en el art. 108, inc. 2° LCyQ, que protege a los bienes inembargables del desapoderamiento.

l) Entidades deportivas

Las instituciones deportivas, son concursables sin importar el modelo asociativo que adopten (en general como asociaciones civiles). Pero mediante la ley 25.248⁹³ existe la posibilidad de que un órgano fiduciario se ocupe de administrar la institución insolvente. El régimen se aplica a las asociaciones civiles de primer grado (art. 1).⁹⁴

Hay dos vías posibles, de *oficio* (art. 5), decretada la quiebra en cualquier etapa del proceso, el juez la aplicara siempre que exista patrimonio suficiente para continuar la explotación, es decir se trata de un juicio de viabilidad económica del ente. La vía *voluntaria* (art. 6), en caso de que haya solicitado concurso preventivo, las autoridades podrán solicitar la

⁹² Ancajima Dolor R., Picciafuoco N., op. cit., pág. 2043.

⁹³ “*Régimen especial de administración de las entidades deportivas con dificultades económicas. fideicomiso de administración con control judicial sujetos comprendidos*”, sancionada: 06/07/2000, destinada a garantizar el desarrollo de la actividad deportiva, a pesar de las condiciones económicas desfavorables. En los hechos se trató de salvar la situación de Racing Club –marzo de 1999-.

⁹⁴ Los denominados clubes, que tienen como finalidad esencial la práctica, desarrollo, sostenimiento u organización del deporte y la actividad física... (art. 20, Ley N° 20.655, reformada por Ley N° 27.202).

aplicación el régimen de la ley, exigiendo la ratificación dentro de los 60 días, por la asamblea de asociados (similar a lo dispuesto en el art. 6, LCyQ).

En ambos casos, el efecto esencial es el desplazamiento de las autoridades asociativas y siendo reemplazadas por un órgano fiduciario (art. 7). El carácter de *fiduciante* corresponde a la asociación o entidad civil deportiva propietaria de los bienes fideicomitidos; el de *fiduciario*, al órgano que en cada caso sea creado al efecto; y el de *beneficiario*, a los acreedores y dependientes de la entidad, a quienes la ley dispone proteger.⁹⁵

2.- Sujetos excluidos

a) Personas jurídicas públicas

Las personas jurídicas son divididas en *solo* dos grandes grupos: privadas o públicas (art. 145 CCyC). Las *personas jurídicas públicas* son aquellas cuya existencia y funcionamiento dependen del Derecho Público. Los criterios adoptados para distinguirlas de las privadas son: a) el origen estatal, b) la finalidad pública o el interés público, c) el control del Estado, d) la afectación de rentas públicas para el logro de su actividad, e) la atribución de potestad de imperio.⁹⁶

De acuerdo al art. 146 CCyC son personas jurídicas públicas:

a) *el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter (inc. a).*

b) *los estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional*

⁹⁵ Vásquez R. D. (2009). *Régimen especial de administración de entidades deportivas con dificultades económicas*, p. III.A.

⁹⁶ Herrera M., Caramelo G., Picasso S. (dirs.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, art. 145, Tomo I, pág. 289.

público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable (inc. b). Esto incluye también a las subdivisiones de cada uno de esos Estados.

c) *la Iglesia Católica* (inc. c). Se refiere específicamente a la Iglesia Apostólica, Católica y Romana, con exclusivo de los demás cultos.

Su falta de concursabilidad se extrae a *contrario sensu*, del art. 2 LCyQ. En el caso de los Estados, no existe un proceso internacional para decláralos en quiebra, el hecho de cesación de pago se denomina *default*.

El art. 6 LCyQ menciona a la representación de la personas privadas o *públicas*. Trátese este de un error de redacción, debe entenderse que hace referencia a las personas de existencia ideal en las que el Estado sea parte.⁹⁷

b) Empresas aseguradoras

No son concursables las Entidades Aseguradoras (art. 2, LCyQ). Así lo dispone expresamente la ley orgánica, cuando declara que “*no pueden recurrir al concurso preventivo ni son susceptibles de ser declarados en quiebra*” (art. 51, segundo párr., ley 20.091). Aunque no han faltado voces que reclaman su inclusión como sujeto concursal.

El proceso de liquidación de una aseguradora puede ser voluntario o forzoso. En el primer caso *la liquidación se hará por sus órganos estatutarios* (art. 50, ley 20.091). La liquidación por *disolución forzosa* se produce por la revocación para operar y procede judicialmente, disponiendo la disolución de la sociedad (art. 51, último párr., ley 20.091). Por su parte la autoridad de control *ajustará la liquidación a las disposiciones de los concursos comerciales para las quiebras* (art. 52, ley 20.091). lo cual no implica la aplicación directa de

⁹⁷ Graziabile J. D., op. cit., pág. 367.

la ley concursal, sino las que sean compatibles, de forma tal que no se puede solicitar la conversión al concurso preventivo.

