

UNIVERSIDAD FASTA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ABOGACÍA

**ABUSO DEL DERECHO EN LOS PEDIDOS DE
PROCESO CONCURSAL**

VERÓNICA CAROLINA GABARI

TUTOR: DR. LUIS DIEGO BENVENUTO VIGNOLA

DEPARTAMENTO DE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN:

LIC. AMELIA RAMIREZ

2011

Índice.

I.- Introducción.....	1.-
II.- Abuso del derecho.....	6.-
III.- El abuso del derecho en materia concursal.....	10.-
IV.- Abuso del derecho en el concurso preventivo.....	16.-
V.- Abuso del derecho en la quiebra.....	18.-
V. 1.- Supuesto de la quiebra pedida por el acreedor.....	18.-
V. 1.- a) Responsabilidad del acreedor.....	24.-
V. 2.- Supuesto de la quiebra pedida por el deudor.....	29.-
V. 2. a).- El caso de la conversión de la quiebra en concurso.....	37.-
V. 2. b).- La quiebra sin activo.....	41.-
VI.- Pequeños concursos y quiebras.....	44.-
VI. a).- Supuesto de las personas físicas no comerciantes.....	54.-
VI. a). 1.- La vía concursal o falimentaria.....	55.-
VI. a). 1. A).- El “vacío” normativo.....	55.-
VI. a). 1. B).- La tutela del consumidor.....	56.-
VI. a). 2.- Los artilugios legales.....	57.-
VI. a). 2. A).- La denominada “viveza criolla”.....	57.-
VI. a). 2. B).- La “buscada” rehabilitación y la liberación del pasivo....	58.-
VI. a). 2. C).- El debate sobre el eventual abuso del derecho.....	59.-
VII.- Conclusión.....	63.-

ABSTRACT

Muchos de los pedidos de **proceso concursal** son solicitados con el único fin de paralizar inminentes remates; frente a esto, la opción de ejercer una acción individual o una colectiva es a libre criterio del peticionante. Con ello pretendemos decir que estamos en presencia de una **práctica abusiva** que excede las vallas de la buena fe, la moral y las buenas costumbres previstas en el art. 1071 Código Civil. Por tal razón, la viabilidad del pedido de cualquiera de los tipos de proceso concursal debe ser analizada a la luz del principio señalado.

Frente a la problemática expuesta, cuestionamos si el **juez concursal debe desestimar** el pedido de proceso concursal con fundamento en el principio general del **abuso del derecho**, interpretando y aplicando con armonía el ordenamiento jurídico vigente. El sistema jurídico regula la organización de la sociedad y el juzgador no debe apartarse de él, aún cuando se dé cabal cumplimiento de los requisitos formales plasmados en la ley concursal, sabiendo que la normativa concursal no hace mención expresa a este principio.

En tal sentido, gran parte de la doctrina nacional recepta la postura afirmativa respecto de la **cuestionada aplicación de oficio del principio del abuso del derecho**, basada en el carácter imperativo de la norma. Este también predomina jurisprudencialmente y es indudable su trascendencia actual. Seguimos esta línea mayoritaria de pensamiento y analizamos minuciosamente los fundamentos en el desarrollo de la investigación.

ABUSO DEL DERECHO EN LOS PEDIDOS DE PROCESO CONCURSAL.

I.- Introducción.

La finalidad del presente trabajo es abordar la viabilidad respecto de la aplicación del principio general del abuso del derecho en el derecho concursal, referido particularmente al pedido del proceso concursal.

Es importante el análisis de esta problemática puesto que de no proceder la aplicación de este principio general el juez debiera decretar la apertura del proceso concursal una vez cumplido con los requisitos de ley a pesar que desde la luz del principio general del abuso del derecho resultara de ello perjuicio para el deudor, los acreedores, el orden jurídico y el orden público. Contrariamente, siendo aplicable el principio referido, el juzgador fundadamente debería rechazar el pedido, con los argumentos que se analizarán en el presente trabajo.

Los cambios sociales trascienden lo jurídico; del mismo modo, los abusos de derecho y sus posibles variantes se van reencarnando en nuevas figuras a través del tiempo. Lo que antes quizá podía configurarse un abuso de derecho, ahora puede no serlo y viceversa. Ello a raíz de la aparición de nuevos negocios y operadores jurídicos.

