



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FCE
FACULTAD DE
CIENCIAS ECONÓMICAS

PEQUEÑOS CONCURSOS Y QUIEBRAS ABUSO DEL DERECHO

Trabajo de Investigación

POR

María Carolina García
Paula Andrea Terrera

DIRECTOR:

Prof. Félix Osvaldo Raúl Aruani

M e n d o z a - 2 0 1 2

Índice

Introducción	1
<hr/>	
Capítulo I	
Normativa comparada	4
<hr/>	
A. EL CONSUMO Y EL VACÍO NORMATIVO	4
B. LA TUTELA DEL CONSUMIDOR	5
C. LOS DIFERENTES SISTEMAS INTERNACIONALES DE TUTELA	7
1. El estatuto del consumidor: una conciliación extrajudicial	8
2. La mediación en el ámbito judicial	10
Capítulo II	
Consideraciones frente al hecho	17
<hr/>	
A. EL PLANTEO MORAL COMO RESPUESTA INSUFICIENTE	17
1. La prevención de los créditos "predatorios"	18
2. La conciliación de los intereses	18
B. UNA PROBLEMÁTICA SINGULAR	19
1. Los artilugios legales: La denominada "viveza criolla"	19
2. El debate sobre el eventual abuso del derecho	21
a) La viabilidad del rechazo	21
b) La denegatoria como abuso de poder	22
C. LA PROBLEMÁTICA DEL ASALARIADO: LA PÉRDIDA DE LA FUENTE DE TRABAJO	23
1. Consideración preliminar	23
2. La clausura por falta de activo: la llamada presunción de fraude	26
3. La comunicación a la justicia penal	27
Capítulo III	
Casos de abuso. Efectos, constatación	29
<hr/>	
A. CONFIGURACIÓN DE LOS PEDIDOS DE QUIEBRA ABUSIVOS	29
1. Una problemática frecuente: La desnaturalización de la solución concursal liquidativa	29

2. Los factores que contribuyen a crear la "atmósfera" del abuso	29
a) Los títulos ejecutivos. Su virtualidad en los pedidos de quiebra	30
b) La facultad de desistir del acreedor peticionante	32
c) Naturaleza y función de la etapa prefalencial	34
d) La cuestión sustancial subyacente: el estado de cesación de pagos	35
e) Pedido de quiebra voluntaria	38
3. Abuso en los casos en los que el deudor solicita su propio concursamiento	40
B. CARGA DE LA PRUEBA Y MODO DE INVOCAR EL ABUSO DEL DERECHO	42
C. EFECTOS DEL ABUSO: SU CONSTATACIÓN EN LA REALIDAD JUDICIAL	43

Conclusión y propuestas **46**

Bibliografía **54**

Introducción

A partir del dictado en el año 1983 de la ley 22.917, se eliminó toda diferencia entre los concursos civiles y comerciales, al considerarse como posibles sujetos pasivos de la quiebra y del concurso preventivo las personas de existencia visible y de existencia ideal de carácter privado, con prescindencia de que fueran o no comerciantes.

El derecho concursal reglamenta así una situación de emergencia o de crisis, en virtud de la cual las reglas de juego normales que disciplinan las relaciones jurídicas creditorias entre el deudor y sus acreedores resultan sustancialmente modificadas.¹ A título meramente ejemplificativo, se advierte como el principio de derecho común según el cual *prior in tempore potior in iure*, viene desplazado por el de la *par conditio creditorum* (equivalente a la igualdad de tratamiento de los acreedores quirografarios); también las pautas generales sobre competencia judicial se alteran por la operatividad del fuero de atracción concursal. Ambas particularidades derivan, a su vez, del principio de universalidad (concebido tanto objetiva como subjetivamente) que representa el rasgo tipificante del derecho concursal.²

En efecto, el derecho concursal es una rama del derecho patrimonial que ha sido concebida para resolver los problemas que derivan de las situaciones de insolvencia y/o de crisis empresarial. Para superar dichas dificultades, la ley concursal otorga a los involucrados en las mencionadas situaciones, diversas

¹ Sobre la situación jurídica en la que queda emplazado el deudor cuya quiebra ha sido decretada ARAYA, C., **Quiebras. Concepto. Naturaleza. Cesación de pagos**, en *Revista del Notariado*, n° 275 (Rosario, 1980), pág. 6, quien asevera que la declaración de falencia "[...] constituye al deudor en una situación jurídica determinada, le genera efectos personales y patrimoniales de enorme trascendencia, los cuales incluso afectan a sus obligaciones y a sus acreedores".

² TONON, A., **Derecho Concursal. Instituciones Generales**, t. I, Depalma (Buenos Aires, 1992), pág. 26: "Dentro de esa concepción el concurso sería doblemente universal: desde un punto de vista objetivo, porque afecta todo el patrimonio del deudor, y desde un punto de vista subjetivo porque se desarrolla en beneficio de todos sus acreedores". En sentido concordante, sobre la universalidad "objetiva" ver RIVERA, J. C., **Instituciones de Derecho Concursal**, t. I, Rubinzal Culzoni (Santa Fe, 1996), pág. 12.

herramientas para que intenten recomponer la crisis patrimonial o bien menguar los efectos derivados de la misma con una rápida liquidación.

El denominado pequeño concurso regulado en la ley 24.522 no es un verdadero proceso autónomo que facilita el trámite de la solución concursal.

La ley concursal debe prever distintas posibilidades procedimentales dentro de las que podrá encauzarse la crisis del sujeto, en función de la magnitud de éste (medido conforme su propia condición, la magnitud de la deuda, la cantidad de acreedores), por lo que se propone un procedimiento especial que brinde una respuesta apropiada al problema del sobreendeudamiento del consumidor, que en su gran mayoría son empleados públicos, todo ello con el fin de evitar el fraude y el abuso del derecho, que se produce actualmente. Dicha problemática será expuesta en este trabajo procurando brindar una respuesta jurisdiccional que restrinja la aplicación abusiva de los procesos concursales, que desnaturalizan los institutos previstos por la ley.

En este trabajo abordaremos la frecuente problemática del derecho concursal ocasionada por la inadecuación del tratamiento respecto del pequeño concurso y su consecuencia: la desnaturalización de las soluciones que el mismo predica, cual es el caso de los pedidos de concursos y quiebra abusivos; para proponer una solución jurisprudencial abarcativa de este segmento social.

Cabe agregar que son varias las hipótesis de abuso del derecho en materia concursal. Se han señalado las siguientes tipologías de desvío de las estructuras procedimentales concursales:³

- a) Abuso del procedimiento en caso de pedido de quiebra necesaria.
- b) Abuso del procedimiento en el caso de quiebra voluntaria.

³ ARGENTINA, **Ley de Concursos y Quiebras. Ley 24.522/95**, arts. 21 inc. 2 y 132). Para un amplio desarrollo de cada uno de estos supuestos Ver ponencias presentadas en la Comisión 1: **Moralización de los procesos concursales**, en *IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia* (Rosario, 2006).

- c) Abuso del procedimiento en el caso del deudor que solicita su propio concursamiento.
- d) Abuso del proceso en los pedidos de conversión de quiebra en concurso preventivo.

Los últimos tres casos son protagonizados por deudores que buscan paralizar subastas inminentes, a tenor del efecto que produce tanto el concurso preventivo como la quiebra de suspender los "actos de ejecución forzada"

Capítulo I

NORMATIVA COMPARADA

A. El consumo y el vacío normativo

En las últimas décadas, como parte integrante del proceso de globalización, hemos presenciado uno de los fenómenos que han afectado las distintas clases sociales sin distinción: el consumo.

Así, se crean necesidades, se otorgan múltiples y cada vez más sencillos medios de pago en base a ingresos futuros.

El hábito de recurrir al crédito se ha instalado en la sociedad de consumo de una manera patente y éste se ha convertido en un producto más de adquisición.

De tal forma, el uso del crédito por parte de particulares para acceder a bienes y servicios seduce y convoca a las economías familiares, resignando ahorro y afectando los ingresos normales del hombre común.

En realidad, el sistema capitalista fomenta el consumo sin reparar en cuál sea la capacidad de pago de la persona concreta y es aquí donde se plantea un fenómeno de notable ambivalencia.

Ahora bien, cuando la persona advierte su nivel de endeudamiento, que sobrepasa su capacidad económica, deviene la situación de crisis y la necesidad de reestructurar sus deudas.

En efecto, más allá de la distinción que efectúan los arts. 288 y 289 de la ley de Concursos (L.C.) con relación a los denominados "pequeños concursos", la realidad es que se trata de un intento frustrado de simplificación del proceso

único y, desde ninguna perspectiva, se contempla la situación de la persona física consumidora.

En efecto, en el actual sistema legal, el fallido queda desapoderado de sus bienes hasta su rehabilitación, pero ésta se produce automáticamente al año y permite la "liberación" de las deudas anteriores con el nuevo patrimonio que adquiera.

Desde esta perspectiva, se cuestiona el derecho a petitionar la propia quiebra cuando el consumidor carece de patrimonio y se advierte que el objetivo final del proceso es obtener el levantamiento de los embargos del sueldo y, por último, limpiar el pasivo mediante la rehabilitación que procede al año de su declaración, de conformidad al art. 236 de la L.C.

B. La tutela del consumidor

En materia de insolvencia de los consumidores, Alegría⁴ explica puntualizando la complejidad de la problemática en la sociedad actual y también ha enunciado el fenómeno de los genéricamente llamados "pequeños concursos" que mueven al estudio para considerar si quedan fuera del derecho de la insolvencia, o bien si merecen tratamiento especial, pues –el autor– analiza una cantidad de factores que, vincula con las vicisitudes propias de la vida personal.

En este sentido, en el derecho comparado se advierte también la inadecuación de los procedimientos frente a la situación de "sobreendeudamiento del consumidor", aspectos analizados en el ámbito de la Unión Europea, como así también de INSOL Internacional.⁵

⁴ Alegría, Héctor, Los llamados "pequeños concursos". Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos, LA LEY 2005-E, 1353.

⁵ En reciente estudio de INSOL INTERNATIONAL (International Federation of Insolvency Professionals) dice: "Resolver los problemas de deuda de los consumidores puede ser muy complejo. Desafortunadamente, esos problemas son frecuentemente causados por o en relación con factores socio-psicológicos, como divorcios, jubilación, pérdida de empleo, adicciones, incapacidades, etc. Esas situaciones interfieren en la calidad de vida y en muchos aspectos pueden acarrear serias consecuencias para el deudor y para su familia y su proyecto de vida (way of life). El concluye

Dicho diagnóstico ha llevado a la necesidad de promover una legislación específica relativa a la liquidación colectiva de deudas para ofrecer un trato social, jurídico y económico a los consumidores con endeudamiento excesivo y, en este sentido, INSOL ha elaborado un documento con una serie de principios y recomendaciones en donde se destaca la necesidad de proveer nuevas vías alternativas, de acuerdo a las circunstancias del deudor consumidor, que revisen el acceso al crédito y la forma en que se prevé la información y el método de cobro, como así también, el respectivo plan de cancelación y liberación.

De tal modo, como expresa Truffat⁶, la concursabilidad, ha entrado en crisis —en lo atinente al tratamiento de los pequeños deudores— al concurrir con la temática de la tutela del consumidor, sin un procedimiento especial. La inmensa mayoría de los concursos mínimos lo son de pequeños consumidores individuales, y el problema no queda únicamente en la saturación de trabajo para los Tribunales (¡cuestión importante si las hay!) sino en la insuficiencia del sistema para responder al desafío que propone el tutelar a quienes han caído víctimas de una propensión al consumo desmesurada, hija de una estética que ha venido a desplazar la vieja y querible ética del trabajo.

El autor citado se pregunta, como en el título de su trabajo, ¿víctimas o culpables? Un poco de ambas cosas. Por un lado una maquinaria publicitaria

aislado socialmente o retraído sobre sí mismo". Ese mismo informe resume estas causas, en consonancia con lo que ha analizado una parte importante de doctrina: así, por ejemplo, indica las deudas de sobrevivencia que son las mínimas para el mantenimiento de la vida del deudor, como alquiler, alimentación, educación, servicios del hogar -electricidad, agua, etc.- vestido; y el sobreconsumo, deudas causadas porque el presupuesto del deudor se recarga con un estilo de vida extravagante con base en recursos de préstamo, típicamente cuando el deudor toma un nuevo préstamo porque no alcanza a pagar el anterior y puede reconocerse la causa en un manejo inadecuado o desconocimiento de las consecuencias financieras de los actos; deudas compensatorias (compensation debts) derivadas de las consecuencias del sobreendeudamiento respecto de la exclusión social o el deseo de mantener un estilo de vida, originando conductas que perjudican la salud, deudas de juego, alcoholismo o enfermedad mental; situaciones de relación y vida familiar, como gastos originados en el matrimonio, divorcio, nacimientos, la muerte de familiares o mayores gastos resultantes de responsabilidades, incluso las incurridas por el cónyuge; infortunios (accommodation debts), originadas por pérdida de empleo o de ingresos (incapacidades) o enfermedades; y deudas fraudulentas. En otros estudios se analizan también algunos aspectos patológicos, como la llamada adicción al consumo o el consumo irreflexivo y otras situaciones, que cobrarán importancia cuando se sugiera una legislación, desde que muchas califican la buena fe del deudor según algunos de estos parámetros y, de acuerdo con ellos les conceden o les deniegan ciertos beneficios o el acceso a determinadas soluciones.

⁶ TRUFFAT, Daniel E., **Algunas ideas sobre los concursos de los consumidores y otros pequeños**

arrolladora que confunde el "ser" con el "tener" (si no tenés: no existís!) y que lleva a comprar más y más. Mucho más lejos que las posibilidades reales, enmascarado tras la fantasía de que los pagos en cuotas, o las bonificaciones especiales, o los premios adosados, conseguirán el milagro de acceder a aquello que objetivamente se revelaba como inalcanzable.