Debe incluirse en la excepción a las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo.⁹⁸ La Superintendencia de Seguros de la Nación se encarga de su supervisión (art. 36 inc. b), ley 24.557) y se liquidaran aplicando el proceso de los arts. 49 y 51 de la ley 20.091.

c) Entidades financieras

En este caso, la regla es la exclusión en general por aplicación del art. 2, último párr. LCyQ. La “ley especial” es la de Entidades Financieras (LEF) N° 21.526 y sus modificatorias. Quedan abarcados por la norma los entes que reúnan dos requisitos: **a)** realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros (art. 1) y **b)** tengan la previa autorización del Banco Central de la República Argentina (BCRA) (art. 7).

La Entidad financiera deberá organizar un plan de regularización y saneamiento en caso de *insolvencia* (34 inc. a), LEF). La falta de presentación, el rechazo o el incumplimiento de los planes facultará al BCRA a revocar la autorización para funcionar. Mismo rigor se aplica también cuando la propia entidad solicita su disolución (43 y 44, LEF). Como consecuencia ya no será un ente que funcione normalmente, sino que se limitará a tratar de solventar sus deudas. Se considera que el estado de cesación de pagos es inconcebible para las entidades financieras.

Las vías extintivas previstas son el cese de la actividad reglada, la autoliquidación según el trámite de la ley General de Sociedades, la liquidación judicial o la quiebra según la ley 24.522. Si se dieran los presupuestos de la legislación societaria o concursal el juez podrá disponer que el cese de la actividad reglada o de liquidación de la entidad continúe por la vía judicial (art. 45, LEF). Lo que implica que la determinación de la cesación de pagos implica la

⁹⁸ Graziabile J. D., op. cit., pág. 206

aplicación de la ley falencial con las excepciones del art. 51 LEF.

Las entidades financieras no podrán solicitar la formación de concurso preventivo ni su propia quiebra (art. 50, LEF), pero podrá decretarse la quiebra de las entidades financieras una vez revocada la autorización para funcionar por el BCRA (art. 50, de acuerdo a la ley 25.780). Debe entenderse que después de la revocación pierden el carácter de “financieras”, siendo consideradas como sociedades comerciales. Por ello no hay óbice para que una ex entidad financiera puede solicitar su concurso preventivo, asimilándose a una sociedad en liquidación (art. 5 LCyQ) y también solicitar un acuerdo preventivo extrajudicial.⁹⁹

d) Sociedades de objeto ilícito

La doctrina ha identificado casos previstos en la Ley General de Sociedades como supuestos de exclusión concursal.

La *Sociedad de objeto ilícito* se identifica como aquella cuyo objeto constitutivo es contrario a las normas de orden público. Es concordante con el art. 279 CCyC que se refiere a la licitud del objeto de los actos jurídicos, este debe ser idóneo y esta característica exige que sea posible, lícito y determinado.¹⁰⁰ Como consecuencia de ello, se consideran nulas, de nulidad absoluta (art. 18 LGS). Una vez declarada la nulidad, se procede a la liquidación judicial, compensando los daños. Los integrantes carecen de derecho a reclamo, se funda en el principio de que nadie puede sacar provecho de la realización de actos reprobados por las leyes.¹⁰¹

En el caso de la *Sociedad de objeto lícito con actividad ilícita*, el mismo está determinado conforme a la ley, pero desarrolla una actividad ilegal, siendo también nulas (arts.

⁹⁹ Rivera J. C., Casadio M. C., Di Tullio J. A., Graziabile D. J. y Ribera C. E., op. cit., pág. 378.

¹⁰⁰ Lorenzetti R. L. (dir.) (2014), *Código Civil y Comercial De La Nación Comentado*, art. 279, Tomo II, pág. 90.

¹⁰¹ Nissen R. A., op. cit., pág. 188.

18 y 19, LGS). No se produce este supuesto en caso de que se trate de un acto ilícito aislado.¹⁰²

Similar caso es el del art. 20 LGS, en que el objeto es *prohibido en razón del tipo*, que incluye a las denominadas “mesas de dinero”, sociedades de hecho que solían realizar actividades de intermediación financiera sin supervisión de la autoridad de control.

e) Sociedad conyugal

El nuevo código civil reformula el régimen patrimonial del matrimonio, eliminando el concepto de sociedad conyugal, que muchas dudas generó su naturaleza.