La posibilidad de ejercer una acción individual o pedir la quiebra no puede barajarse como dos vías optativas iniciales pues la segunda debe ser consecuencia del fracaso de la primera y así lo indica el buen entendimiento del orden jurídico. Esta práctica viciosa se ubica en exceso de las vallas de la buena fe, la moral y las buenas costumbres previstas en el art. 1071 CC, ya que la viabilidad del pedido de cualquiera de los tipos de proceso concursal debe ser analizada a la luz del principio señalado.

Cuando una persona solicita la declaración de su propia falencia - en forma directa o luego de haberse concursado preventivamente con resultado infructuoso - esa petición importa el ejercicio de un "último recurso" después de haber agotado las vías tendientes a evitar tan drástica solución, cuyas consecuencias son muy conocidas (desapoderamiento de los bienes y la ulterior enajenación de éstos).

Se ha producido una suerte de "aluvión" de peticiones de propia quiebra, que en una época anterior eran relativamente escasas. Nos encontramos con

una lamentable realidad que indica que muchos de los pedidos de quiebra voluntaria son pedidos con el único objetivo de paralizar inminentes remates.

Resulta llamativo la similitud de presentaciones judiciales plasmadas en modelos de escritos o clichés casi idénticos (lo que nos lleva a preguntarnos si estamos ante una nueva industria del juicio) y que se torna motivo de preocupación el constatarse que un altísimo porcentaje de esos pedidos son formulados por personas que revisten calidad de demandados en otros juicios, generalmente en etapa de ejecución sobre sus bienes. Más aún la circunstancia de que la mayoría de tales procesos falenciales son promovidos escasos días antes de que se concretaran las subastas de rigor, aunque denunciándose el inicio del estado de cesación de pagos en fechas bastantes lejanas.¹ El objetivo de tales peticiones de propia quiebra no es la liquidación del activo sino por el contrario la suspensión de los remates ya ordenados por otros Tribunales. La estrategia suele incluir un futuro pedido de conversión de la quiebra en concurso.

Los mecanismos legales tienen un fin determinado y no puede este violentarse con objetivos meramente dilatorios del proceso. De otro modo se estaría convalidando prácticas antifuncionales que contrarían los principios de justicia y legalidad.

Es real la existencia de personas que, habiendo contraído deudas y agotado los medios para atenderlas, no tienen otro remedio que la drástica petición para que se decrete su propia quiebra, sin que ello implique necesariamente la adopción de una conducta desleal para con sus acreedores.

Pero últimamente las solicitudes de propia falencia, relativamente infrecuentes en una época no muy lejana, se han propagado casi mágicamente, y lo que es más llamativo aún es la gran similitud de la mayoría de esos juicios en lo que hace a su tramitación y objetivos, consistentes en dilatar el mayor tiempo posible la inminente liquidación de los bienes de los deudores.

Existe la posibilidad de que tales procesos, en tanto aparezcan enderezados a evitar tal enajenación mediante el remedio de peticionar la propia quiebra del deudor y, posteriormente, la conversión de ésta en concurso preventivo, den lugar al nacimiento de una nueva rama de la “industria del juicio”, triste y suficientemente conocida en nuestro país.

¹ Esto se muestra en la práctica diaria de los tribunales.

Ninguna razón procesal puede ser válida para que un juez avale y de curso a una pretensión abusiva y que desborda los límites de la licitud (doctr. Arts. 953, 954, 1071 y conc. del CC).

Se ha venido insistiendo sobre la moralización de los concursos. La doctrina nos orienta sobre la necesidad de conferir más transparencia a estos procesos. El uso y abuso de las estructuras procedimentales vienen siendo analizados por la doctrina del proceso civil desde hace tiempo. El empleo antifuncional de derechos procesales por acreedores y deudores en los procesos concursales rehabilitatorio y liquidativo ha merecido la atención de la doctrina y jurisprudencia.