Tal como explica Anchával⁷, en la actualidad las propagandas de créditos fáciles y sin análisis previo están al orden del día. El autor explica que se busca y se escoge el mercado al cual prestar. Jubilados, agentes de seguridad, empleados públicos, todas personas que comprometen sus sueldos a futuro ante una sociedad de consumo, que gráficamente Truffat⁸ ha explicado que exhiben sus lujosos bienes para que pongan "la ñata contra el vidrio" del consumo.

C. Los diferentes sistemas internacionales de tutela

En el derecho comparado existen sistemas que exigen que se cumplimenten determinados recaudos o imponen severas responsabilidades sobre los deudores o acreedores solicitantes de la quiebra. La preocupación internacional se advierte sobre esta problemática en la sociedad actual, frente a la inadecuación de los procedimientos para el tratamiento del "sobreendeudamiento del consumidor" y se abre paso a distintos procedimientos que tienden al saneamiento del pasivo de este tipo de deudores, adoptando medidas que intentan garantizar la seriedad y razonabilidad de estos pedidos, que tienen por objeto lograr el amparo de la normativa concursal. De esta manera, procuran el desarrollo de mecanismos idóneos para prevenir la consumación o agravamiento de los daños derivados del uso antifuncional de los instrumentos concursales. Es por ello que enfocamos distintos sistemas internacionales que ponen de relieve que el

deudores, en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, N° 260, (Buenos Aires, Julio 2009).

⁷ ANCHAVAL, Hugo, **El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión social**, en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar (Buenos Aires, Agosto 2009), pág. 808.

sobreendeudamiento del consumidor tiene notables diferencias con el del empresario o el comerciante, pues este deudor se encuentra en la situación de insolvencia, no por producto de su actividad, sino que sus deudas tienen origen en el consumo.

1. El estatuto del consumidor: una conciliación extrajudicial

La primera distinción de magnitud que se advierte en el derecho comparado conlleva a definir si la tutela debe darse en el estatuto del consumidor, como lo hace Francia, o como un procedimiento de insolvencia específico, como lo incorpora Alemania y EE.UU.

En Francia, encontramos la regulación sobre "sobreendeudamiento de los consumidores" (*surendettement des particuliers*).⁹ Dicho cuerpo normativo prevé un procedimiento especial para los deudores consumidores, en el que actúan las "comisiones de sobreendeudamiento".

Este mecanismo diseñado para superar el sobreendeudamiento, sancionado en el año 1989 y modificado en los años 1995, 1998 y 2003, es una figura típica en la legislación francesa, en tanto introduce un específico sistema de cooperación entre la autoridad administrativa, representada por la Comisión de Sobreendeudamiento, que ostenta un marcado papel conciliador, y la autoridad judicial, que puede ordenar el cumplimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por la Comisión, y/o iniciar el procedimiento de recuperación personal que queda a su cargo.

La ley 2003-710 de fecha 1º de agosto de 2003 (llamada ley Borloo), introdujo modificaciones al Libro III, Capítulo III de ese cuerpo normativo, reforzando el rol de las Comisiones de Sobreendeudamiento en lo referente a la necesidad de buscar soluciones extrajudiciales a los conflictos derivados del incumplimiento de las deudas relativas a los consumidores y la necesidad de

⁸ TRUFFAT, Daniel, *¿Decoctor, ergo fraudator?*, en *Lexis Nexis*, n° 7 (Córdoba, julio 2007), pág. 565.

⁹ Legislación francesa citada por ALEGRÍA, Héctor, *Los llamados pequeños concursos. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos* (La Ley, 2005), pág. 1353.

contar con procedimientos que se adapten mejor a la situación de los consumidores con serias dificultades financieras.

Para aquellos casos en los que no se hubiere podido arribar a un acuerdo en forma extrajudicial con mediación ante la Comisión, la nueva ley, también llamada "ley de una segunda oportunidad", prevé un "procedimiento de recuperación personal", basado en el procedimiento "concursal" previsto en la legislación francesa, previendo la posibilidad de diferimiento de las deudas impositivas, y cuyo control queda a cargo de los jueces.

Sólo pueden acceder al procedimiento especial ante una Comisión de Sobreendeudamiento, los deudores que cumplan los siguientes requisitos:

1. Sean manifiestamente incapaces de hacer frente a las deudas contraídas, conforme la definición de "sobreendeudamiento" prevista en el Artículo 330-1 del Código del Consumo Francés.
2. Se trate de deudas no profesionales (es decir, no "comerciales").
3. Ser de buena fe.

De tal modo, se advierte una primera etapa extrajudicial con mediación ante la Comisión, como así también, la posibilidad de un plan de recuperación judicial, previendo la posibilidad de diferimiento de las deudas impositivas.

En la primera alternativa, la Comisión invita a las partes a negociar un plan de pagos y, en caso de obtenerse un acuerdo, la Comisión propondrá medidas de reestructuración del pasivo.

En algún caso, luego del plan de pagos, con reducción de intereses y de deudas impositivas, la Comisión puede recomendar la exoneración del pasivo, con excepción de aquéllas que tengan carácter alimentario.

Va de suyo que para obtener la posibilidad de la reestructuración, cuya viabilidad queda en último término a evaluación del juez, la legislación francesa requiere que se trate de deudas no profesionales y que el deudor sea de buena fe.

2. La mediación en el ámbito judicial

Desde otro costado, observando el sistema estadounidense contenido en la legislación de quiebras (Bankruptcy Code U.S.A.), encontramos los capítulos 12 y 13, denominados "Ajuste por deudas de establecimientos familiares dedicados a la agricultura y la pesca, con ingresos anuales regulares" (Adjustment of debts of a family farmer or fisherman with annual regular income) y "Ajuste de deudas de una persona física con ingresos regulares" (Adjustment of debts of an individual debtor who has a regular source of income) respectivamente, que contemplan dos procedimientos concursales con características similares, aplicables exclusivamente a dos tipos de deudores en crisis: por un lado, a las pequeñas explotaciones agropecuarias y pesqueras y, por el otro, a los deudores personas físicas.

Los procedimientos en comentario tienen por objeto ofrecer al deudor una vía para pagar sus deudas en forma ordenada, sin llegar a considerarlas extinguidas bajo el capítulo 7 de la legislación de quiebras americana (que habilita el "discharge" una vez realizados los bienes del activo).

En efecto, aún existiendo para el deudor la posibilidad de optar por el trámite instituido por el Capítulo 7 de dicho cuerpo legal, titulado "Liquidación" ("Liquidation"), la tramitación por la vía de los Capítulos 12 y 13, es idónea para aquél cuya voluntad sea pagar sus deudas, pero que necesite un diferimiento temporal para llevarlo a cabo. De esta forma, mediante la presentación de un plan de pagos que deberá ser confirmado por juez, el deudor puede lograr contar con un plazo de hasta 3 años -pudiendo el juez extenderlo con causa justificada hasta 5 años- para el pago de las deudas incumplidas, siempre y cuando se encuentre en condiciones de atender aquéllas cuyo vencimiento no se hubiere operado hasta el momento habilita un "nuevo comienzo" o "fresh start" mediante un proceso especial formulado por el deudor con sustento en un plan de pagos.

En el esquema legal aludido, se permite que el deudor concurra al juez de la quiebra a pedir una orden judicial de redención o espera, y ésta opera la

suspensión de las acciones judiciales, habilitando a la persona a presentar un plan de pagos en un término de 90 días.

El régimen se estructuraba, fundamentalmente, sobre las alternativas regladas en los capítulos 12 y 13 de la ley de bancarrotas, y el juez a cargo del proceso convocaba a los acreedores a una audiencia para lograr la confirmación de dicho plan.

Este sistema fue modificado en el año 2005, requiriéndose que todo sometimiento a proceso concursal debía acompañarse de una certificación de que el deudor había asistido a un curso de asesoramiento financiero y, de lo contrario, se habilitaba al juez para declarar la quiebra bajo el procedimiento del capítulo 7.

Ahora bien, la última reforma de la ley de quiebras estadounidense del año 2005¹⁰, que intentó equilibrar los abusos de la descarga de deudas por parte de los consumidores, ha recibido una severa crítica por parte de la doctrina.

La reforma, que pretendió actuar sobre el abuso del sistema, funcionó en los hechos, no como un colador, sino más bien como una barricada, para el bloqueo de cientos de miles de familias que luchaban para salir de esta circunstancia, retrasando las presentaciones en forma indiscriminada, sin

¹⁰ Con fecha 20 de abril de 2005 el Presidente Bush firmó una importante reforma a la Ley de Quiebras estadounidense, cuyas disposiciones entraron en vigencia, en su mayoría, a partir del 17 de octubre del mencionado año. Bajo el título de "Bankruptcy abuse prevention and consumer protection Act of 2005", la nueva ley busca proveer un equilibrio más adecuado entre los derechos de los deudores y los acreedores, controlando el abuso de aquellos deudores que, al amparo de la legislación concursal, pretenden eludir el cumplimiento de sus obligaciones. Tanto en el mensaje de elevación de la ley cuanto en los debates parlamentarios, se puso de relieve que los deudores preferían masivamente volcarse por la solución del Capítulo 7, porque él contenía el llamado discharge que les permitía la rápida liberación de la deuda impaga. Como consecuencia de esta circunstancia muchos deudores que podían ser alcanzados por los Capítulos 12 y 13 (que importa la afectación de parte de los ingresos al pago de las deudas durante un plazo de hasta cinco años), recurrían al Capítulo 7, lo que motivaba que la tasa de pago efectivo de créditos fuera muy reducido. La legislación apunta a que el individuo con altos ingresos que busca someterse a un procedimiento concursal, lo haga mediante un plan de pagos (Capítulo 13) que esté basado en su capacidad de repago, pero que no tenga la opción de liquidación mediante el Capítulo 7. En las radicaciones bajo este Capítulo, el deudor termina, generalmente, eximido del pago de una gran cantidad de deudas, debido a las exenciones permitidas por la ley.

importar sus circunstancias individuales, tal como lo explica detenidamente Anchával.¹¹

También la legislación concursal alemana contempla un procedimiento de solicitud de liberación del resto de la deuda para cualquier persona física que se encuentre ante una incapacidad de pago por deudas del consumo. Bajo el título IX de la ley alemana de insolvencia (Insolvenzordnung), intitulado "Procedimiento de insolvencia del consumidor y pequeños procedimientos equiparables", (confr. Sec. 304, párr. I), se regula un procedimiento simplificado, previsto para deudores personas físicas que no desarrollan actividad económica autónoma o la misma no es significativa.

Son presupuestos para la apertura del procedimiento de insolvencia del consumidor:

- ELEMENTO SUBJETIVO. De acuerdo a la Sección 304, párrafo I, actualmente, luego de la modificación introducida el 1° de enero del año 2002, el procedimiento de insolvencia del consumidor se aplica a los deudores personas físicas que no desarrollan o hubieren desarrollado actividad económica autónoma, y a las que, aún habiendo desarrollado actividad empresarial, presenten una situación financiera de poca envergadura (confr. párrafo II, Secc. 304) y no existan deudas derivadas de relaciones laborales.
- ELEMENTO OBJETIVO. Sólo previsto para los deudores que en algún momento hubieren desarrollado actividad económica autónoma, se define una situación financiera de poca envergadura como aquélla que presenta menos de 20 acreedores al momento de solicitar la apertura del procedimiento (confr. Párrafo II, Secc. 304).

Por otra parte, el párrafo 1. I. de la Sección 305 exige que el deudor acredite que, dentro de los seis meses previos a la presentación de la solicitud, procuró llegar a un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, sin resultado positivo.

¹¹ ANCHAVAL, Hugo, **El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión social**, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar (Agosto 2009), pág. 808 y sig.

La solicitud del deudor de apertura del procedimiento bajo el trámite de insolvencia del consumidor, debe incluir, en su caso, la solicitud de liberación de la deuda residual y de saneamiento judicial de los bienes, para lo cual acompañará un plan de pagos mínimamente razonable, en el cual no se exige incluir a todos los acreedores ni sus créditos. Aprobado el plan por los acreedores, y confirmado por el tribunal, tiene eficacia de una transacción judicial y constituye título de ejecución forzosa. Es de destacar que el juez puede, a pedido de un acreedor o del deudor, sustituir la voluntad de los acreedores disconformes -salvo la de los acreedores privilegiados-, cuando más de la mitad de los acreedores que representen más de la mitad del monto total de los créditos incluidos por el deudor en el plan presentado, hayan dado su conformidad, salvo en caso de abuso de derecho. De no aprobarse el plan, el juez debe decidir sobre la apertura del procedimiento de insolvencia con un trámite simplificado.

Entre los efectos más notorios del plan de pagos aprobado, pueden destacarse los siguientes:

- a) Produce la novación de los créditos incluidos en el plan, resultando exigibles sólo en la medida y en las condiciones previstas en el plan.
- b) El plan es susceptible de ejecución forzosa a pedido de los acreedores afectados por el mismo.
- c) No quedan sometidos al plan, aquellos créditos que no fueron incluidos en el mismo. La misma pauta se aplica para el acreedor que es titular de varios créditos contra el deudor y sólo alguno o algunos fueron tenidos en cuenta en el plan.
- d) El crédito afectado por el plan, que originariamente era superior a lo establecido por el deudor, resulta inexigible por el exceso, en tanto no haya habido oposición por parte del acreedor.

La regulación europea citada establece que el deudor debe ceder la parte embargable de sus ingresos a un fiduciario para que éste vaya pagando a

los acreedores y, una vez superado el plazo de 7 años, si el deudor ha observado buena conducta, el tribunal puede dictar la liberación de las deudas restantes.

Nos interesa destacar otras legislaciones recientes.

En España, con fecha 9 de julio de 2003 se sancionó la Ley de 22/2003 denominada "Ley Concursal", que había sido precedida por una gran cantidad de estudios y proyectos, largamente esperada por la doctrina y por el conjunto de la sociedad española. A esta ley se le reconoce el mérito de haber logrado la unificación de los diversos procedimientos existentes durante la vigencia de la ley anterior, como así también la flexibilización en su desarrollo, permitiendo una mejor adaptación a las particulares circunstancias del concurso.