En el régimen patrimonial del matrimonio se puede optar por un criterio de administración separada o por la comunidad de ganancias. El primero implica la amplitud de las facultades contractuales entre esposos. El término *comunidad de ganancias* reemplaza a la idea de sociedad conyugal. Se supera así la cuestionada asimilación del régimen patrimonial a una sociedad tácita entre los esposos. Su naturaleza jurídica es la de ser un régimen legal (forzoso) al que quedan sometidas las personas que contraen matrimonio, *ipso iure* como efecto de este.¹⁰³

La comunidad no tiene personalidad y, por ende, no es sujeto de derecho.¹⁰⁴ En consecuencia, los cónyuges no pueden pretender el concurso preventivo de la comunidad de bienes, ni ésta puede ser declarada en quiebra como entidad distinta a los esposos. Por ello el art. 467 CCyC: declara que *cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos*.

En caso de que los esposos hubiesen optado por el régimen patrimonial de comunidad, ante el concurso de uno de ellos, el otro puede pedir *la separación judicial de bienes ante el*

¹⁰² Nissen R. A., op. cit., pág. 190.

¹⁰³ Belluscio A. C. (2009), *Manual de Derecho de Familia*, pág. 314.

¹⁰⁴ Junyent Bas F. A., Junyent P., Peretti M. V. (2017), *El régimen patrimonial del matrimonio en el CCCN...*, pág. 169.

juetz del concurso (art. 477 inc. b) y 717, CCyC). Esta causal ya estaba contemplada en el Código Civil velezano, mas, a diferencia de aquel, el Código Civil y Comercial le reconoce entidad autónoma, diferenciada de la mala administración. Se trata de una “causal objetiva”; basta la declaración judicial de concurso preventivo o quiebra del cónyuge, sin perjuicio de si hubo o no mala administración de aquel.¹⁰⁵

Se mantiene pues, el repertorio jurisprudencial negatorio al respecto:

a) el sujeto pasivo de un proceso concursal es sólo una persona física o jurídica, por lo cual corresponde abrir un proceso concursal por cada una de las personas físicas.¹⁰⁶

b) si se admitiese se daría lugar a una indebida superposición de regímenes patrimoniales de orden público.¹⁰⁷

c) en los supuestos en que actúan como socios frente a terceros, la solución posible es acudir al procedimiento del art. 65 LCyQ, no porque la sociedad conyugal se asimile a un grupo económico sino porque los generalmente los cónyuges son fiadores, garantes o avalistas recíprocos, deviniendo aplicable, entonces, el art. 68 LCyQ.¹⁰⁸

Durante el proceso, se llevan a cabo tramites concursales separados, sin perjuicios de su acumulación en los que deberían cumplirse individualmente todas las etapas concurso.

f) Contratos asociativos

La Ley de Sociedades Comerciales preveía tanto la sociedad accidental o en

¹⁰⁵ Herrera M., Caramelo G., Picasso S. (dirs.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, art. 477, Tomo II, pág. 142.

¹⁰⁶ “*Mellino A. F. y Abarzuza M. C. s/Pedido de Quiebra*”, C1º Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II (6/12/1997).

¹⁰⁷ “*Bani, S. A. s/Concurso Preventivo*”, CCiv. Y Com. La Matanza, sala I (20/11/2001).

¹⁰⁸ “*Lentini, C. A. y Gandía de Lentini M. E. s/Concurso Preventivo*”, 3º J. C. de Mendoza, (16/10/1997).

participación (arts. 361 a 366), como las Agrupaciones de colaboración y Uniones Transitorias de empresas (UTE) (arts. 367 a 383), siendo estas últimas incorporadas mediante la ley 22.903 de 1983. Este tipo de regulaciones tenía por objeto llenar un vacío, para distinguir entre los actos societarios propio de la sociedad de los de intercambio. Ya desde ese momento se consideradas como no concursables.¹⁰⁹

Con acierto, la reforma introdujo en el nuevo código, bajo el capítulo 16, título IV, libro III a los denominados contratos asociativos. La técnica resulta apropiada en tanto busca diferenciar a los contratos asociativos de los contratos societarios. Se los caracteriza como una serie de actos que se acuerdan entre partes para satisfacer una necesidad mutua, ello pone el acento en las ideas de cooperación o colaboración. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total.¹¹⁰

En cada uno de los contratos las diferencias se posan en los fines u objetivos:

a) Negocios en participación: tiene como objeto *la realización de una o más operaciones determinadas* (art. 1448, CCyC).

b) Agrupaciones de colaboración: su fin es establecer la *organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades* (art. 1453, CCyC).

c) Unión Transitoria: para *el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República* (art. 1463, CCyC).

d) consorcio de cooperación: destinado a la *organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica* (art. 1470, CCyC).

¹⁰⁹ “Agrupación Alcurnia s/Pedido de quiebra por Oddino”, CNCom., sala B (24/09/86).

¹¹⁰ Lorenzetti, R. L. (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, art. 1442, Tomo VIII, pág. 347.