La Constitución Nacional proclama la necesidad de “afianzar la justicia”, objetivo al cual los jueces no pueden renunciar actuando como máquinas en la mera aplicación aislada de normas procesales o sustanciales que, en casos, como los que competen en este trabajo, sólo validarían actuaciones contrarias a los propios principios inspiradores de la legislación concursal (“resguardo del crédito”). **Nadie puede ampararse en la literalidad de un texto legislativo, para obrar en contra del ejercicio regular de los derechos, ni para contrariar los fines que la ley procura se obtengan del instituto legal utilizado (art. 1071, CC).**

Los objetivos que se abordaran en esta investigación para poder responder a la pregunta troncal que nos compete son:

Analizar el abuso del derecho como principio general del Código Civil. Es importante este análisis ya que se ha cuestionado su aplicación de oficio, triunfando la postura afirmativa basada en el carácter imperativo de la norma. La doctrina nacional que recepta la postura afirmativa está integrada por Edgar José Bacarat, Adolfo N. Roullion, Omar U. Barbero, Héctor H. Cárdenas, Héctor Alegría, Germán Wetzler Malbrán, Francisco Junyent Bas, Silvina Izquierdo, Natalia Albanesi, Gastón L. Trápani, Diego M. Blanco y están aquellos que receptan la postura negativa, como Eduardo Angel Teplitzchi (hace réplica de lo expuesto por Germán Wetzler Malbrán en el artículo “Una nueva categoría de sujetos en el ámbito del derecho concursal: los “fallidos por conveniencia”), Carlos Emilio Moro (también hace una réplica al artículo de Germán Wetzler Malbrán), Horacio Pablo Garaguso (entiende que mientras no se reforme la ley de concursos vigente, la denegación de quiebra voluntaria o forzosa del “consumidor” constituye un abuso de poder de los magistrados), Hugo J.

Stempels (apoya la tesis de Horacio Pablo Garaguso), Gabriel De Las Morenas (respecto de la quiebra voluntaria por ausencia de activos).

La figura del abuso del derecho debe aplicarse en todas las disciplinas que dominan el derecho vigente. El derecho es un todo. Por expresa prescripción legal contenida en el art. 1071 del CC los jueces concursales no pueden dejar de aplicar aunque ello no esté mencionado en la ley 24.522. La red normativa positiva es un todo y debe interpretarse y aplicarse de manera integrada, armónica y no segmentada. El art. 1071 del CC alude al titular de un derecho (el deudor que solicita uno de los tipos concursales y el acreedor que solicita la quiebra de su deudor), cuando ejerce ese derecho excediendo los "límites impuestos por la buena fe".

Indagar si el principio general del art. 1071 del CC puede ser aplicado en el derecho concursal. Especialmente referido a su aplicación al inicio del proceso concursal.

Analizar el abuso del derecho en la rama del derecho concursal. Porque los objetivos de los dos tipos de procesos concursales son violentados, ya que la afectación de las causas concursales por manejos abusivos, es un hecho cotidiano en la praxis jurídica. Desconociendo o dejándose de lado los fines de prevención o liquidativos según sea el instituto analizado y se utiliza el procedimiento concursal como un medio para satisfacer las acreencias del deudor o bien frenar los remates del ejecutado según el caso.

Se estudiarán los casos en que se ubica el problema a tratar:

- a) Abuso del derecho en el concurso preventivo;
- b) Abuso del derecho en la quiebra. En este punto se tratarán:
 - b) 1.- El supuesto de la quiebra pedida por acreedor;
 - b) 2.- El supuesto de la quiebra pedida por el deudor;
 - b) 2. 1.- La conversión de la quiebra en concurso preventivo;
 - b) 2. 2.- La quiebra sin activo;
- c).- Pequeños concursos y quiebras;
 - c) 1.- Supuesto de las personas físicas no comerciantes.

Actualmente la gran mayoría de las quiebras y concursos han sido a pedido de los propios deudores con el único objetivo de paralizar inminentes remates. Es decir, se apunta solamente a lo que la ley 24.522 prevé en sus arts. 21 y 24 (para el concurso preventivo) y 132, párr. 2° (para la quiebra). Algunos deudores logran ese efecto más de una vez. No tanto ellos mismos, sino ciertos abogados. Por ejemplo, se hace presentar a alguien en concurso preventivo, y suspende el remate. Luego lo desiste, o se lo dan por desistido. Pero más tarde repiten la experiencia, y con el mismo éxito. Mientras no exista un pedido de quiebra pendiente, o pase un año, la seguidilla es posible ad infinitum (art. 31 in fine, ley 24.522). Otro método consiste en proseguir con el concurso preventivo, pero, cuando vuelve a presentarse la inminencia de un remate (ej. en una ejecución hipotecaria), el deudor hace saber que no puede seguir intentando el acuerdo, o que no puede cumplir el acuerdo ya homologado, y pide su quiebra, y vuelve a paralizar el remate.