A ese efecto, junto al que puede denominarse "proceso concursal ordinario", la nueva ley española regula en el Título VIII, arts. 190 y 191, el "procedimiento abreviado", consistente en un conjunto de medidas que, sin desdoblarse el único procedimiento concursal legalmente previsto, tiende a agilizar la sustanciación y tramitación cuando el volumen del pasivo no es de gran valor.

La aplicación del "procedimiento abreviado" está supeditada a la configuración de dos requisitos que deben concurrir acumulativamente en el acto de declaración de concurso, esto es: ser persona natural, o jurídica autorizada por la legislación mercantil a presentar balance abreviado, y que la estimación inicial del pasivo no supere el millón de euros. Sin embargo, aún constatada la existencia de los mismos, sería facultativo para el juez concursal dar curso al trámite bajo esta modalidad según lo considere oportuno o conveniente.¹²

¹² En cuanto al deudor civil, persona física o jurídica, para el cual no es obligatorio proceso contable alguno, podría optar voluntariamente por racionalizar contablemente su actividad por vía de modelos abreviados, y así, dentro de una interpretación integradora, sería viable su sometimiento a un procedimiento concursal abreviado. La remisión, por tanto, al balance abreviado sirve, de un lado, para fijar el criterio subjetivo de aplicación del procedimiento, pues no cualquier deudor, sino sólo el autorizado a formular balance abreviado, puede quedar sometido al procedimiento, pues en la reforma española la tramitación abreviada del concurso se construye, en principio, en torno a quienes desarrollen dicha actividad y estén autorizados a formular balance abreviado".

En Brasil, la ley 11.101 del 9 de febrero de 2005¹³ contiene una sección dentro del cap. III (Da recuperação judicial) que lleva por nombre "Do plano de recuperação judicial para micro empresas e para empresas de pequeno porte" (sección 5, arts. 70 a 72). Como novedad sustancial dispone que las micro empresas y las empresas de pequeño porte tendrán derecho a un plan especial de recuperación judicial, que ya viene especialmente diseñado por la ley. Este plan debe referirse exclusivamente a créditos quirografarios; con tener un plazo de gracia de hasta 180 días y 36 pagos mensuales iguales y sucesivos, corregidos monetariamente y con un 12% de interés anual. El deudor deberá requerir autorización judicial para aumentar las erogaciones o contratar empleados. Este plan es homologado por el juez directamente cuando están dadas las condiciones legales y no requiere de la aprobación de los acreedores. Sin embargo, si más del 50% de los créditos quirografarios (salvo ciertas excepciones previstas en la ley) se oponen al plan, el juez no podrá homologarlo y decretará la quiebra.

Consideramos que nuestra legislación debería encaminarse hacia la legislación concursal alemana, ya que la misma si bien posee características similares al nuestro (tales como el requisito de la existencia de un elemento subjetivo y un elemento objetivo, el deber del deudor de acreditar que dentro de los seis meses previos a la presentación de la solicitud, procuró llegar a un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, sin resultado positivo), hace hincapié en la buena fe del deudor que solicita la apertura del procedimiento y también permite diferenciar las circunstancias de este tipo de concurso en relación a los grandes concursos, no pretendiendo aplicar el mismo régimen ante distintas condiciones.

De acuerdo con la legislación alemana la solicitud del deudor de apertura del procedimiento bajo el trámite de insolvencia del consumidor, debe incluir, en su caso, la solicitud de liberación de la deuda residual y de saneamiento judicial de los bienes, para lo cual acompañará un plan de pagos razonable,

¹³ **Regula la recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresaria**, citado por ALEGRIA, Héctor, *op. cit.*, pág. 1353.

que debe ser aprobado por los acreedores, y confirmado por el tribunal, y luego de confirmado tiene eficacia de una transacción judicial y constituye título de ejecución forzosa. Asimismo, el juez puede, a pedido de un acreedor o del deudor, sustituir la voluntad de los acreedores disconformes -salvo la de los acreedores privilegiados- y de no aprobarse el plan, el juez debe decidir sobre la apertura del procedimiento de insolvencia con un trámite simplificado.

Tal como se advierte, ninguna de estas alternativas del derecho comparado tienen correlato alguno en nuestra legislación concursal. Pero si cabe puntualizar algo de este estudio del derecho comparado, y es la advertencia que el mundo civilizado se ha preocupado durante los últimos años en garantizar la rehabilitación de los deudores, con la siguiente liberación de las deudas.

Así, se admite que la situación de sobreendeudamiento no es una mera cuestión de los particulares, sino que trasciende la esfera privada para ingresar al ámbito del orden público económico que encaja en las políticas de bienestar general.

Dicho derechamente, resulta fundamental una legislación específica que contemple el sobreendeudamiento del consumidor, pero, hasta tanto, no se puede seguir aplicando el mismo procedimiento que no distingue entre comerciantes y consumidores, por lo que resulta necesario reformular el sistema y reflexionar sobre una aplicación más eficaz para estos casos, tratando de asegurar el crédito, evitar el sobreendeudamiento y sus consecuencias negativas, lograr la rehabilitación de personas sin proclamar el "abuso del derecho", extremos que habilitan la aplicación del art. 1071 del C. Civil.

Capítulo II

CONSIDERACIONES FRENTE AL HECHO

A. El planteo moral como respuesta insuficiente

El problema no sólo no es patrimonio argentino, sino que las causas históricas del endeudamiento del consumidor son muchas y se explican en la modificación de las reglas de acceso al crédito, que aparejó una expansión del mismo en el entramado social, y la circunstancia de que éstos no pudieran ser devueltos, máxime tratándose de deudas para el consumo asumidas por personas físicas con ingresos fijos y en economías en crisis.

El abuso de la quiebra o el aumento de las tasas de presentación en concurso no responden mayoritariamente a conductas reprochables, sino que se encuentran fuertemente ligadas a cuestiones estructurales macroeconómicas.

Para evitar el sobreendeudamiento del consumidor, tanto en el derecho comparado como en nuestro país, se advierten dos niveles de respuesta absolutamente imprescindibles que cabe ponderar brevemente. De este modo el problema desde el punto de vista de la moral no aporta para la solución puesto que la supuesta mala fe que se endilga a estos quebrados rara vez puede ser determinada a priori y el problema involucra tanto la conducta de los deudores como la de los acreedores y en la búsqueda de razones reales para el problema, la mala administración personal deja de ser una causa para transformarse en un efecto.

1. La prevención de los créditos "predatorios"

En esta línea, cabe desarticular lo que se ha denominado "la industria del crédito" atento a que puede distinguirse entre el crédito "prime", común, corriente; el crédito "subprime" de alta tasa, lícito, dirigido a un mercado diferente; y el "crédito predatorio" que produce un grave daño y que persigue simplemente el consumo a determinados bienes sin preocuparse por la capacidad de pago de las personas.¹⁴

Desde esta perspectiva, no deja de llamar la atención la permanente queja en contra de la conducta del consumidor, y nada se dice de los dadores de crédito que, indudablemente, es el eje central de la problemática.

Una conceptualización enjundiosa es la que, elaboró Kemelmajer de Carlucci en un trabajo presentado en la Academia Nacional de Derecho, en el que distingue entre endeudamiento pasivo y endeudamiento activo. El endeudamiento activo es aquel en el que el consumidor asume una deuda por efecto del fenómeno que podemos identificar como consumismo particularmente relacionado con la masificación del crédito. El endeudamiento pasivo es el que, por el contrario, deriva de circunstancias personales del deudor como desempleo, enfermedad o divorcios. La profesora cuyana da noticia que investigaciones de Francia indican que el 85% de la insolvencia de los consumidores se encuadra en el endeudamiento pasivo.¹⁵

2. La conciliación de los intereses

En nuestro país resulta más conveniente seguir el ejemplo de la legislación alemana, que articula la herramienta dentro de la legislación concursal, y no el francés que se encuentra en el estatuto del consumidor, para excluirlo del control jurisdiccional.

Este remedio legal, debe contemplar a la persona del consumidor y

¹⁴ ANCHAVAL, Hugo. *op. cit.*, pág. 811.

¹⁵ DE LAS MORENAS, Gabriel Alejandro, **Reciente legislación de Mendoza sobre las consecuencias de la quiebra en los empleos públicos**, L.L. Gran Cuyo (Mendoza, 2010), pág. 503 cita a KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, **El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del**

permitir la propuesta de reestructuración de los pasivos mediante la participación activa de un conciliador o mediador que facilite el acuerdo entre las partes. Esta es una de las propuestas que se formulan a fin de lograr un tratamiento diferenciado para estos pequeños concursos.

Así, en esta intermediación se puede dar mayor participación a las tareas que debe realizar el síndico como mediador a los fines de lograr un acuerdo razonable entre el deudor y sus acreedores y que evite los mayores perjuicios en que se incurriría en caso de caer en quiebra.

B. Una problemática singular

1. Los artilugios legales: La denominada "viveza criolla"

El fin de la inhabilitación, es lo que se conoce tradicionalmente como rehabilitación, palabra que se utiliza para delimitar temporalmente los bienes que se sujetan a desapoderamiento. La rehabilitación produce el cese de las inhabilitaciones personales propias de la quiebra. Entonces, con motivo del sistema de rehabilitación falencial, que permite el cese de la inhabilitación en forma automática al año de la sentencia de quiebra, se advierte, en determinadas circunstancias, un uso abusivo del ordenamiento concursal, buscando la liberación de las deudas que apareja la rehabilitación, art. 107 y 236 de la ley 24.522.

En efecto, la rehabilitación articula la existencia de dos masas de bienes: una, que responde frente a los acreedores anteriores a la quiebra y que se conjuga con el art. 107 de la L.C. en cuanto comprende los bienes desapoderados; otra, la que se adquiere a partir de la rehabilitación que hace frente a las deudas posteriores.

Esta compleja relación permite señalar que la rehabilitación constituye un modo de conclusión de los efectos de la quiebra y permite al fallido retomar la actividad, adquiriendo nuevos bienes y asumiendo nuevos compromisos.

El cese de la inhabilitación divide el patrimonio del fallido en dos: uno, sin titular responsable, al exclusivo cuidado del síndico que continuará afectado al pago del antiguo pasivo; y otro, nuevo, liberado de la persecución de los acreedores existentes antes de la declaración de la quiebra.

En una palabra, el cese de la inhabilitación, al dar lugar a la formación de dos patrimonios, constituye una limitación de la garantía a partir de la rehabilitación.

De allí la necesidad de realizar una interpretación del ordenamiento jurídico, como asimismo, analizar los remedios legales que deben articularse para ajustar el sistema. Tales remedios pueden consistir en un pedido de auto embargo del sueldo, en el caso del concurso preventivo. Esto se fundamenta en el art. 15 de la LCQ que prevé la continuación de la administración de su patrimonio por parte del concursado, pudiendo validamente éste ofrecer a embargo una parte de su salario, con el fin de honrar sus deudas.

Por otro lado, debe notarse que el carácter oficioso del procedimiento de quiebra y el interés general que está presente siempre, implica que el Tribunal puede ordenar de oficio y con la declaración de quiebra, el embargo del 20% del sueldo percibido por el fallido, pues el salario es un bien incautable. En consecuencia, a través del envío de un oficio al empleador, el porcentaje de sueldo indicado se deposita en el expediente con el fin de satisfacer los créditos reclamados, gastos y honorarios ocasionados.¹⁶

¹⁶ Esta medida se ha puesto en práctica recientemente en el 1º y 2º Juzgado de Procesos Concursales de la Primera Circunscripción de Mendoza, por medio de un oficio enviado por el Tribunal en forma inmediata al dictado de la sentencia de quiebra se procede al embargo del 20% del sueldo que percibe el empleado y se deposita a la orden del expediente y a nombre del juzgado para responder a los gastos y costas generadas en el mismo.

2. El debate sobre el eventual abuso del derecho

a) La viabilidad del rechazo

En esta línea, se afirma que el deudor no está haciendo un uso regular de su derecho de pedir la quiebra, en atención a que existe una asunción voluntaria de un pasivo desproporcionado con los ingresos, incremento notable de dicho pasivo en los últimos meses antes de la petición de falencia, y, en muchos casos, adquisición de bienes suntuosos y sin relación con el nivel de vida del sujeto con el propósito exclusivo de lograr posteriormente "limpiar el pasivo y reinsertarse económicamente".

De allí entonces la afirmación de que, en tales casos, el pedido de quiebra "sin patrimonio" luce claramente abusivo y, por lo tanto, debe ser rechazado en función del art. 1071 del C. Civil.

Sin embargo, sostenemos que no puede negarse por parte de magistrados el derecho que la ley pone al alcance del sujeto que se encuentra en cesación de pagos, tal como es solicitar su propia quiebra, aunque tenga como activo solo el porcentaje de su sueldo o jubilación. Dicho importe caerá bajo el desapoderamiento durante, como mínimo, un año. De lo que se sigue, que al no alcanzar el activo para la satisfacción de los créditos verificados, el pago de los gastos y honorarios; la consecuencia marcada en la normativa es la clausura por falta de activo, tal como se explicará más adelante. Pero lo que de ningún modo puede ocurrir es que el juez se convierta en legislador, modificando textos expresos de la ley, es aquí donde el sistema debe dar una respuesta adecuada a la situación o en su defecto, deberá el juez interpretarla para dar una respuesta concreta.

Reafirmando la presencia de quiebras y concursos preventivos sin activos suficientes para afrontar los propios gastos del proceso, destacamos que el abuso no puede presumirse ni judicial ni legislativamente; las quiebras voluntarias no pueden rechazarse por la inexistencia de activos y, en suma, los fallidos no son per se seres antisociales sino personas con dificultades económicas.