Ninguno de estos contratos son sociedades ni personas jurídicas (art. 1442, CCyC). Eventualmente pueden recurrir a la figura del “concurso en caso de agrupamiento” (art. 65, LCyQ). Para ello se deberá acreditar la existencia de un *grupo económico* que realice actividades permanentes, a través del respectivo contrato, debiendo incluirse a todas las partes del mismo y que la cesación de pagos de uno de los participantes “afecte” a los demás (art. 66, LCyQ). Se considera que esta condición debe apreciarse de manera amplia, pudiendo tratarse de una afectación solo probable o incluso futura.¹¹¹

En el caso de los *Negocios en participación*, el gestor responde ilimitadamente (art. 1449, CCyC). La declaración de quiebra del gestor produce la disolución del contrato (art. 151, LCyQ), quedando excluidos de ese efecto los participantes del contrato (art. 1450, CCyC).

Distinta situación se da en el caso de fusión (art. 82, LGS) donde dos sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una persona nueva.

g) Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP)

Se encontraban excluidas expresamente (art. 2 último párr. LCyQ) y regulada por la ley 24.241. La transferencia de los fondos de pensión hacia el Estado, supuso la extinción de este tipo de empresas. Se pasó a un sistema de régimen previsional de reparto, creándose a tal efecto el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Público de Reparto (dec. 897/2007).

h) Fondos Comunes de Inversión (FCI)

Desde el punto de vista jurídico-financiero es un contrato por el cual un particular participa en la copropiedad de una porción del fondo, recibiendo títulos cartulares (cuotapartes) a cambio de una suma de dinero. Los beneficios y pérdidas son consecuencia de las inversiones por parte de los administradores en bienes subyacentes (oro, plata, bonos, acciones, etc.).

¹¹¹ Fassi S. G., Gerhardt M. (2005), *Concursos y Quiebras*, pág. 238.

Están constituidas por una *sociedad gerente*, que debe ser una Sociedad Anónima o una entidad financiera (art. 3, ley 24.083), que se ocupa de la administración del fondo. Necesariamente debe existir una *sociedad depositaria*, que debe ser una entidad financiera regida por la Ley de Entidades Financieras (art. 3, ley 24.083). Las relaciones entre las partes se resuelven mediante un *reglamento de gestión* (art. 11, ley 24.083). El fondo en sí, se mantiene en propiedad de los cuotapartistas, siendo los ingresos de los administradores los que surgen de los honorarios por la administración e inversión de aquellos.

Su naturaleza jurídica es la de constituir un *patrimonio de afectación*. Estos fondos no constituyen sociedades y carecen de personería jurídica (art. 1º, ley 24.083) por ende, quedan excluidos de la norma concursal.

i) Fideicomisos

El fideicomiso se encontraba regulado en los arts. 1º a 34 de la ley 24.441. Eventualmente fue incorporado a los arts. 1666 a 1707 del CCyC donde se incluyen el fideicomiso contractual, financiero, testamentario y el dominio fiduciario.

El contrato de fideicomiso implica la transferencia de la propiedad de ciertos bienes a otra persona con la obligación de administrarlo en las condiciones que se establezcan a favor de sí mismo o de un tercero (art. 1666, CCyC). Es un acto jurídico consensual, bilateral, típico, formal, por tiempo determinado, pudiendo ser oneroso o gratuito. Los sujetos del contrato son el fideicomisario (art. 1672, CCyC), el fiduciario (art. 1673, CCyC) y el beneficiario (art. 1671, CCyC).

Como consecuencia del contrato se genera una *propiedad fiduciaria* (art. 1682, CCyC), que es el derecho patrimonial con los límites temporales que prevé el contrato, adquirido por el fiduciario en relación a determinados bienes, recibidos con una finalidad determinada. Los bienes fideicomitados *constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del*

fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario (art. 1685, CCyC). Se trata de un recurso técnico-jurídico para garantizar la mejor administración de ese patrimonio.

Pero a pesar de ello, este tipo de contrato no tiene la aptitud para constituir una persona jurídica, ni el derecho patrimonial que se separa da lugar a un nuevo ente, por lo tanto, no puede concursarse. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para solventar las deudas, *no da lugar a la declaración de su quiebra* (art. 1687, CCyC)¹¹² tampoco podría presentarse en concurso preventivo, dado que, ante la inviabilidad del proceso, se llegaría a la quiebra. El término “insuficiencia” utilizado por la norma no debe asimilarse al supuesto de “cesación de pagos” de la normativa concursal.¹¹³ Se trata pues de un concepto propio de la materia falencial, y por ende no aplicable al fideicomiso.