Las maniobras para frustrar subastas son y pueden ser muchas otras, mediante el uso (rectius: abuso) de la ley concursal que cabe calificar, sin que ello implique osadía porque la realidad lo muestra, como demasiado permisiva. Estos entuertos causan perjuicios a todos: a los mismos deudores, a los acreedores, a los tribunales, y al crédito en general. Aunque hay ciertamente una excepción, un grupo de personas se beneficia: los abogados que se dedican a esta variante de la industria del juicio y así cobran –por supuesto anticipadamente- de los desesperados deudores con la bandera de remate puesta frente a sus casas, buenos honorarios a cambio del pobre escrito provisoriamente salvador.

Pero los deudores son a la larga perjudicados, pues se los coloca en la humillante situación de concursados o fallidos siendo que sólo va a resultar de allí aumento de gastos, como tasas de justicia, honorarios de Sindicatura, y de otro remate que más temprano o más tarde terminará concretándose. Y sin ninguna expectativa de recuperación, y menos aún de cobro de remanente.

Los acreedores también son perjudicados. Ven dilatado su justo cobro, desde el punto de vista cronológico. Y ven disminuida la cantidad de lo percibido, frustrándose el principio de integridad del pago, por los mayores gastos que operan como reductores.

Resultan dañados los tribunales, que se encuentran abarrotados de trabajo por esta causa. Trabajo inmenso para los órganos jurisdiccionales, cosa injusta porque los hace desatender otros asuntos más serios.

El crédito se ve dañado. Lo cual es gravísimo, pues sin la creencia del público en que las acreencias se cobran, se lesiona la promoción del bien común (o bienestar general, para decirlo con las palabras del Preámbulo de la Constitución Nacional). Esto, unido a que los remates judiciales se van haciendo cada vez más suspendibles, se genera una sensación colectiva de desconfianza. La economía se va paralizando cada vez más.

La doctrina se ha hecho cargo de este problema. Se destaca un artículo de Wetzler Malbrán, quien incluso propone una denominación para los deudores que recurren a estas maniobras: fallidos por conveniencia. Hace observación sobre la plétora de juicios concursales por esta causa en el fuero comercial capitalino, e informa sobre algunas decisiones de los jueces enderezadas a la solución del grave problema: declaración de la quiebra, pero con denegación de la suspensión de la subasta, aunque inmovilizando el producido de ésta, que permanecerá depositado en sede bancaria a las resultas del juicio. Tales sentencias son objetables porque, más allá de la loable intención, se apartan manifiestamente de la ley. Lo que un juez puede hacer es denegar una propia quiebra, o un pedido de concurso preventivo, o de conversión. Pero una vez que hace lugar, tiene que aceptar los efectos que marca la ley vigente, entre los que cuentan la suspensión de los actos de ejecución forzada.

A continuación, se tratarán los ítems que ayudarán a responder la premisa mayor de esta investigación, yendo de lo general a lo particular, para así llegar a la conclusión.

II.- Abuso del derecho.

La teoría del abuso del derecho fue elaborada en doctrina francesa a partir de Josserand y constituye uno de los modernos institutos en el ámbito del derecho, pudiendo conceptuarse como un avance precursor en el sentido de permeabilización de la moral al positivismo, nació como una reacción contra el

liberalismo individualista. Josserand lo definía como una desviación del derecho de su destino social y función extrínseca.²

Y ello es lógico, pues cuando el legislador confiere una prerrogativa a alguno de los sujetos amparados por la ley no lo hace para que dicho sujeto haga de ella cualquier uso, sino que, al consagrarse el instituto, aquel ha tenido en vista un objetivo determinado. Toda institución tiene un destino que constituyó su razón de ser y contra el cual no es lícito levantarse; cada derecho está llamado a seguir una dirección determinada y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente.³

Muchas han sido las teorías que en doctrina se han esbozado respecto del instituto y entre ellas merecen mencionarse las teorías subjetivas que fundan al acto abusivo en la intención de perjudicar o en el sistema de culpa y hasta en situaciones en las cuales el derecho se ejerce en ausencia absoluta de un interés legítimo o de utilidad para su titular; frente a ello se recuerdan las teorías objetivas vinculadas con la rotura del equilibrio respecto de los intereses en conflicto; el hecho de contrariar el destino económico y social que motivó el reconocimiento del derecho subjetivo; la contradicción entre el espíritu de la norma y la conducta desplegada; sin olvidar el ejercicio de derechos incompatibles con la regla moral.