Por último, el status falencial así como está legislado no constituye ningún refugio paradisíaco para los deudores sino, al contrario, representa el máximo efecto patrimonial posible en nuestro derecho sobre una persona. Auguramos, entonces, una legislación provincial que se haga cargo del problema en su totalidad y complejidad y no que focalice en la parte más débil como es fallido consumidor.

Vemos que este afán de corregir a los deudores sin bienes choca con la letra y el espíritu de la ley concursal. Compartir la moralización de los procesos concursales no impide distinguir posiciones que, so color de aquella, terminan cercenando el acceso jurisdiccional a quienes más lo necesitan.

Dicho todo esto con la convicción de que la jurisprudencia debe resguardar la accesibilidad de los remedios concursales para las personas de escasos recursos.

Sostener que la sola escasez o ausencia del activo es motivo bastante para el rechazo implica contradecir el texto legal generando requisitos que la ley no impone, pero a la vez implica impedir el acceso a la jurisdicción concursal de millones de sujetos de existencia visible con escaso o nulo activo.

b) La denegatoria como abuso de poder

Mientras no se reforme la ley de concursos vigente, la denegación de la quiebra voluntaria o forzosa del consumidor constituye un abuso de poder de los magistrados.

El concursalista, Garaguso¹⁷, concluye afirmando que el legislador ha cumplido el mandato constitucional cuando ha reglamentado el descargo de las obligaciones del deudor y, la consiguiente negativa indirecta de los jueces a su aplicación, importa un abuso en la función que no puede justificarse en ninguna "picardía del deudor", porque si esa actitud "pícaro" califica como delito, el

¹⁷ Garaguso Horacio, Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Instituto de Derecho Comercial, San Nicolás 2008.

descargo no sucederá hasta que concluya el proceso penal o se cumpla la condena según los casos.

En una palabra, De las Morenas, cuestiona duramente el rechazo del "derecho a quebrar" transitando un camino que considera equívoco, en pos de una elección moralizante¹⁸, agregando que se está frente a consumidores vulnerables en el mercado de crédito, y que su sobreendeudamiento como repercusión económica los priva de las condiciones de vida que ofrece hoy la sociedad de consumo.

C. La problemática del asalariado: la pérdida de la fuente de trabajo

1. Consideración preliminar

Desde esta perspectiva, más allá de la ausencia normativa específica sobre el tópico planteado y los aspectos a tener en cuenta para su posible legislación, aquí y ahora una nueva consecuencia nos conmueve frente a la certeza de la pérdida del casi seguro único ingreso con que cuenta el consumidor: su trabajo

De tal modo, frente a la situación planteada, recientemente la Legislatura provincial mendocina introdujo algunas modificaciones al decreto Ley 560/73, en la ley 8.134, publicada en el B.O. el 22/01/2010, por la cual se estableció que "Los empleados públicos que se encuentren concursados o quebrados a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, tendrán por única vez la oportunidad de sanear su situación. Ese plazo se traduce en 24 meses a partir de la publicación del decreto."

Asimismo, se modificó el artículo que regula el ingreso al sector público refiriendo que "no podrán ser nombrados con carácter permanente o no

¹⁸ DE LAS MORENAS, Gabriel Alejandro, **Rechazo de quiebra voluntaria por ausencia de activo. Una polémica vigente: ¿Existe un derecho a quebrar? ¿Es ejercitable ese derecho por personas de bajos recursos?**, La Ley (Mendoza, 2008), pág. 1346.

permanente los concursados y quebrados judicialmente". La declaración de concurso o quiebra será impedimento para acceder a concursar cargos, ascender en la escala jerárquica o toda otra mejora de las condiciones laborales.

En rigor, la Administración Pública debería limitar los descuentos por planilla a los porcentajes de embargabilidad de los sueldos y así evitar la "debacle económica" de los empleados públicos, exigiendo a los dadores de crédito que tomen las prevenciones del caso para evitar su concesión "abusiva".

De lo contrario, el "hilo se corta por lo más delgado" y el empleado termina pagando no sólo con su salario, sino con su trabajo, la situación de endeudamiento, aun cuando sea co-responsable.

Hoy, con motivo de la reglamentación que prevé el Estatuto del Personal de la Administración Pública, una gran cantidad de trabajadores dependientes de la Provincia, ve amenazada su fuente de trabajo frente a la situación de endeudamiento.

Por lo que, pareciera que a este tipo de empleados les están vedados los remedios concursales.

Negro escenario se cierne sobre la comunidad mendocina toda, si se priva por vía de coacción legal a estos empleados públicos -algunos de ellos neurálgicos como policías y penitenciarios- del remedio para reencauzar su patrimonio. Empujar a policías y penitenciarios con deficiencias en la administración de su patrimonio a la disyuntiva desesperada de bajarse de su carrera o de pagar más allá del límite de sus posibilidades, es un paso hacia un abismo donde las consecuencias pueden repercutir en valores superiores como la seguridad ciudadana y la confiabilidad —de por sí ya menguada— de sus agentes del orden.

El art. 3º de la ley 8131 modifica el art. 185 inc. 8) que fija como requisito para acceder a la promoción por parte del personal policial el no encontrarse con declaración judicial de quiebra. Vale decir, el agente que se encuentre fallido no puede ascender y por tanto queda al margen de la carrera policial

mientras dure su estado falencial. Como sabemos, el estado falencial perdura hasta el dictado del auto de conclusión de la quiebra y ese evento rara vez ocurre antes de cuatro o cinco años después de la declaración. Esto implica que durante ese período de tiempo el policía o penitenciario queda congelado en el cargo.

De allí los cuestionamientos de la doctrina y su afán de proteger a los trabajadores haciendo pie en principios constitucionales y en la defensa de los derechos humanos, máxime cuando el art. 104 de L.C. permite al fallido trabajar en relación de dependencia.¹⁹

Como sabemos, el estado falencial perdura hasta el dictado del auto de conclusión de la quiebra y ese evento rara vez ocurre antes de cuatro o cinco años después de la declaración. Esto implica que durante ese período de tiempo el policía o penitenciario queda congelado en el cargo.

De allí los cuestionamientos de la doctrina y su afán de proteger a los trabajadores haciendo pie en principios constitucionales y en la defensa de los derechos humanos, máxime cuando el art. 104 de L.C. permite al fallido trabajar en relación de dependencia.²⁰

Por otro lado, en la ciudad de Mendoza, en los **juzgados concursales**, se ha recibido una cantidad de planteos sobre la constitucionalidad y la solicitud al juez concursal para que se abstenga de aplicar los artículos de la Ley 8131 atento a que con la misma se vulnera el derecho de petionar el concurso preventivo y la quiebra, que le impiden ascender en su trabajo, provocando eventualmente la cesantía. Los juzgados, sostienen, como fundamento del planteo de inconstitucionalidad, que dichas disposiciones le emplazan a levantar el proceso iniciado imponiéndole obligaciones tanto a su persona como al Tribunal concursal, todas ellas violatorias del orden constitucional. Consideran que el art. 14 bis de la CN se hace eco de los principios de constitucionalismo social y le garantiza protección al empleado y

¹⁹ REICHMAN, Matías, **Quiebra de los consumidores: exigencia constitucional de su regulación**, en *El Derecho*, t. 236 (Buenos Aires, martes 26 de enero de 2010).

²⁰ **Ibídem.**

que dichos fines no se concretan con los artículos cuestionados de la ley provincial 8131 al establecer que el agente quebrado no puede ascender en su carrera, en virtud de que en lugar de proteger al agente, lo hace trabajar con miedo e incertidumbre. Afirman que la mencionada situación implica un avasallamiento de los legítimos derechos constitucionales y del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableciendo un plazo para finalizar con la situación concursal o de quiebra. Argumentan que la ley 8131 protege los intereses de las financieras y mutuales que operan en el medio, cobrando intereses usurarios. Sostienen que la ley parte de la idea que el deudor es un defraudador, noción superada en la actualidad. Aducen que el estado provincial se encuentra avasallando funciones que son propias del Congreso Nacional al estipular un plazo perentorio al quebrado para instar a que sanee su situación patrimonial. Reseñan que la ley 8.134²¹ aplica una sanción retroactiva al empleado público concursado o quebrado que no existía en la época de la presentación en concurso o quiebra. Por lo que solicita fundándose en los tratados internacionales que forman parte de nuestro sistema constitucional y demás argumentos que vierte, se haga lugar a la inconstitucionalidad solicitada.

El planteo de inconstitucionalidad no resulta ser la vía idónea para resolver el problema del sobreendeudamiento.

2. La clausura por falta de activo: la llamada presunción de fraude

Así, el estatuto concursal, al reglar la clausura de la quiebra por falta de activo, establece puntualmente en el art. 233 que su configuración "importa presunción de fraude y que el juez debe comunicarla a la justicia en lo penal para la instrucción del sumario pertinente".

²¹ La ley 8.134 introduce modificaciones generales en el régimen general del empleo público que está regulado en el dec. 560/73 (Adla, XXXIII-B, 1991). En este caso el comienzo de la ley es mucho menos auspicioso que en el caso anterior ya que se agrega al art. 9º del estatuto del empleado público la imposibilidad de ser nombrado con carácter de permanente o no permanente a todos los agentes que se encuentren concursados o fallidos. Agrega la ley que no podrán concursar cargos, ni ascender ni cualquier otra mejora. Boletín Oficial de Mendoza, 22/1/2010.

Esta presunción de fraude ha sido motivo de diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Así, Rouillon²² relaciona lo que denomina la ineludible instrucción del sumario penal con la imposibilidad de rehabilitación del fallido, hasta tanto se dicte sobreseimiento o absolución en sede penal.

Ahora bien, más allá de la opinión del conocido jurista rosarino, corresponde afirmar que la presunción de fraude prevista en el art. 233 de la L.C. no es consecuencia de una valoración jurisdiccional, sino de una disposición del legislador extraída de la situación objetiva que provocó la clausura.²³

De tal modo, cuando se concreta la hipótesis conclusiva aludida, corresponde que se remitan las actuaciones al Fiscal penal a fin de que se proceda a la instrucción del sumario.²⁴ Esta es otra de las consecuencias negativas que trae consigo el tipo de concursos analizados, pues el activo no es suficiente para satisfacer los gastos y honorarios concursales.

3. La comunicación a la justicia penal

En esta inteligencia, el Tribunal Címero Cordobés expresó que el cumplimiento de dicha norma no está supeditado a la valoración de circunstancias particulares que el juez concursal pueda realizar en cada caso concreto, sino que es al juez penal a quien corresponde la dilucidación.

La afirmación precedente se fundamenta en la evidente autonomía que tiene la acción penal con relación a la situación concursal, pues el principio de inocencia y la tipicidad penal exigen que el fiscal de instrucción investigue la configuración de todos los elementos del eventual ilícito.

²² ROUILLON, Adolfo, **Derecho concursal**, La Ley (Buenos Aires, 2004), pág. 339.

²³ ARGENTINA, CÁMARA NACIONAL EN LO COMERCIAL, **Alyd S.A. s/quiebra**, sala E, 18/2/2004, , RSC 28-169.

²⁴ CÓRDOBA, TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, **Provedora del Centro S.R.L. s/conc.**, sala electoral y competencia originaria, N° 73, 11/06/20 04, JA, 2005, pág. 56.

De tal modo, la "presunción de fraude" es una afirmación que se funda en la situación objetiva de la ausencia de activo y, consecuentemente, sólo tiene por objetivo impulsar la investigación penal.

Es de destacar que la remisión a la justicia penal cuando el fallido carece de activo, establecida por el art. 233 de la Ley de Concursos y Quiebras, no resulta de aplicación automática y la presunción de fraude que dicha norma contiene debe extraerse de un examen integral de los hechos por parte del juez de la quiebra. La sola carencia de bienes suficientes del fallido, aislada de todo otro elemento de juicio, no puede erigirse en una presunción irrefragable de fraude, ya que ello importaría anticipar un veredicto acerca de la existencia del elemento subjetivo principal de las figuras delictivas que habrían de ventilarse en el fuero penal (04/09/2009)²⁵; en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia.

Por ello la necesidad de contar con un sistema de tratamiento apropiado para este tipo de causas.

²⁵ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, **Pellene, Blanca Perla s/quiebra** (04/09/2009), Sala C, La Ley, 26/11/2009, con nota de Darío J. Graziabile.

Capítulo III

CASOS DE ABUSO. EFECTOS, CONSTATACIÓN

A. Configuración de los pedidos de quiebra abusivos

1. Una problemática frecuente: La desnaturalización de la solución concursal liquidativa

En este contexto, la quiebra –dada su índole de solución concursal liquidativa- resulta desnaturalizada cuando el acreedor no acude a la misma persiguiendo la consecución del objetivo natural que aquella tiene: ponerle término a la situación de insolvencia del deudor a través de la liquidación de los bienes que componen su patrimonio. Por el contrario, en estos casos el acreedor peticionante quiere pura y exclusivamente cobrar su crédito; en realidad no le interesa en lo más mínimo que se remedie la situación de insolvencia del deudor (más aún, tan siquiera le importa si este último es o no efectivamente insolvente).

2. Los factores que contribuyen a crear la "atmósfera" del abuso

Existen –a nuestro juicio- una serie de condiciones materiales que predisponen un ambiente propicio para que proliferen la práctica de los pedidos de quiebra abusivos.

Tales factores derivan de las diversas fuentes del derecho (ley, jurisprudencia y costumbre). Así, en la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 encontramos disposiciones que facilitan este tipo de conductas, tal como el art. 87 que admite el desistimiento del acreedor peticionante. En ocasiones la jurisprudencia también pone lo suyo, al equiparar en el plano de la pragmática

judicial el estado de cesación de pagos con el mero incumplimiento, y correlativamente al confundir el trámite de la etapa prefalencial con el de un juicio contencioso común. Por último, tiene incidencia el arraigado hábito forense de pensar que la tenencia de un título ejecutivo autoriza legalmente a solicitar la falencia, con total prescindencia de los presupuestos exigidos por la legislación concursal para la apertura de los concursos.²⁶ En los apartados que siguen procederemos a desarrollar estos tópicos.

a) Los títulos ejecutivos. Su virtualidad en los pedidos de quiebra

El vocablo "título" refiere, en una de sus acepciones técnico-jurídicas, al documento que acredita un derecho. Se añade el calificativo de "ejecutivo" cuando la ley le otorga fuerza ejecutiva, es decir, aptitud para habilitar una vía procesal expedita a fin de obtener el cobro individual del crédito documentado.