Se realizará a través de un proceso judicial (art. 1687, CCyC), a diferencia del sistema extrajudicial previsto por el art. 16 de la ley 24.441. El juez debe aplicar las normas vinculadas a la quiebra limitadas a la satisfacción de los créditos comprometidos. También resulta aplicable la jurisprudencia correspondiente.

No será necesario que se fije la cesación de pago ni la sentencia de quiebra. Son aplicables aquellas disposiciones sobre liquidación y distribución bienes, de acuerdo a la naturaleza de estos. Dentro de las normas aplicables se incluyen expresamente *las acciones por fraude y de ineficacia concursal* (art. 1686, CCyC), remitiéndose a los arts. 17 y 18 LCyQ.

¹¹² CNCom, E, 15-12-01, 70068823.

¹¹³ Herrera M., Caramelo G., Picasso S. (dirs.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, art. 1687, Tomo IV, pág. 395.

VI.- Perspectivas acerca del Consumidor

1.- Caracterización

El tema involucra temáticas relativas a lo psicológico (para quien se encuentra en esa situación), social (potencialmente puede afectar al grupo familiar), económico (si se generaliza se corre el riesgo de caer en el corte de la cadena de pagos) y jurídico (porque le corresponde tratar de lograr una solución).

El consumo a plazo surgió como fenómeno en Estados Unidos durante la década de los '20, generando el fortalecimiento de su economía, pero también su declive durante la crisis del 1929, ya que millones de personas dejaron de pagar sus cuotas.

La importancia del tema es tal que tiene rango constitucional en el art. 42 que preceptúa: *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.*

Se considera *consumidor sobreendeudado* a aquel cuyo patrimonio presente un desequilibrio significativo entre su activo ejecutable y las obligaciones por las cuales dicho activo debe responder. Comprende a las personas físicas que se participan en actos y contratos onerosos o gratuitos, de intercambio de bienes y servicios a largo plazo, destinados a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades personales o familiares.

El sobreendeudamiento se diferencia entre *activo* y *pasivo*. El primero se caracteriza porque la imposibilidad de afrontar regularmente las obligaciones ya contraídas es causada por el previo uso excesivo del crédito disponible. En tanto el segundo es causado por motivos, hechos o acontecimientos imprevisibles o que, previstos, no han podido evitarse.

2.- Situación actual

En el esquema de la ley vigente no hay claridad acerca de qué proceso sería el idóneo, tanto en el ámbito jurídico como de la realidad. El pequeño concurso o quiebra (arts. 288 y 289, LCyQ) es el que más se adecuaría a las exigencias de la situación.

La doctrina en general, discute tres posibilidades; aplicarles el proceso de quiebra. De este modo, se suspendería el pago a los acreedores y el deudor quedaría rehabilitado al año de la declaración de quiebra. La postura negatoria, sostiene que la Ley de Concursos y Quiebras no es la solución para este caso, y califican a estos pedidos de propia quiebra como *abuso del procesal concursal*. Y una tercera posición, que entiende que hay que analizar la conducta que tuvo el consumidor al momento de contraer las abultadas deudas, y a partir de la conclusión a que se llegue se podrá abrir el proceso falencial o rechazarlo.¹¹³

Para la posición que niegan la concursabilidad, la solicitud de quiebra de los consumidores con la sola presentación del recibo de sueldo (generalmente se trata de personas en relación de dependencia), y no habiendo denunciado la existencia de bienes no es suficiente para abrir el proceso. Lo que se buscaría es lograr la rehabilitación al año de la presentación liberándose de los descuentos sobre su salario, logrando lo que se denomina *fresh start* o en criollo “limpiar el recibo de sueldo”, lo cual consideran se trata de un abuso del derecho. Adicionalmente, se estaría ante un dispendio jurisdiccional, porque se abriría proceso sin bienes que desapoderar, quitándole todo sentido al proceso de quiebra, dado su carácter liquidatario.

Estos argumentos, si se atienden, terminan no siendo tales.

No puede sostenerse la idea de abuso de derecho, de lo contrario se estaría incurriendo

¹¹⁴ Ver en: Pascual S. (2020), *Consumidores sobreendeudados. flexibilización del proceso de quiebra*, p. I.

en una discriminación inadmisibles, toda vez que en la instancia de apertura no resulta posible afirmar la existencia de abuso.¹¹⁵ El consumidor se sobreendeuda no porque quiere, sino porque encuentra las facilidades para ello. En la mayoría de los casos, el deudor está actuando en estado de necesidad, que excluye cualquier idea de abuso.

Se sostiene, además, que este tipo de peticiones tiene como único objeto lograr la Rehabilitación, logrando que no pesen restricciones sobre su salario. Entonces estaríamos ante el fundamento del que se parte para sostener que se configura un abuso del derecho, entendiéndose que es un actuar disvalioso o inmoral. Pero si bien se mira, la inhabilitación no es más que un efecto previsto en ley concursal que se aplica en todos los casos (art. 234, LCyQ). Debería concluirse que en todos los casos que se presente en concurso cualquier deudor, estaríamos ante una situación abusiva.