Sin perjuicio de lo expuesto, los elementos constitutivos clásicos del abuso del derecho son los siguientes: a) la existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) la existencia de contrariedad entre el ejercicio concreto del derecho por parte de su titular y los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe y las buenas costumbres; c) la existencia de un daño producido como consecuencia del ejercicio antifuncional del derecho, y d) la imputabilidad por parte de quien ejerce efectivamente el derecho.

El abuso del derecho en el marco del régimen legal argentino se encuentra legislado en el art. 1071 segundo párrafo del Código Civil reformado por la ley 17.711: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos

² Josserand; Cours de droit civil positif francais; París 1932, T I, Pág 107 citado en JA 1945 II, Pág. 791.

³ Daniel Roque Vítolo, “Acuerdos Preventivos abusivos o en fraude a la ley”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, págs. 11/14.

o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.⁴

Para caracterizar la conducta abusiva la ley 17.711 adoptó un criterio finalista, con el agregado de pautas que hacen referencias a las nociones de buena fe, moral y buenas costumbres, directivas generales que servirán para interpretar la conducta del titular en todos los casos.

Así, el criterio para definir cuándo es abusivo el ejercicio de un derecho, la ley establece una doble directiva. Una primera, es específica y se relaciona con la índole del derecho que se ejerce: hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad, dicho en otras palabras, cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado, es decir, cuando se contrarían los fines de su reconocimiento.

La segunda directiva, es más amplia y traslada a esta situación –el ejercicio de un derecho- a la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral. Se califica como abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.⁵

El ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito abusivo que a diferencia del acto ilícito común, en el cual la norma legal es transgredida francamente, implica una violación solapada del ordenamiento jurídico.⁶

Recapitulando, el abuso del derecho consiste en el ejercicio de la atribución legal contrariando los dictados de la buena fe o desviándola del fin para el cual ha sido reconocida. **Se ha cuestionado su aplicación de oficio, triunfa ante tal controversia la postura afirmativa basada en el carácter imperativo de la norma.** La postura esgrimida ha sido recomendada en distintas reuniones de juristas, acogida en precedentes jurisprudenciales y receptada en buena parte de la doctrina nacional.⁷

La aplicación del artículo 1071 del Código Civil no exige un análisis lógico formal sino una valoración de conductas y resultados acaecidos en la vida real,

⁴ Expresa el art. 1071 en su primer párrafo: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.

⁵ Jorge Joaquín LLambías, “Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo II”, Ed. Abeledo-Perrot, 1999, Pág. 165/166.

⁶ Alterini, Ameal, López Cabana, “Derecho de las Obligaciones”, Ed. Abeledo-Perrot, Pág. 734/5.

⁷ Bueres-Highton; Código Civil, Ed. Hammurabi, Pág 128.

pues la sola cita de un hipotético abuso del derecho no resulta suficiente si no se encuentra avalada por hechos probados en el juicio que la sostengan. A los efectos de la aplicación del art. 1071 CC, los elementos que el juzgador debe manejar no son puramente doctrinales, la valoración de extremos tan generales como la buena fe, la culpa, el ejercicio de los derechos no queda librada, por razón de su generalidad, a la actividad discrecional del juzgador, por el contrario, un imperativo de nuestro sistema exige que tales extremos sean apreciados con toda objetividad, es decir conforme las circunstancias concretas que el caso exhibe.

La norma del artículo 1071 CC es derecho positivo y, a pesar de la excepcionalidad que haya de ser su aplicación, debe gravitar a la hora de decidir, no con asiento en preciosismos jurídicos, ni teorías, ni en reglas generales, sino sobre todo en la consideración de la conducta de las partes en el caso particular.

Por otro lado, la regla acerca del ejercicio de los derechos, fue ab initio aplicada en el ámbito del derecho civil, para luego aceptarse su aplicación en materia del proceso judicial, la cual incluye el desvío de las estructuras procedimentales universales tales como el concurso preventivo y la quiebra que a continuación se tratarán.