Los títulos ejecutivos deben tener especialmente conferida por la ley esa particular idoneidad de cobro. Esto obedece a que por sus peculiares características (fundamentalmente, en el caso de los títulos cambiarios) de fácil emisión y ágil circulación en el ámbito de la fluidez del tráfico mercantil, gozan de una presunción (*iuris tantum*) de legitimidad o autenticidad. Por este motivo quien pretenda destruir dicha presunción legal deberá aportar la prueba en contrario.

Ahora bien, ¿cuál es la virtualidad de estos títulos en el marco de una petición de quiebra? Para comprender el papel que los títulos ejecutivos juegan en el pedido de quiebra es dable tener presente las siguientes precisiones:²⁷

²⁶ Sobre los presupuestos necesarios para que proceda la apertura de los concursos TONON, A., **op. cit.**, pág. 14, concisamente enseña: "Tres son los presupuestos del juicio concursal: un presupuesto pasivo, que el deudor sea pasible de ser sometido a concurso; un presupuesto objetivo que el deudor se halle en cesación de pagos; y un presupuesto activo que el sujeto legitimado a tal fin pida la apertura del juicio concursal".

²⁷ Respecto de la diferencia conceptual entre incumplimiento y cesación de pagos cfr. MAFFIA, Osvaldo, **Derecho Concursal**, Depalma (Buenos Aires, 1988), t. II, pág. 310. "No ha de pensarse que la cesación de pagos es algo más o algo menos que el incumplimiento o que una serie de incumplimientos; es una cosa distinta. Los incumplimientos son hechos, y la cesación de pagos es un estado patrimonial. El incumplimiento no constituye el estado de cesación de pagos, sino que es su consecuencia, desde que puede haber cesación de pagos sin incumplimientos e incumplimientos que no configuran la cesación".

- a) Son per se suficientes —en tanto reúnan todos los elementos esenciales para considerarlos como tales— para acreditar el carácter de "acreedor cuyo crédito sea exigible", exigido por la normativa concursal (art. 80 ley 24.522), es decir bastan por sí mismos para conferirle legitimación activa al solicitante de la falencia.
- b) Sin embargo, carecen de aptitud para probar que el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos, pues la falta de pago de la suma consignada en el título sólo supone un incumplimiento aislado. Y esto no necesariamente significa que exista estado de cesación de pagos, dado que los conceptos de incumplimiento y cesación de pagos no siempre se identifican.

Sentadas estas consideraciones sólo resta concluir que la vía procesal idónea para hacer valer un título ejecutivo es la del juicio ejecutivo individual cuyo trámite está previsto en la leyes de rito, y no el procedimiento reglado por la ley concursal para solicitar la falencia del deudor. Empero, en la praxis, el acreedor que busca cobrar su crédito recurre al mecanismo del pedido de quiebra a fin de burlar el trámite del proceso ejecutivo.²⁸ No olvidemos que, en la actualidad, los procesos ejecutivos suelen demorarse más de la cuenta²⁹;

²⁸ ROUILLON Adolfo, **Procedimientos para la declaración de quiebra**, Zeus (Rosario, 1982), pág. 17. "Que el pedido de quiebra —permitido por la ley concursal a los acreedores— no es un medio idóneo para ejecutar obligaciones particulares, puede sonar, hoy, a verdad de Perogrullo. Empero la observación de la realidad judicial cotidiana nos permite pensar que es todavía moneda corriente el error de muchos acreedores insatisfechos en considerar a la petición de quiebra como un procedimiento ejecutivo más —cuando no "el" medio de ejecución— puesto a su exclusiva disposición por el legislador para obtener la satisfacción de sus créditos incumplidos. No son pocos, por cierto, quienes enfrentados a la frustrante sensación de la deuda incumplida echan mano a la petición de quiebra considerando que será éste el camino rápido y eficaz para obtener el cobro ilegítimamente retaceado por la conducta renuente del deudor. Partiendo de una errónea concepción de lo que es la quiebra y de una apreciación equivocada del sentido y finalidad del medio puesto por la ley a su disposición, estos acreedores sucumben fácilmente a la tentación de solicitar la falencia en aras de satisfacer exclusiva y excluyentemente su interés individual". En igual sentido se manifiesta:

O. J. MAFFIA, Derecho Concursal, **op. cit.**, t. II, pág. 287: "Comprobado que ante el pedido de quiebra fundado en un incumplimiento el deudor deposita, y que la reminiscencia de remotas elaboraciones jurisprudenciales más el desconocimiento del régimen actual llevan, en muchos sino los más de los casos, a depositar en pago, se instaló la fácil: en vez de un ejecutivo, donde siempre caben defensas, la consigna es pedir la quiebra para cobrar rápido. Los hechos probaron el acierto".

²⁹ Nuestra doctrina ha individualizado como un factor determinante que alienta esta práctica viciosa la inexistencia de un procedimiento ejecutivo monitorio, que invierta los tiempos de la jurisdicción (o sea, la ejecución primero y eventualmente un juicio cognoscitivo pleno ulterior) y que haga posible

sobre todo —amén de la inveterada mora judicial— debido a la conducta temeraria que, por lo general, asume el deudor demandado oponiendo excepciones con un afán meramente dilatorio o apelando sin razón valedera la sentencia condenatoria dictada en su contra.

b) La facultad de desistir del acreedor peticionante

El art. 87 de la ley 24.522 faculta al acreedor peticionante de la quiebra a desistir de su solicitud hasta tanto no haya sido citado el deudor en los términos del art. 84. Por el contrario, la legislación concursal anteriormente vigente prohibía terminantemente al acreedor desistir de su solicitud (art. 94, ley 19.551). La razón de ser de esta prohibición residía en la naturaleza y función del procedimiento de petición de quiebra, y "tendía a evitar lo inevitable, es decir, que los acreedores usen el pedido de quiebra para presionar a los deudores y, una vez logrado, intenten abandonar su pedido de quiebra si resuelven su situación particular".³⁰

En algunos pronunciamientos dictados con precedencia a la sanción de la ley 24.522, se admitió el desistimiento del pedido de quiebra del acreedor, siempre que no se hubiera emplazado aún al deudor.³¹ Como fundamento de semejantes decisiones se argumentó que en todo proceso el desistimiento es procedente mientras no se encuentre trabada la litis, y en la quiebra pedida por acreedor hasta que el deudor no sea notificado del emplazamiento no hay litis trabada; coligiéndose así que el desistimiento era viable en tales hipótesis.

Consideramos desacertado este razonamiento, puesto que la facultad de desistir de la pretensión sólo se explica en el proceso dispositivo típico,

reducir al mínimo necesario el contradictorio. Cfr. BARACAT, Edgar, **El abuso del proceso en los pedidos de quiebra y procedimientos concursales preventivos**, en ROUILLON, Adolfo, **Derecho...**, op. cit., pág. 77.

³⁰ BARAVALLE, R. A. y GRANADOS E. I., **Ley de Concursos y Quiebras 24.522**, Liber (Rosario, 1995), t. II, p. 59. En este preciso sentido la exposición de motivos de la ley 19.551 (50, apartado F) consignaba explícitamente el fundamento de la prohibición de desistir de la petición, al puntualizar: "[...] el concepto de que el pedido de quiebra no constituye un medio para el cobro individual de cada crédito, sino la real afirmación de un estado de insolvencia patrimonial y de la necesidad de adoptar medidas de preservación en interés común". No obstante, cabe notar que bajo la vigencia de la ley 19.551 era usual en la práctica el desistimiento encubierto del acreedor que obtenía el cobro de su crédito y luego dejaba transcurrir el tiempo para que se perima el procedimiento preferencial.

concebido para la tutela de derechos de los cuales su titular puede disponer a voluntad, a raíz de estar comprometidos intereses meramente particulares. Pero, cuando es el interés público el que está involucrado, el principio rector del procedimiento no es el dispositivo, sino el inquisitorio. Y esta última es la situación que se verifica cuando se persigue que sea declarada la falencia de un sujeto, resultando el proceso absolutamente indisponible para las partes, deviniendo —por lógica consecuencia— improcedente la facultad de desistir del acreedor peticionante.

Sin embargo, a espaldas de lo apenas dicho, la actual ley concursal admite el desistimiento, confundiendo el trámite prefalencial con el de los procesos de índole dispositiva, en los cuales tienen plena cabida este modo anormal de extinción del proceso.³²

Por último, adviértase que, aunque la ley vigente permite al acreedor peticionante desistir de su solicitud solamente hasta el cumplimiento efectivo de la notificación del pedido de quiebra (art. 84), en la práctica forense acontece a menudo que percibido por el acreedor un pago de parte del deudor para cancelar la deuda (aun cuando sea posterior a dicho emplazamiento) el pedido de quiebra queda detenido ipso facto, sin que en lo sucesivo el órgano jurisdiccional inste el trámite prefalencial. De esta manera, la experiencia indica que la operatividad del pedido de quiebra termina identificándose con la de los procesos dispositivos.

³¹ Ver fallos publicados en LA LEY, 156-187; y El Derecho (sentencia del 7-6-79, n° 31.895).

³² ROUILLON Adolfo, **Procedimientos... op. cit.**, pág. 52, quien explica suficientemente las razones de la prohibición de desistir que contenía la anterior ley concursal (n. 19.551): "[...] la ley posibilita al acreedor peticionar la quiebra de su deudor, pero si bien a aquél se le faculta a poner en marcha el mecanismo jurisdiccional, como es a los fines de averiguar la existencia del estado de cesación de pagos —situación lesiva al interés general y no exclusivamente en relación al peticionante— no está en manos del solicitante detener el proceso vía desistimiento. La disposición legal que comentamos es congruente con la naturaleza inquisitoria del proceso concursal, que deriva del carácter público del interés comprometido. Todo proceso concursal abierto lo ha sido para determinar la existencia del estado de cesación de pagos, y en esto no va sólo el interés del acreedor peticionante; de allí que éste no sea dueño de disponer, por su voluntad, la clausura de las actuaciones; por el contrario, mal que le pese siempre deberá dictarse un pronunciamiento judicial que rechace el pedido o declare la quiebra. Pero dicha prohibición —terminante y absoluta— no sólo obedece a una razón de congruencia con la naturaleza y principios del proceso en cuestión, sino que también apunta a evitar la perniciosa práctica de la utilización del pedido de quiebra como medio fácil, rápido (y a veces extorsivo) de cobro individual de un crédito".

c) Naturaleza y función de la etapa prefalencial

La naturaleza jurídica de esta etapa es eminentemente instructoria, pues tiende a la obtención de todos los elementos útiles al descubrimiento de la verdad material acerca del estado de cesación de pagos del deudor. Consecuentemente —conforme hemos anticipado— el procedimiento que tiene impreso no es de tipo dispositivo-contencioso, sino inquisitorio; de aquí que las facultades del juez sean amplias, quedando correlativamente recortados los poderes de los sujetos particulares intervinientes.³³

En los procesos de corte inquisitorio, como en teoría es el caso del concurso, la actividad impulsiva del procedimiento queda sustraída a la iniciativa particular y es el juez quien debe llevar adelante el trámite. No faltan en doctrina opiniones disidentes; por ejemplo, para quienes el trámite previo a la sentencia que constituirá la quiebra o rechazará la petición, llamado en doctrina instrucción prefalencial, precisamente por ser prefalencial no es aún de índole inquisitiva.³⁴

No compartimos este parecer, pues si bien el art. 83 de la ley 24.522 dispone que la carga que le incumbe al acreedor de probar los extremos liminares que enuncia la norma debe cumplirse sumariamente, esto no significa que el trámite prefalencial sea "sumario" en el sentido de un subtipo del proceso dispositivo-contencioso. Insistimos, el carácter sumario consagrado por la ley concursal solamente rige respecto del onus probandi que pesa sobre el acreedor, pero no comprende la íntegra sustanciación del trámite prefalencial.

Es oportuno recordar que en el derecho comparado pueden clasificarse en tres grupos los diversos sistemas que se siguen en orden a la reglamentación del trámite previo a la sentencia de quiebra o desestimatoria de la petición.

³³ ROUILLON Adolfo, **Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522**, Astrea (Buenos Aires, 1997), pág. 312, en oportunidad de comentar el art. 274 de la ley 24.522, que consagra —entre las reglas procesales generales aplicables en materia concursal— el principio de las amplias facultades judiciales en relación al impulso procesal y a la iniciativa probatoria.

-
- a) En el primer grupo encontramos aquellos sistemas que permiten que se declare la quiebra cuando el acreedor la requiere y demuestra sus presupuestos, dejando al juez la opción de citar o no al deudor antes de resolver.
 - b) Los sistemas del segundo grupo exigen, antes de la declaración de falencia, una suerte de contencioso ordinario previo con amplias facultades de audiencia, en el que se puede discutir y probar por ambas partes si se han dado o no sus presupuestos. Este es el denominado juicio de antequiebra.
 - c) El tercer grupo está integrado por sistemas intermedios —como el que adopta nuestra actual ley concursal (art. 84) que imponen la citación del deudor como exigencia previa a la declaración de quiebra, pero a la vez prohíben el contencioso típico del juicio de antequiebra (cortapisa que se traduce en la exigüidad de los plazos y en algunas restricciones que rigen en materia probatoria para las partes). Esta es la instrucción preferencial.