La existencia de abuso podrá ser objeto de análisis e investigación en el marco de una posible causa penal, ya que la inhabilitación podrá extenderse o prorrogarse en caso que el deudor se vea incurso en delito penal (art. 236, LCQ).¹¹⁶ Pero no será ya dentro de un proceso concursal en que se debatirá la conducta del deudor.

La idea de que el fallido debe denunciar bienes no es un requisito de admisión de la petición. Para sostener esta idea, suponen que el proceso de quiebra es liquidatorio, lo cual es relativamente cierto. No siempre la quiebra culmina con el desapoderamiento y realización de los bienes, de lo contrario el avenimiento y pago total o la carta de pago no serían causales de extinción de la quiebra. La inexistencia de bienes realizables es un supuesto de conclusión del concurso (art. 232, LCyQ), pero no produce la inadmisión de su solicitud.

¹¹⁵ Morcecian, R. R. (2012). *Quiebra para todos. Con especial referencia a las personas físicas consumidoras*, p. III.

¹¹⁶ Morcecian, R. R., op. cit., p. IV.

Por último, referirse al dispendio jurisdiccional como impeditivo es extender al deudor un problema que le es ajeno, y del cual debe ocuparse la legislación.

La jurisprudencial pivotea alrededor de estas posiciones. En un primer acercamiento se ha sostenido que *“el uso funcional del derecho a quebrar por parte del consumidor que sólo cuenta con un recibo de sueldo, es decir que no posee activo liquidable, requiere de su parte arrimar elementos demostrativos de que su sobreendeudamiento no obedeció a un obrar desaprensivo e irresponsable, ya que el derecho no puede amparar este tipo de comportamiento, en perjuicio de los acreedores, premiándolo con la liberación de todos los compromisos asumidos”*.¹¹⁷

También que no corresponde abrir el pedido de propia quiebra, cuando el presentante reviste el carácter de jubilada, no estando en presencia de un deudor que lo ha llevado la fuerza mayor, sino que este es un estado voluntario, en tanto el deudor sea por su propia irresponsabilidad, por su falta de previsión, por desorganización de sus finanzas o por la compulsión en sus compras, ha provocado este desfasaje en su patrimonio.¹¹⁸

En una posición más benevolente se ha sostenido que el rechazo por abuso del derecho sólo puede emplearse en presencia de la plataforma fáctica extrema en que de la presentación del pedido y sus anexos surja que el accionar preferencial de la persona peticionante puede interpretarse conceptualmente como propio de un sobreendeudamiento activo. Además, la declaración de quiebra no requiere de la existencia de bienes a liquidar.¹¹⁹

Más recientemente se ha abierto el proceso dado el estado crítico y falencial denunciado por el presentante. Siendo jubilado y su pensión el único ingreso monetario familiar, no se trata

¹¹⁷ *“Lencinas Luisa s/Quiebra”*, CACivCom. y Lab. de Reconquista (21/10/2014).

¹¹⁸ *“Guzmán Alicia del Valle s/pedido de propia quiebra”*, CACivCom. de San Miguel de Tucumán, Sala VII (20/02/2015).

¹¹⁹ *“Urbano, Marcelo Alejandro s/ Solicitud de propia quiebra”*, C. de Ap CivCom. Santa Fe, Sala I, (21/10/2019). Cita: MJ-JU-M-123153-AR.

de un deudor común, sino de uno especialmente protegido en razón de su hipervulnerable situación, encontrándose esta tutelada por la Convención de Derechos de Adultos Mayores receptado por la ley 27.360.¹²⁰

En la dicotomía entre el derecho al acceso efectivo a la justicia y el abuso del derecho no puede menos que estarse a la postura permisiva de la concursabilidad, ya que se tiene varios elementos de peso para apoyarla.

3.- Soluciones planteadas

Se dice que la única solución es el dictado de una ley al respecto.¹²¹ En ese caso, termina siendo irrelevante si se trata de una ley especial o una reforma de la ley concursal, porque seguirá estando dentro del ámbito del Derecho concursal.

Pero mientras tanto y recurriendo a soluciones vigentes se han planteado diversas vías. Se podría solicitar la formación del concurso preventivo, que posibilita al deudor reordenar y reorganizar su pasivo¹²²; que el propio deudor, quien autorizó los débitos automáticos sobre sus cuentas de sueldo, podría entonces dar la orden para que tales descuentos cesen o al menos intentarlo; o solicitar la nulidad o corrección de los posibles abusos cometidos por entidades dadoras de crédito en los préstamos para consumo por aplicación de la Ley 25.065 de Defensa del Consumidor.