Si bien dicho principio no tiene consagración normativa en nuestro digesto procesal civil, se lo puede incluir dentro de los principios generales del derecho al que alude o considera el art. 16 del Código Civil, el que textualmente reza: "Si la cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

Al respecto, señala el procesalista Peyrano: "son plurales los caminos que pueden seguirse para arribar a la conclusión de que existe y corresponde aplicar el principio procesal del abuso del derecho, por más que el legislador no lo haya mencionado explícitamente como regla genérica en una norma en particular".⁸ Este autor concibe al principio del abuso del derecho en el proceso como una desviación del principio de moralidad, relacionándolo con los deberes

⁸ Jorge W. Peyrano, "¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?", ED, 159-925.

procesales de contenido ético, que marcan el accionar de las partes en el proceso conforme a la lealtad, probidad y buena fe.

Mientras que Vescovi consigna: “que es en la aplicación concreta de la regla moral, donde la doctrina habla del deber de no utilizar el proceso y los medios y recursos legales, sino de conformidad con los fines lícitos para los cuales está constituido”.⁹

Así, sostiene Gozaíni: “la teoría elaborada en torno al abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etc”.¹⁰

Se concluye entonces que la figura del abuso de derecho debe aplicarse en todas las disciplinas que dominan el derecho vigente. En vista de ello se continuará exponiendo a este principio general desde la óptica del derecho concursal.

III.- El abuso del derecho en materia concursal.

Cuando hablamos de “*derecho concursal*”, nos referimos al conjunto de normas jurídicas que tiene por objeto establecer las condiciones en que se debe declarar judicialmente el estado de incumplimiento generalizado de obligaciones del deudor, así como la apertura de los procedimientos necesarios, a cargo de los órganos competentes, para lograr la solución integral de sus obligaciones pendientes de pago, ya sea mediante un convenio o mediante la liquidación forzada de sus activos.

Concurso es una voz genérica que, en nuestro actual sistema jurídico positivo, tiene dos clases: la *quiebra*, o concurso liquidatorio, (también llamada falencia, de ahí la designación de quebrado como fallido), que es el proceso concursal enderezado a la liquidación y es un proceso por el cual se liquidan todos los bienes del deudor para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones. La quiebra puede ser *directa* (a pedido del deudor o de un acreedor) o *indirecta* (cuando fracasa el concurso preventivo). Y por el otro lado está el *concurso preventivo*, que es el proceso concursal de prevención o reorganización, tendiente a superar el estado de cesación de pagos y sólo puede

⁹ Enrique Vescovi, “Derecho Procesal Civil”, Idea, Montevideo, 1974, pág. 80.

¹⁰ Osvaldo Gozaíni, “La conducta en el proceso”, Platense, La Plata, 1988, pág. 107.

ser pedido por el deudor.¹¹ Se lo define como el proceso universal que tiene por objeto sistematizar, a través del acuerdo preventivo homologado, las relaciones jurídicas entre el deudor y la comunidad de acreedores, su finalidad es precisamente evitar la quiebra.¹²

Además nuestra ley clasifica a los concursos en “pequeños y grandes”, existiendo entre ambos sólo algunas diferencias procesales. Siendo los “pequeños” aquellos en que el pasivo denunciado no alcanza la suma de \$100.000; cuando no hay más de 20 acreedores quirografarios; y cuando el deudor no posee más de 20 trabajadores en relación de dependencia (art. 288 LCQ). No siendo necesario que se den estas tres condiciones para que el concurso sea considerado pequeño. Por el contrario, son considerados “grandes” concursos aquellos que no reúnan ninguna de estas tres condiciones.

Sin embargo, los objetivos establecidos para las dos clases de concursos son violentados. Se desconocen o se dejan de lado los *finis de prevención o liquidativos*, según sea el instituto analizado, y se utiliza, por ejemplo, el procedimiento falencial como un medio para satisfacer los créditos del acreedor o bien frenar los remates de los bienes del ejecutado.

Nos hallamos en presencia de un supuesto de abuso del derecho, el cual puede asumir no sólo el aspecto del acto ejecutado con intención de dañar, o aquel que se comete con conocimiento del daño eventual que se puede ocasionar, sino también es susceptible de adoptar todas las demás modalidades del acto antifuncional, especialmente cuando el que provocó el procedimiento de la falencia perseguía un lucro ilegítimo, o incurrió en un exceso o falta técnica al elegir la vía más perjudicial para el deudor o los acreedores. Estamos ante una conducta reñida con la buena fe, o sea, incompatible con aquel proceder que observan los hombres que obran con equidad y con espíritu de justicia, es decir, cuando el que recurre al procedimiento concursal o falencial actúa apartándose del modo de actuar de un hombre equitativo y razonable.¹³

A pesar de todo ello, la antigua Ley Concursal no consagraba expresamente el instituto del abuso del derecho. Ahora, la nueva ley concursal a través de la reforma introducida por la ley 25.589/2002 introdujo ésta regla que implícitamente antes, ahora aparece expresa en el art. 52 inc. 4º, estableciendo

¹¹ Roullion, Adolfo A.N., “Régimen de Concursos y Quiebras”, en Ed. Astrea, Pág. 35.