En resumidas cuentas, la instrucción preferencial tiene por función la averiguación o indagación sobre la concurrencia de los presupuestos de la declaración de quiebra, a saber: el estado de cesación de pagos del deudor (presupuesto objetivo), la calidad de acreedor titular de crédito exigible que debe investir el peticionante (presupuesto de legitimación activa), y que el deudor sea un sujeto susceptible de ser sometido a concurso (presupuesto de legitimación pasiva).³⁵

- d) La cuestión sustancial subyacente: el estado de cesación de pagos

Adscribimos a un concepto amplio en relación al presupuesto objetivo concursal³⁶, entendiendo por cesación de pagos aquel estado del patrimonio

³⁴ MAFFIA, Osvaldo, **Derecho...**, **op. cit.**, pág. t. I, p. 253.

³⁵ ROUILLON A. N., **Procedimientos...**, **op. cit.**, pág. 31. Ello sin perjuicio que, para la prueba de los dos últimos extremos, por lo general basta con la aportada por el acreedor, siendo innecesario para el juez indagar demasiado sobre la concurrencia de los mismos.

³⁶ En el derecho comparado hay diversos sistemas en torno al presupuesto objetivo concursal, siendo los

que, sin disponibilidad de crédito, se revela impotente para atender las obligaciones exigibles con los bienes normales realizables o ingresos regulares, en oportunidad de dicha exigibilidad.³⁷

Sobre el particular se han elaborado diversas teorías, otorgándole a la fórmula significados variables en extensión. La teoría materialista considera que la cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento, o sea de una interrupción material y efectiva de los pagos. La teoría intermedia entiende que la cesación de pagos es un estado patrimonial de impotencia para atender las obligaciones a su vencimiento, y que sólo se manifiesta por los incumplimientos. Finalmente, la teoría amplia señala que la cesación de pagos es el estado (general y permanente) de un patrimonio insuficiente para afrontar las obligaciones que lo gravan, pero que puede evidenciarse por diversos hechos (entre los que aparece el incumplimiento).

La fórmula lata adoptada en nuestro derecho positivo (arts. 78 y 79 ley 24.522) para caracterizar al presupuesto objetivo concursal, en el estado actual de la doctrina y jurisprudencia no ha sido discutida dogmáticamente. Sin embargo en la práctica forense, tratándose de quiebra a pedido del acreedor, el estado de cesación de pagos se tiene por acreditado con la prueba sumaria suministrada por este último de que el deudor se halla en mora en el cumplimiento de una obligación (generalmente emergente de un pagaré impago o de un cheque rechazado). Así, la praxis tribunalicia ha elevado el status del incumplimiento: de mero hecho revelador a presunción del estado de cesación de pagos; presunción que el deudor se ve compelido a destruir aportando la prueba en contrario.

Así las cosas es conveniente precisar sobre quien pesa la carga de acreditar el presupuesto objetivo concursal. Tal como dijimos, según reza el art.

fundamentales: el angloamericano de los acts of bankruptcy (de los hechos o actos de quiebra) y el continental del estado de cesación de pagos. Al respecto: ROUILLON A. N., **Procedimientos...**, op. cit., pág. 33 y ss., quien considera que el primer sistema se construye sobre "[...] supuestos específicos, taxativamente enumerados, cuya demostración se exige al peticionante de la falencia. Están concebidos para operar de manera automática: probado un hecho de quiebra, ésta debe declararse". Nótese que aunque la ley 24.522 en su art. 1° expresamente sigue el sistema continental del estado de cesación de pagos, en la práctica forense ha adquirido carta de ciudadanía el criterio casi mecánico de los actos de quiebra.

83 de la ley 24.522 sobre el acreedor peticionante de la quiebra recae la carga de acreditar sumariamente (además de su crédito aportando documentación autosuficiente e indubitable) algún hecho revelador del estado de cesación de pagos de los que enuncia el art. 79. Al margen de ello, de reputarlo conveniente, el juez se encuentra habilitado para complementar la actividad probatoria desplegada por el acreedor haciendo uso de los poderes inquisitivos de los que esta investido.

Corresponde, entonces, reconsiderar el exacto valor probatorio del hecho revelador acreditado: el mismo no puede ser sin más una presunción legal de insolvencia —como erróneamente se lo interpreta con tanta frecuencia en los estrados judiciales—; representa, en cambio, un mero indicio no vinculante para el juez.³⁸

En suma, para que la petición del acreedor sea formalmente admisible (y, consecuentemente, pueda sustanciarse el traslado al deudor en los términos del art. 84), aquél ha de demostrar al menos un hecho revelador del estado de cesación de pagos.³⁹ El juez, a su turno, para dictar sentencia declarativa de quiebra, debería reunir durante la instrucción prefalencial algunos elementos que lo lleven a un grado de probabilidad suficiente⁴⁰ de que el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos, integrando de ser necesario, la prueba aportada por el acreedor peticionante en uso de sus

³⁷ En esencia, ésta es la definición que nos propone RIVERA, J. C., **op. cit.**, pág. 11.

³⁸ Existe una diferencia sustancial entre presunción e indicio. Las presunciones son convicciones fundadas en el orden normal de las cosas. Así cuando —conforme a la experiencia que tenemos de la sucesión ordinaria de las cosas— un evento es causa o efecto de otro (o cuando generalmente acompaña a otro), una vez conocida la existencia de uno de ellos podemos presumir la existencia del otro. Los indicios, en cambio, son aquellos hechos con los cuales se argumenta la existencia conjetural de otros hechos.

³⁹ Es obvio que si el deudor en oportunidad de evacuar dicho traslado acredita estar in bonis la cuestión aquí termina, y corresponde que el juez sin más dicte sentencia denegando la petición del acreedor.

⁴⁰ El juez, al pronunciarse sobre el mérito del pedido de quiebra, emite un juicio de "probabilidad" y no de "certeza", pues por razones materiales no puede haberse formado todavía en la instancia prefalencial una convicción plena de que el deudor se halla en estado de cesación de pagos. MAFFIA, Osvaldo, **Derecho... op. cit.**, pág. 155: "Como la insolvencia es un estado complejo del patrimonio, sólo podrá ser demostrado a lo largo del proceso, mediante los estudios e informes del síndico. Cuando la quiebra se declara a pedido de acreedor —lejos, el caso más frecuente— es imposible conocer ese estado antes de abrirla. La solución que se encontró consiste en admitir que diversos hechos pueden traducir aquel estado de imposibilidad: el peticionante de la quiebra debe probar alguno de esos hechos, y el juez podrá considerarlo expresivo —o no— del estado de insolvencia".

facultades inquisitorias.⁴¹ Y si –no obstante haberse adoptado estas providencias- subsiste la duda sobre la existencia de dicho extremo, la quiebra debe ser desestimada atendiendo a las profundas y numerosas perturbaciones de carácter público y privado que la misma trae consigo.⁴²

e) Pedido de quiebra voluntaria

Se advierte en la práctica una conducta irregular de ciertos deudores quienes recurren a la solicitud de quiebra voluntaria como un forma de dilatar el cumplimiento de sus obligaciones, objetivo que lograrán a través de la utilización conjunta de otro instituto concursal, la conversión de quiebra en concurso preventivo, que en estas situaciones se verá también desvirtuada en sus fines.

La solicitud de quiebra se convierte ahora, en un medio inconfesado de dilatar el conflicto con su acreedor (tal vez el único existente) o acreedores. En este sentido, el proceso es abierto ante la "confesión" del empleado publico de encontrarse en cesación de pagos, pero después se advierte con el informe de Sindicatura que se puso en marcha un procedimiento, sin reunirse el presupuesto sustancial objetivo que nuestro régimen legal exige como recaudo necesario para la apertura de los procesos universales (art. 1 de la LCQ) para lograr la orden del Tribunal de detener los pagos que estaba afrontando, el luego fallido. Pagos que habitualmente se realizan por el sistema de "descuento de haberes" y que se detienen por un oficio diligenciado en el cual se ordena al empleador (Gobierno de la Provincia) a no efectuar ningún

⁴¹ ARAYA, C., **op. cit.**, pág. 11, quien cita a SATTI, S., **Instituciones del derecho de quiebra, traducción y notas de derecho argentino**: "Debe notarse que el carácter oficioso del procedimiento de quiebra, y el interés general que está presente siempre aunque sea el acreedor el que proponga la instancia implican que la prueba puede ser completada por una investigación inquisitoria del Tribunal".

⁴² La tesis de la interpretación restrictiva sobre la procedencia de la quiebra al momento de sentenciar se explica en virtud de la compleja madeja de intereses que involucra toda declaración de falencia. Primariamente, en interés del deudor, pues tal declaración modifica el estatuto de sus relaciones jurídicas y se erige en una ley de sospecha y de rigor sobre su persona. También en interés de los acreedores (sobre todo quirografarios), visto que las posibilidades de cobrar sus créditos queda acotada con la quiebra. Y finalmente en interés de la comunidad, dado que una falencia resiente fuertemente en las economías empresariales y en la economía general (efecto de la ley de concatenación del intercambio a crédito), así como también en razón de afectar el sistema judicial (produciendo un congestamiento del mismo).

descuento más en concepto de deudas nacidas con anterioridad a la presentación en quiebra y solamente retener y depositar los descuentos de ley, logrando de esta manera "limpiar" el bono de sueldo y dejar de pagar a los acreedores.

Otro de los motivos por los cuales se utiliza esta vía es para lograr únicamente la suspensión de remates decretados por otros juzgados en ejecuciones llevadas a cabo contra el deudor. Si bien la solicitud de quiebra voluntaria conlleva insito el pedido de liquidación del patrimonio del fallido, ocurre que este tipo de pedidos van unidos a la posterior conversión de la quiebra en concurso preventivo, con lo que se evita la efectiva liquidación de los bienes y en definitiva termina obrando como un factor de dilación a favor del deudor, ahora converso.

Otra de las aristas que presenta esta problemática y que en los últimos tiempos ha concitado la atención de los concursualistas debido a su notorio incremento, es el de las quiebras "sin activo". De las estadísticas efectuadas, surge que es cada vez mayor el número de quiebras en las cuales los sujetos que la solicitan no poseen bien alguno a liquidar, esta situación contraría la finalidad misma que detenta la quiebra consistente en la liquidación de los bienes del deudor, para con su producido proceder a abonar en moneda de quiebra a los acreedores. Y esto lleva a preguntarnos ¿cuál es el sentido de abrir un procedimiento falencial cuyo infructuoso resultado conocemos por anticipado? Tal como lo expresáramos se produce un abuso del pedido de quiebra y los costos se trasladan a todos los involucrados: se sobrecargan las tareas del Tribunal, se generan trabajos sin remuneración especialmente para los síndicos y se ocasionan gastos –que se sabe de antemano que no se podrán recuperar- para los acreedores interesados en participar en el procedimiento concursal.

Cabe efectuar la siguiente salvedad, a fin de que no se mal interprete, no se pone en duda que un número considerable de deudores obra lealmente y sin malicia al peticionar su declaración de quiebra. Tampoco se pone en duda el derecho que les asiste a solicitar su propia quiebra, revistiendo la confesión judicial del estado de cesación de pagos la máxima eficacia probatoria acerca

de la existencia de la insolvencia, lo que releva al juez de todo análisis objetivo de la quiebra y el dictado de la sentencia falencial deviene en forma casi automática. Pero estas situaciones descritas plantean serios problemas al momento de evaluar las conductas del deudor, por lo que en este trabajo se propicia la revisión de las pautas mencionadas para que el mismo juez pueda analizar la viabilidad o no de la propuesta.

3. Abuso en los casos en los que el deudor solicita su propio concursamiento

El actual Art. 52 inc. 4 de la LCQ faculta al juez para no homologar un propuesta abusiva o en fraude a la ley. Sin embargo, esta norma no da pautas que éste pueda valorar para tomar una determinación tan drástica, en la que una de las consecuencias resulta ser la quiebra. Por lo tanto, partimos del principio que la existencia o no de la propuesta abusiva quedará configurada por diversas pautas, entre las cuales, resulta relevante la capacidad de pago de la concursada. En el mismo sentido, es de hacer notar el papel desigual en que se encuentran las partes durante la negociación, quedando los acreedores forzados a consentir una propuesta abusiva bajo la perspectiva de una quiebra inminente. Así, la situación generada por la espera en relación con la quita, es una cuestión hoy recogida por los jueces concursales como un supuesto de ejercicio abusivo del derecho, ya que significa un sacrificio desmedido para los acreedores, quienes arriban a un desproporcionado resultado económico.

Diferentes pautas a tener en cuenta por el juez al determinar el contenido de la propuesta como abusiva, nosotras proponemos:

- 1) Valorar la situación de la economía general y la situación específica de la concursada;
- 2) que la propuesta se corresponda con una planificación coherente para lograr salir del estado de cesación de pagos;
- 3) que el acuerdo imponga fuera de toda razonabilidad, sacrificio desmedido a los acreedores;

- 4) que el pago resultante del acuerdo equivalga a un dividendo no menor al que los acreedores obtendrían en una quiebra;
- 5) las posibilidades ciertas del cumplimiento del acuerdo;
- 6) la posibilidad o no de mejorarla.

Sin perjuicio de hacer notar que éstas son estimaciones que deben analizarse en el caso concreto, dada la ausencia de parámetros objetivos certeros para hacerlo, lo cierto es que en un importante número de quiebras, los acreedores quirografarios no reciben dividendo alguno. Consecuentemente, si partimos de esta base, cualquier propuesta que ofrezca pagar algo, por irrisorio que fuere, sorteará exitosamente las condiciones más adversas que se presentarían para el acreedor, en la etapa falimentaria sobreviniente.

Por ello, una pauta útil y a la cual los jueces han recurrido con el auxilio sindical consiste en analizar las reales posibilidades de pago de la concursada. Al respecto, el juez tiene facultades para ordenar a la sindicatura la realización de ese análisis en virtud de lo dispuesto por el Art. 274 de la LCQ. Esta norma provee el fundamento legal en cuanto a la finalidad del proceso concursal y su justificación radicaría en que el proceso concursal ha sido caracterizado como el paso de una justicia conmutativa a una justicia distributiva o de sacrificio, que implica que así como los acreedores han corrido el riesgo de la empresa, también deban dividirse en partes iguales las pérdidas. Por tanto, no es predicable que ese sacrificio recaiga solo en desmedro de los derechos de los acreedores, lo que ocurriría si la propuesta fuese irrisoria o la concursada tuviera capacidad de mejorarla.