Quizás por una cuestión de afinidad, resulta de interés el modelo francés. En apretada síntesis la ley 89-1010 del 31 de diciembre de 1989, establece que debe tratarse de una persona humana de nacionalidad francesa domiciliada en Francia o extranjeros con acreedores locales.

¹²⁰ “G. R. V. s/pedido de quiebra promovido por deudor”, CCivCom. de Paraná, Sala III (16/09/2021), cita: MJ-JU-M-135350-AR.

¹²¹ Pascual S., op. cit., p. VII.

¹²² “Costarelli, Enrique Orlando s/propia quiebra”, Juz. Pr. Conc. y Reg. N° 3 de Mendoza (28/8/2006).

Los profesionales liberales están excluidos, aplicándoseles el proceso concursal general (excepto que haya cesado en su actividad). El elemento objetivo está determinado por el sobreendeudamiento, entendido como la situación de las personas humanas determinada por la imposibilidad manifiesta del deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y vencidas.

el procedimiento prevé 2 etapas: a) periodo conciliatorio, en la cual el propio deudor es quien solicita la intervención de una comisión especial encargada de analizar su situación. Allí se propone un plan de viabilidad a los acreedores; b) etapa judicial, donde se aplican las medidas pertinentes de saneamiento de la situación del deudor.

En nuestro país, debe destacarse un proyecto¹²³ que preveía la modificación del régimen de los pequeños concursos y quiebras, donde incluía a todo aquel que no se organizaba en forma de empresa. Tenía “presupuesto objetivo” era el sobreendeudamiento, la cesación de pagos y también “las dificultades económicas y financieras de carácter general”. Ese procedimiento especial tenía una instancia preventiva conciliatoria con intervención de un conciliador que debía promover un acuerdo o varios, y un subsiguiente y eventual procedimiento liquidatorio denominado “liquidación judicial sin quiebra”.

¹²³ Res. 1163/2015 MJDH integrada por los Dres. Héctor Osvaldo Chomer, Ariel Dasso, Francisco Junyent Bas y Daniel Vítolo.

Epílogo

Los romanos entendieron que debían suavizar las medidas sobre los deudores, por ello crearon toda la estructura jurídica que aún podemos vislumbrar hoy en día. El camino establecido entre el medioevo hacia la contemporaneidad está condicionado por la búsqueda del modelo subjetivo unificado e ideal. Ya en este tiempo esa idea luce desafiante y hace ver deslucido cualquier intento de concretarlo. Los obstáculos emergen de trasladar a la letra de la ley, ideas ajenas a la realidad y que solo existen en las mentes de los juristas.

Hablamos específicamente de la teoría de la “unidad del patrimonio”. De forma tal que, se crea un supuesto paralelismo, persona-patrimonio único-proceso único. A poco de andar nos encontramos con las necesarias *excepciones*, como el patrimonio del fallecido o el deudor extranjero, lo que supone que ese criterio resulta utópico.

El principio de la personalidad termina desdibujándose, porque lo que interesa es su contenido económico, y en varios casos no encontramos con supuestos de *patrimonios de afectación*, en donde la subjetividad del ente no es relevante o inexistente. Curiosamente la legislación prevé la aplicación análoga –digámoslo así- de la ley concursal, tal como sucede con los fideicomisos, como si quisieran expresar algo sin decirlo. Se trata, en definitiva, de una cuestión de conveniencia, para abarcar a todos los fenómenos económicos de la sociedad.

Lo que debemos considerar en el fondo, es que resulta imposible establecer un modelo universal para la cada uno de esos supuestos y que, eventualmente será necesario la atomización de los procesos concursales, manteniendo el principio de personalidad como presupuesto subjetivo y englobando en las excepciones a *todos* los patrimonios de afectación. Bajo la regla “donde hay patrimonio puede haber insolvencia”, se deberán establecer procesos distintos adecuados a las necesidades de cada ente: *empresas, patrimonios de afectación o consumidores*.