Un fallo dictado en esta provincia denegó la conversión de la quiebra en concurso preventivo por interpretar que ante la evidencia de una imposibilidad absoluta de reconversión empresarial y de ofrecimiento de una propuesta de pago decorosa⁴³, el proceso tenía un final anunciado. Por ello consideró aplicable a la especie la doctrina extraída del Art. 1071 CC. Destacó, el Dr.

⁴³ MENDOZA, PRIMER JUZGADO DE PROCESOS UNIVERSALES Y REGISTRO DE MENDOZA, **Viani, Raúl s/ Quiebra**, 10-3-2000,. LL Gran Cuyo (Mendoza, 2000), pág. 51.

Fragapane, magistrado a cargo del juzgado, que entre los elementos del abuso del derecho la doctrina exige:

- a) La existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal.
- b) Contrariedad con los fines de la norma o la regla de la moral, la buena fe y las buenas costumbres.
- c) La existencia de un daño.
- d) Imputabilidad, agregando algunos autores la atribución del acto a título de culpa o dolo.

Como fácilmente puede advertirse, en un pedido inconsistente de concursamiento, con falta de actividad productiva, por tratarse de una persona física que cuenta con su salario como garantía de pago a los acreedores, aparece el abuso del derecho indefectiblemente en toda la extensión de los elementos antes enumerados.

B. Carga de la prueba y modo de invocar el abuso del derecho

La carga de la prueba de los extremos que caracterizan el abuso del derecho incumbe a la parte que pretende que se sancione a la otra por haber obrado abusivamente. El abuso del derecho puede ser invocado por vía de acción o de excepción.

Otro problema a resolver es si el juez, cuando el abuso no ha sido aducido por el deudor emplazado, puede oficiosamente hacer aplicación del art. 1071 del Código Civil. Sobre este tema cabe hacer la siguiente distinción: ante el ejercicio de un derecho subjetivo cualquiera que sólo afecta los intereses particulares de las partes, el acto abusivo tiene que ser denunciado por el sujeto perjudicado (pues al no haber motivos para que el juez intervenga

de oficio, sin solicitud de parte, no corresponde que lo haga).⁴⁴ En cambio, si por medio del acto abusivo se violan intereses públicos o generales —como, por ejemplo, en el supuesto que nos ocupa de los pedidos de quiebra o de propuesta abusiva en el concurso—, el juez podría sancionarlo de oficio, es decir, sin necesidad que medie instancia de parte.⁴⁵

C. Efectos del abuso: su constatación en la realidad judicial

El deudor que así procede, contrayendo deudas que ab initio sabe no va a poder pagar, lo hace en un breve lapso de uno o dos meses y por un monto que no guarda relación con sus ingresos, para después presentarse prontamente pidiendo su propia quiebra para purificarse con los efectos de la rehabilitación (arts. 234 y sigtes., LCQ), viola el art. 1071 del Código Civil.⁴⁶

El caso presentado y juzgado en los estrados de la justicia de la ciudad de Rosario -en realidad fueron plurales los pedidos de quiebra radicados con esas características casi semejantes, que el fenómeno sorprendió a propios y extraños por su número, provocando una verdadera cascada de causas judiciales con ese contenido- es el siguiente: Se trató de solicitudes de quiebra voluntarias, rechazadas por jueces de primera instancia, donde los mini peticionarios manifestaron en su pedido de falencia que en la antesala de la quiebra, habían adquirido dentro de los dos o tres meses anteriores a la presentación un pasivo, sin activo o con bienes de escaso valor. Un pasivo adquirido en desproporción a los ingresos mensuales que percibían. Del contenido de la demanda, fue posible extraer que durante ese lapso, estos deudores habían contraído préstamos de entidades mutuales, cooperativas, autorizado retenciones por planillas de sueldos, adquirido elementos en

⁴⁴ ARGENTINA, CÁMARA NACIONAL CIVIL, sala C, 31/8/84, El Derecho, t. 111, pág. 393.

⁴⁵ En este sentido la SANTA FE, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, La Ley, 1991-D, 349, declaró procedente la aplicación oficiosa de parte de los jueces del principio que veda el ejercicio abusivo de los derechos, fundándose en el carácter imperativo de la norma que consagra dicho principio y en las razones de orden público comprometidas.

⁴⁶ VAISER, Lidia, **El abuso del derecho en los procesos concursales**, JA, 2003-IV-23.

diversas casas comerciales a plazo, mutuos en bancos, etc. Para luego y de modo inmediato acudir livianamente a peticionar su quiebra para limpiar su pasivo.⁴⁷

La ley quiere darle al deudor insolvente la posibilidad de hallar solución jurisdiccional a su estado de cesación de pagos, pero no cabe duda que no quiso que este remedio -"quiebra"- pudiera ser utilizado maliciosamente para defraudar a sus acreedores. Cabe destacar que el orden jurídico es un todo y por ende, una petición que formalmente encuadra en ciertas disposiciones concursales no puede conducir sin más, a que se la acepte jurisdiccionalmente, si ello importa convalidar un obrar abusivo o antifuncional, incluso, la configuración de un ilícito penal.⁴⁸

Se ha dicho adecuadamente que: "...Estos procesos que han ido diseñando los deudores que cuentan en su patrimonio como único activo sus haberes, y de ellos sólo la porción embargable, no tienen como objetivo: a.-) en la petición de concurso preventivo, la búsqueda de una solución consensuada con los acreedores; b.-) tampoco en la quiebra, la liquidación ordenada del activo. La única y evidente finalidad es la suspensión de los embargos, la desafectación de los haberes mediante el cese de los descuentos; en fin, la "limpieza del sueldo...".⁴⁹

Con esta otra mirada —agregamos—, la propia quiebra podrían llegar a necesitarla sólo los deudores de "mala fe" con el propósito de santificarse como si nada hubiese ocurrido, y podrían hacerlo, una y otra vez, con el pretexto que tienen derecho a ser reinsertados en el mercado. Asimismo, los pedidos de concurso preventivo resultan ser cuantiosos con el fin de lograr detener los

⁴⁷ BARACAT, Edgar, **El abuso del derecho en los pedidos de quiebra y los procedimientos concursales**, en *Revista del Derecho Concursal*, t I, Ed. Zeus (Rosario, 2003).

⁴⁸ La rapidez con que actuaron estos deudores en tan poco tiempo en la asunción de su pasivo y el mecanismo utilizado a tal fin, no permitieron endilgar a los acreedores víctimas del abuso, la culpa o falta de cuidado en la selección de sus deudores. Es que cuando hay sobreendeudamiento y el acreedor no es cuidadoso en relación a la persona del "deudor", el otorgamiento del crédito puede serle imputable por falta de prudencia o cautela, o por lo menos sostener una culpa "compartida" entre acreedor y deudor.

⁴⁹ PEREYRA, Alicia S., **Los procesos concursales en los que el deudor manifiesta no poseer activos liquidables: solo cuentan con su sueldo**, t. IV, ed. Zeus, en *Revista de Derecho Concursal* (Rosario, sf), pág. 221.

descuentos por bonos que realiza el empleador para pagar los créditos adquiridos.

Conclusión y propuestas

En la espera de una legislación especial

En este sentido, Truffat, Barreiro y Lorente⁵⁰ proponen un auténtico procedimiento de "concurso mínimo". Un proceso breve, brevísimo, si se pudiese, formulario, sobre el cual los autores efectuaron una propuesta legislativa. Desde nuestro punto de vista, coincidimos con estos autores y detallamos un procedimiento que concentra actos procesales, también basado en presentaciones estandarizadas y teniendo siempre como norte el sistema de la buena fe.⁵¹

De este modo y de acuerdo a los arts. 274 y 278 LCQ, las facultades procesales que conceden los códigos locales (arts. 46 y 83 CPCMza) y teniendo siempre presente la necesidad de integrar el plexo concursal con el del consumidor, el juez puede reducir algunos plazos y aligerar trámites a fin de simplificar y acelerar el procedimiento.

Aquí detallamos algunas propuestas concretas de lege lata, realizadas en una entrevista por la Dra. Gloria E. Cortéz, por entonces titular del 2° Juzgado de procesos concursales, para simplificar y adecuar el trámite del concurso preventivo a la problemática del sobreendeudamiento del consumidor y a su régimen protectorio, hasta tanto se alcance una solución legislativa:

- 1) El tribunal puede poner a disposición formularios tipo para la presentación del concurso preventivo. Ello simplificaría la labor jurisdiccional de control del cumplimiento de los recaudos formales de presentación y dotaría de mayor celeridad a esta etapa inicial.

⁵⁰ TRUFFAT, Daniel E., **Algunas ideas sobre los concursos de los consumidores y otros pequeños deudores**, en *Doctrina Societaria y Concursal*, N° 260, Errepar, (sl, 2009), pág., 697.

⁵¹ Para un interesante menú de posibilidades en cuanto a maneras de prevenir el sobreendeudamiento puede consultarse BARREIRO, Marcelo, **Sobre la prevención del sobreconsumo**, en *VII Congreso Argentino de Derecho Concursal* (Mendoza, 2009).

- 2) Para evitar mayores costos, así como utilización indiscriminada de escritos ratificatorios, el deudor podría acreditar mandato mediante simple acta poder (art. 53 L. 24.240).
- 3) En el acto de otorgamiento del acta poder y de modo previo a ella, el consumidor deberá otorgar su consentimiento informado. El empleado o funcionario del Poder Judicial deberá explicar clara y detalladamente las principales características del proceso concursal, tanto en la etapa preventiva como en la liquidativa, con especial referencia a las restricciones personales y patrimoniales que el mismo implica (todo ello conforme a las consecuencias laborales que conlleva la aplicación de la Ley 8131), al mínimo legal de honorarios y demás gastos (art. 60 y 61 L. 24.240).
- 4) El sorteo del síndico puede ser efectuado informáticamente por ante la secretaría del tribunal y en el mismo día de la redacción de la sentencia de apertura, de modo tal que la resolución inaugural pueda contener la designación del síndico sorteado y el emplazamiento en dos días para aceptar el cargo.
- 5) La notificación de la designación del síndico puede realizarse mediante cédula o notificación electrónica cursada el mismo día en que la sentencia aparezca en lista.
- 6) El plazo de cinco días para publicar edictos comenzará a correr inmediatamente de cumplido el plazo de dos días para que el síndico designado acepte el cargo, sin necesidad de que tal aceptación deba quedar notificada de modo ficto.
- 7) El término para que los pretensos acreedores presenten sus solicitudes de verificación debe establecerse en el mínimo legal, esto es al decimoquinto día posterior a la última publicación de edictos (art. 14 inc. 3 LCQ). Para ello deberá tenerse en cuenta que, como máximo, al quinto día de la aceptación del cargo por el síndico debe concretarse la primer publicación edictal (art. 27 LCQ) y que la misma aparecerá publicada durante cinco días. Es decir que, en un caso ideal, desde la notificación de la designación del síndico

hasta la fecha límite para verificar tempestivamente, habrán transcurrido veinticuatro días.

- 8) El plazo para la presentación del informe individual podría reducirse a diez días.
- 9) Dictada la sentencia verificatoria se citará al deudor (por cédula al domicilio legal y real) y a los acreedores a una audiencia de conciliación, con presencia de sindicatura.

En la misma el juez instará a los intervinientes a alcanzar un acuerdo, para el que deberán tener en cuenta:

- a) El ingreso mensual comprobado del deudor y la prueba del máximo esfuerzo para la cancelación del pasivo.
 - b) El pasivo total reconocido en autos.
 - c) La previsión de que parte de los ingresos del deudor estará destinado al pago de los honorarios que se regulen al homologar el acuerdo.
 - d) El dividendo que podrían obtener los acreedores en la quiebra. Normalmente el mismo es nulo puesto que el único bien embargable del deudor es un porcentaje de su sueldo el que, durante el año en que opera el desapoderamiento, no alcanza ni tan sólo para pagar los gastos del concurso.
 - e) El mayor costo en honorarios que implica la etapa liquidativa (tres sueldos de secretario en lugar de dos).
 - f) El juez informará al deudor sobre todas estas circunstancias y las que amerite el caso particular (art. 60 y 61 L. 24.240) y las consecuencias dispuestas por la ley 8131.
- 10) En caso de que se llegue a un acuerdo, se declarará que se han alcanzado las mayorías necesarias para entenderlo aprobado y, dentro de los cinco días, el juez lo homologará (art. 273 inc. 1 LCQ).
 - 11) En caso de fracasar la audiencia, el período de exclusividad debe reducirse a cuarenta y cinco días.

Lo expuesto es sin perjuicio de la posibilidad de que la autoridad de aplicación organice tribunales arbitrales para el tratamiento de la insolvencia del consumidor, ello en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 59, ley 24.240.

Así, los comercialistas enfatizan que se trata de articular una alternativa de conciliación en donde los informes individuales y generales serán reemplazados por la denuncia del propio deudor y por un control empírico del funcionario que actúe, ya sea como síndico, facilitador o conciliador, para terminar en la homologación judicial.⁵²

Desde esta perspectiva, entendemos igualmente que el procedimiento descripto va a propender a que el propio interesado formule el plan de pago, dentro de su capacidad salarial, y habilite el "descargo" de las deudas, luego de un plazo razonable para obtener el "nuevo comienzo", programa que deberá ser evaluado por el funcionario mediador o conciliador que intervenga en el proceso judicial, con facultades especiales para formular modificaciones y reformas que estime convenientes.

Por último, será el órgano jurisdiccional quien resuelva homologar la "mejor propuesta", cuyo cumplimiento termina con la consiguiente rehabilitación del deudor.

Conclusiones finales

De lo desarrollado a lo largo de este trabajo, concluimos que la situación de sobreendeudamiento no es una mera cuestión de los particulares, sino que trasciende la esfera privada para ingresar al ámbito del orden público económico, que se incrusta en las políticas de bienestar general.

Es así, que mantener normativamente regulado un único proceso para resolver todas las situaciones de insolvencia resulta uno de los principales y graves problemas que afronta hoy nuestro derecho concursal. El denominado pequeño concurso regulado en la ley 24.522 no es un verdadero proceso autónomo que facilita el trámite de la solución concursal.

⁵² Una interesante propuesta fue formulada, por (mayoría) síndicos mendocinos: FILIZZOLA, Gustavo, y [otros], **Los concursos de empleados públicos**, ponencia nº 20, en *VII Congreso Argentino de Derecho Concursal* (Mendoza, 2009).

- a) Así, la normativa concursal particular atinente a la insolvencia de consumidores y pequeños comerciantes (que son quienes conforman los pequeños concursos que aquí tratamos), debe respetar los lineamientos básicos de la materia concursal en la Argentina, sin embargo debe agregarse una reducción o aligeramiento en la faz judicial. Todo ello para evitar desparramar las consecuencias nefastas (problemáticas que se han mostrado en este trabajo) las que se expanden entre todos los factores económicos, pero que en especial afectan al eslabón más débil; esto fuerza a los sectores medios o bajos a recurrir al procedimiento concursal, y deben hacerlo para poder cumplir con sus obligaciones, superando el estado de cesación de pagos, contribuyendo al buen funcionamiento del sistema económico. Si bien lo deseable es que en Argentina no se repita una crisis económica o financiera, lo cierto es que resulta indispensable tener los instrumentos adecuados para atenderla en caso de que ésta se manifieste. Para esto debemos tener en cuenta las propuestas procedimentales expuestas respecto de estos pequeños concursos y los elementos que han sido precedentemente expuestos.
- b) Es de destacar que los procesos concursales están regulados para la tutela de un interés que supera el interés individual del deudor insolvente y se concreta en el interés general de la sociedad, jurídicamente organizada, a la conservación del equilibrio económico.

Consecuentemente con esa incumbencia del orden público y la afectación del interés general en los procesos concursales, es que el principio de judicialidad cobra una vital importancia, no pudiéndose de manera alguna restringir arbitrariamente, ni socavar las facultades del juez en todo aquello que se refiera a la vigilancia de la legalidad formal y sustancial del proceso concursal. En concreto, el juez tiene la facultad y el deber de prevenir la ejecución de actos que perjudiquen a algunos o todos los acreedores y de sancionar y fulminar tales actos recurriendo a institutos tales como el abuso del derecho y la lesión subjetiva; cada vez que el deudor, sólo o en connivencia con algunos de sus acreedores, utilice las herramientas legales en perjuicio de otros acreedores y del crédito en general.

- c) El principio de judicialidad equivale al respeto de las garantías del debido proceso, la defensa en juicio y el acceso a la justicia. El respeto al conjunto de todos estos derechos, reconocidos constitucionalmente y en diversos tratados internacionales, es la piedra de toque para la efectiva tutela de la libertad y la dignidad humana.

Los jueces tienen el deber de disponer de todas las medidas necesarias que el ordenamiento jurídico les brinda para no convalidar fraudes, ni procesos que perjudiquen a los acreedores, debiendo garantizar la protección del crédito y la no afectación del orden público y el interés general. Son ellos quienes deben velar por la efectiva observancia de los principios constitucionales antes nombrados. Es cierto que la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio y que a ella debe acudirse en circunstancias extremas. Aun así no hay que declarar la inconstitucionalidad, "per se" de manera general y abstracta, sino con vinculación concreta a las circunstancias particulares de cada causa. En caso de que el juez no optase por declarar la inconstitucionalidad, puede recurrir a otros institutos tales como el abuso del derecho, a los fines de no homologar una propuesta abusiva o fraudulenta, acorde a lo que dispone el Art. 52 párrafo 4 de la LCQ. Es el juez el encargado de establecer la justicia en el caso concreto.

- d) Una reglamentación específica para los pequeños concursos se ha vuelto una necesidad imperiosa, ya que no existen en la ley vigente normas que se ajusten a la realidad de las empresas chicas o de los consumidores en situación de insolvencia.

En la actualidad, nos encontramos con que el mismo trámite procesal para todos los deudores no puede considerarse adecuado, ya que los tiempos de los concursos resultan escandalosamente prolongados para quien no tiene "empresa" y sólo su salario para acordar con sus acreedores.

A la hora de resolver sobre la admisibilidad de una solicitud de conversión, el juez debiera hacer uso de ellas al rechazar los pedidos de quiebras improcedentes, considerando todas estas circunstancias que hemos

mencionado, para que no sea esta una vía para el fraude a los acreedores o el abuso del derecho.

- e) Esto guarda directa conexión con el problema del "sobreendeudamiento", producido a raíz de la oferta masiva de préstamos, tarjetas de crédito y débito, cuentas corrientes, etc., que el mercado ofrece a quien cuente con un simple recibo de sueldo. Es frecuente que quienes lo suscriben no adviertan el progresivo endeudamiento al que someten sus ingresos, hasta el punto tal de no tener un mínimo necesario para sus subsistencia. Es lo que se denomina "quiebra de los consumidores" que constituyen las "pequeñas quiebras" o "concurso mínimos", de personas físicas que solo registran en su pasivos esa clase de deudas, de origen mutual o financiero. De allí, que parte de la doctrina se encuentre abocada actualmente a buscar soluciones a través de procedimientos simplificados para este tipo particular de insolvencia. Como se ha dicho, se trata en definitiva de respuestas procedimentales específicas a crisis patrimoniales también particulares.
- f) Se propone la utilización de ciertos remedios legales que deben articularse para ajustar el sistema concursal a cumplir sus fines. Tales remedios pueden consistir en un pedido de auto embargo del sueldo, en el caso del concurso preventivo. Esto se fundamenta en el art. 15 de la LCQ que prevé la continuación de la administración de su patrimonio por parte del concursado, pudiendo validamente éste ofrecer a embargo una parte de su salario, con el fin de honrar sus deudas.

Por otro lado, debe notarse que el carácter oficioso del procedimiento de quiebra y el interés general que está presente siempre, implica que el Tribunal puede ordenar de oficio y con la declaración de quiebra, el embargo del 20% del sueldo percibido por el fallido, pues el salario es un bien incautable. En consecuencia, a través del envío de un oficio al empleador, el porcentaje de sueldo indicado se deposita en el expediente con el fin de satisfacer los créditos reclamados, gastos y honorarios ocasionados.

- g) Se debería poner énfasis en tratar de articular una alternativa de conciliación en donde los informes individuales y generales sean reemplazados por la denuncia del propio deudor y por un control empírico del funcionario que actúe, ya sea como síndico, facilitador o conciliador, para terminar en la homologación judicial.

Desde esta perspectiva, se debe propiciar a que el propio interesado formule el plan de pago, dentro de su capacidad salarial, y habilite el "descargo" de las deudas, luego de un plazo razonable para obtener el "nuevo comienzo", programa que deberá ser evaluado por el funcionario mediador o conciliador que intervenga en el proceso judicial, con facultades especiales para formular modificaciones y reformas que estime convenientes.

- h) Todo peticionante de propia quiebra que declara la inexistencia o nulidad de su activo, necesariamente debería saber las consecuencias de tal hacer y se somete al régimen legal haciendo uso de una libertad decisoria que, a nuestro criterio, no es resorte judicial limitar, sino en presencia de abuso o fraude a la ley.

Bibliografía

- ALEGRÍA, Héctor, **Los llamados *pequeños concursos*. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos** (La Ley, 2005).
- ANCHAVAL, Hugo, **El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión social**, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar (Buenos Aires, Agosto 2009).
- ARAYA, C., **Quiebras. Concepto. Naturaleza. Cesación de pagos**, en *Revista del Notariado*, n° 275 (Rosario, 1980).
- ARGENTINA, CÁMARA NACIONAL CIVIL, sala C, 31/8/84, *El Derecho*, t. 111.
- ARGENTINA, CÁMARA NACIONAL EN LO COMERCIAL, **Alyd S.A. s/quiebra**, sala E, 18/2/2004, RSC 28-169.
- ARGENTINA, **Ley de Concursos y Quiebras. Ley 24.522/95**, arts. 21 inc. 2 y 132). Para un amplio desarrollo de cada uno de estos supuestos Ver ponencias presentadas en la Comisión 1: **Moralización de los procesos concursales**, en *IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia* (Rosario, 2006).
- BARACAT, Edgar José, **Pequeñas quiebras y deudores de mala fe**, La Ley (sl, 2009).
- BARACAT, Edgar, **El abuso del derecho en los pedidos de quiebra y los procedimientos concursales**, en *Revista del Derecho Concursal*, t I, Ed. Zeus (Rosario, 2003).
- BARAVALLE, R. A. y GRANADOS, E. I., **Ley de Concursos y Quiebras. 24.522**, t. II, Liber (Rosario, 1995).
- BARREIRO, Marcelo, **Sobre la prevención del sobreconsumo**, en *VII Congreso Argentino de Derecho Concursal* (Mendoza, 2009).
- BORDA, Guillermo A, **Tratado de Derecho Civil. Parte General**, t. I, Perrot (Buenos Aires, 1980).
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, **Pellene, Blanca Perla s/quiebra** (04/09/2009), Sala C, La Ley, 26/11/2009.
- CIFUENTES, S., **Elementos de derecho civil. Parte General**, Astrea (Buenos Aires, 1992).
- CONIL PAZ, Alberto, **Conclusión de la quiebra**, Abaco (Buenos Aires, 1996).
- CÓRDOBA, TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, **Provedora del Centro S.R.L. s/conc.**, sala electoral y competencia originaria, N° 73, 11/06/2004, JA, 2005.

- DE LAS MORENAS, Gabriel Alejandro, **Rechazo de quiebra voluntaria por ausencia de activo. Una polémica vigente: ¿Existe un derecho a quebrar? ¿Es ejercitable ese derecho por personas de bajos recursos?**, La Ley (Mendoza, 2008).
- DE LAS MORENAS, Gabriel Alejandro, **Reciente legislación de Mendoza sobre las consecuencias de la quiebra en los empleos públicos**, L.L. Gran Cuyo (Mendoza, 2010).
- FACCO, Javier Humberto, **El pedido de quiebra abusivo. Desnaturalización de la solución concursal**, La Ley (sl, 2010).
- FERNANDEZ SESSAREGO, C., **Abuso del Derecho**, Astrea (Buenos Aires, 1992).
- FILIZZOLA, Gustavo, y [otros], **Los concursos de empleados públicos**, ponencia n° 20, en *VII Congreso Argentino de Derecho Concursal* (Mendoza, 2009).
- GARAGUSO, Horacio Pablo, **Fundamentos de derecho concursal**, Ad Hoc (Buenos Aires, 2001).
- JUNYENT BAS, Francisco e IZQUIERDO, Silvina, **¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores**, La Ley, *Suplemento Concursos y Quiebras* (Octubre 2009).
- MAFFIA, O. J., **Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos**, ED, 165-1226.
- MAFFIA, Osvaldo, **Derecho Concursal**, Depalma (Buenos Aires, 1988).
- MENDOZA, PRIMER JUZGADO DE PROCESOS UNIVERSALES Y REGISTRO DE MENDOZA, **Viani, Raúl s/ Quiebra**, 10-3-2000,. LL Gran Cuyo (Mendoza, 2000).
- PEREYRA, Alicia S., **Los procesos concursales en los que el deudor manifiesta no poseer activos liquidables: solo cuentan con su sueldo**, t. IV, ed. Zeus, en *Revista de Derecho Concursal* (Rosario, sf).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, **Diccionario de la Real de la Lengua Española**, Espasa (Madrid, 1992).
- REICHMAN, Matías, **Quiebra de los consumidores: exigencia constitucional de su regulación**, en *El Derecho*, t. 236 (Buenos Aires, martes 26 de enero de 2010).
- RIVERA, J. C., **Instituciones de Derecho Concursal**, Rubinzal Culzoni, t. I (Santa Fe, 1996).
- ROUILLON Adolfo, **Procedimientos para la declaración de quiebra**, Zeus (Rosario, 1982).
- ROUILLON, Adolfo A. N., **Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522**, Astrea (Buenos Aires, 1997).
- ROUILLON, Adolfo, **Derecho concursal**, La Ley (Buenos Aires, 2004).
- TONON, A., **Derecho Concursal. Instituciones Generales**, Depalma, t. I (Buenos Aires, 1992).
- TRUFFAT, Daniel E., **¿Decoctor, ergo fraudator?**, Lexis Nexis (sl, 2007).

TRUFFAT, Daniel E., **Algunas ideas sobre los concursos de los consumidores y otros pequeños deudores**, en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, N° 260, (Buenos Aires, Julio 2009).

VAISER, Lidia, **El abuso del derecho en los procesos concursales**, JA, 2003-IV-23.

VON IHERING, Rudolf, **El fin en el Derecho**, Atalaya (Buenos Aires, 1946).

Otras fuentes no bibliográficas

Jurisprudencia Nacional y Provincial extraída de:

www.laleyonline.com

www.jus.mendoza.gov.ar

www.errepar.com.ar

www.societario.com

www.csjn.gov.ar

www.gobernac.mendoza.gov.ar/boletin/

www.abeledoperrot.com

www.tribunet.com.ar/tribunet/ley/8134.htm

Entrevistas realizadas al personal del Segundo Juzgado de Procesos Concursales, Primera Circunscripción Judicial de Mendoza.

DECLARACIÓN JURADA RESOLUCIÓN 212/99 – CD

"Las autoras de este trabajo declaran que fue elaborado sin utilizar ningún otro material que no hayan dado a conocer en las referencias, que nunca fue presentado para su evaluación en carreras universitarias y que no transgrede o afecta derechos de terceros".

Mendoza, septiembre de 2012

María Carolina García

Reg. 25.291



Paula Andrea Terrera

Reg. 25.502