Bibliografía

- ALEGRIA Héctor (1975). *Algunas cuestiones de Derecho Concursal*. Ed. Abaco.
- ANCAJIMA DULOR Rosa, PICCIAFUOCO Natalia (2016). *El impacto del nuevo Código Unificado, en las comunidades Indígenas como persona jurídica. ¿Son sujetos concursables?. ¿Cómo se constituye su pasivo concursal?.* XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza).
- ARENAS Pablo E. (2015). *Concursabilidad del consorcio de propietarios a la luz del nuevo código unificado*. Cita: MJ-DOC-7246-AR.
- BARBERO María Inés, SABORIDO Jorge, BERENBLUM Rubén, LOPEZ NADAL Gonçal y OJEDA German (2007). *Historia Económica Mundial. Del Paleolítico A Internet*. Ed. Emecé.
- BARBIERI Pablo C. (2014). *Los sujetos concursables y la reforma del código civil y comercial*. Id Infojus: DACF140903.
- BELLUSCIO Augusto C. (2009). *Manual de Derecho de Familia*. Ed. Abeledo-Perrot.
- CAPORALETTI Julieta (2015). *La interpretación amplia y pro-animal del hábeas corpus interpuesto en beneficio de Sandra la Orangutana*. Cita: MJ-DOC-7265-AR.
- DE SANTO Víctor (2009). *Diccionario de Derecho Procesal*. Ed. Universidad.
- DI IORIO, Alfredo J. (1988). *Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales*. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones.
- DI PIETRO Alfredo y LAPIEZA ELLI Ángel Enrique (2001). *Manual de Derecho Romano*. Ed. Depalma.
- FASSI Santiago G. GERHARDT Marcelo (2005). *Concursos y Quiebras, Comentario Exegético de la Ley 24.522, Jurisprudencia Aplicable*. Ed. Astrea.
- FIGUEROLA Melchor E. (2017). *El consorcio de Propiedad Horizontal y la entidad que agrupa a los propietarios de unidades privativas del conjunto inmobiliario. Apuntes sobre su concursabilidad a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación*. Cita: MJ-DOC-10667-AR.
- GARCÍA MARTÍNEZ Roberto (1997). *Derecho Concursal*. Abeledo Perrot.

-
- GARCÍA MARTÍNEZ Roberto y FERNÁNDEZ MADRID Juan C. (1976). *Concursos y Quiebras*. Ed. Contabilidad Moderna.
- GELLI María A. (2006). *Constitución Nacional de la Nación Argentina*. Ed. La Ley.
- GERBAUDO Germán E. (2019). *El concurso del consumidor sobreendeudado en Francia*. Diario Comercial. Nro. 235.
- GRAZIABILE J. Darío (dir.) y otros (et al.). (2014). *Régimen Concursal, Ley 24522, Actualizada y Comentada*. Ed. Abeledo-Perrot.
- HEREDIA Pablo D. (2000). *Tratado Exegético de Derecho Comercial Ley 24.522 y Modificatorias Comentada, Anotada y Concordada*. Ed. Abaco.
- HERRERA Marisa, CAMELO Gustavo, PICASSO Sebastián (Dirs.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ed. Infojus.
- JUNYENT BAS Francisco A., JUNYENT Patricia, PERETTI María V. (2017). *El régimen patrimonial del matrimonio en el CCCN. Con especial referencia al concurso o quiebra de alguno de los cónyuges*. Estudios de Derecho Empresario. Vol. 11.
- JUNYENT BAS Francisco A., MOLINA Sandoval C. (2009). *Ley de Concursos y Quiebras Comentada*. Ed. Abeledo-Perrot.
- LORENZETTI Ricardo L. (dir.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- MAFFIA Osvaldo J. y MAFFIA María Ofelia B. de (1979). *Legislación Concursal, Introducción Histórica/Crítica*. Ed. Víctor P. de Zavalia.
- MORCECIAN Rubén R. (2012). *Quiebra para todos. Con especial referencia a las personas físicas consumidoras*. Cita: MJ-DOC-6151-AR.
- NISSEN Ricardo A. (2015). *Curso de Derecho Societario*. Ed. Hammurabi.
- PASCUAL Santiago (2020). *Consumidores sobreendeudados. Flexibilización del proceso de quiebra*. Cita: MJ-DOC-15463-AR.
- PÉREZ DEL VISO Adela (2017). *El nuevo concepto de animal como sujeto de derecho no humano. Segunda parte*. Cita: MJ-DOC-10649-AR.

RIVERA Julio Cesar, CASADIO MARTÍNEZ Claudio M., DI TULLIO José Antonio, GRAZIABILE Darío J. y RIBERA Carlos Enrique (2014). *Derecho Concursal*. Ed. La Ley.

RIVERA Julio Cesar, MEDINA Graciela (dirs.) (2016). *Derecho Civil Parte General*. Ed. Abeledo-Perrot.

SCOTTI Luciana B. (2017). *Manual de Derecho internacional Privado*. Ed. La Ley.

VÁZQUEZ Humberto (1998). *Diccionario De Derecho Romano, Palabras, Locuciones y Aforismos Latinos*. Ed. Zavalia.

VÁSQUEZ Rafael D. (2009). *Régimen especial de administración de entidades deportivas con dificultades económicas*. Cita: MJ-DOC-4381-AR.

WALKER Maria C. (2020). *La empresa en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época (13), 7-16. <https://doi.org/10.14409/ne.v0i13.9890>.

ZAFFARONI Eugenio R. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Ed. Ediar.