¹² Lorente, Javier Armando, Ley de Concursos y Quiebras, Ed. Gowa T I Pág. 81.

¹³ A. Spota, “El abuso del derecho en los pedidos de quiebra”, en Tratado de Derecho Civil, ED. TEA, Volumen 2, pág. 271.

el mismo que “*en ningún caso el Juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley*”.

El Dr. Rouillon se refiere a la homologación judicial del siguiente modo: “*es la aprobación que el juez otorga al acuerdo aprobado por los acreedores*”.

Recordando lo dicho en el apartado anterior, el abuso del derecho significa el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo en los límites aparentes u objetivos del precepto, pero se corrompe su espíritu, se menoscaba su finalidad, “se abusa” del ordenamiento jurídico cuando los derechos son ejercidos para la consecución de fines no confesables.

El derecho ejercido abusivamente por definición requiere que el agente actúe dentro de los límites subjetivos de la norma, pero desviando sus fines económicos y sociales, promedie o no culpa o dolo con ello, sea o no necesario este elemento subjetivo para *revelar* el abuso del derecho. Ilícitas por tanto, serían las acciones y las omisiones producidas en contravención a lo expresamente prohibido u ordenado, y abusivas aquellas que, aunque no prohibidas, *la ley no ampara*. Ello así porque el abutente no pierde el derecho sino que simplemente está desprotegido del amparo legal en el acto concreto.

Por su lado, la expresión “fraude a la ley” es demasiado genérica y significativamente equívoca. En un sentido eminentemente técnico, constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con distinta finalidad. El supuesto se configura por la finalidad de la norma pues, de acuerdo a su texto, cualquiera de las dos normas puede ser utilizada en el caso; lo que ocurre es que el legislador dictó una norma específica para el supuesto de hecho, a fin de lograr un resultado determinado y, sin embargo, el sujeto que actúa utiliza otra norma que, de acuerdo exclusivamente a los hechos, podría ser aplicada pero no lo puede ser si nos atenemos a su finalidad. Si los sujetos realizan determinados hechos la ley establecerá qué efectos se le aplicarán de acuerdo a la finalidad legislativa.

Se denomina *fraude de ley* o *fraude a la ley*, y así lo ha recogido en general la doctrina, al método de incumplimiento indirecto del Derecho (objetivo) en el sentido de que supone la obtención de un resultado contrario al conjunto del orden jurídico determinado alcanzado a través de la puntual inobservancia de lo dispuesto en la norma jurídica. Este fraude no sólo puede recaer respecto a la ley misma, sino sobre todo el Derecho.

El abuso del derecho y el fraude de la ley caminan de la mano, en medida que resulta difícil distinguirlos porque en tanto la doctrina de abuso tiene por fin impedir que el texto literal de la ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia, el fraude a la ley ampara el contenido ético y objetivo de la norma en forma que no prevalezcan las maniobras tendientes a lograr un resultado opuesto al perseguido por ella.

Retomando la ley concursal, nos encontramos que el fin, su télesis, en el concurso preventivo, hoy, es el salvataje de la empresa¹⁴, es decir, su conservación. Sin embargo, sólo el deudor conoce sus posibilidades y los acreedores deben determinar si la propuesta es cumplible, o podría ser superada, para lo cual cuentan con un instrumento fundamental e indelegable: la aceptación o el rechazo. En la duda el juez deberá aplicar sólo en la segunda hipótesis un criterio favorable a la télesis legal actual: la conservación de la empresa, primero en manos del deudor y si esto no fuera posible aún en manos de un tercero con desplazamiento de aquel, y sólo en la hipótesis de la imposibilidad de la recuperación, su liquidación en orden al pago a los acreedores. En el caso de la aceptación por los acreedores la única insoslayable condición es que la conformidad haya sido lograda sin vicios en la base de cómputo y en la expresión de voluntad.

El abuso del derecho aparece introducido en la ley 25.589/2002 art. 52 inc. 4° focalizado en causal obstativa de la homologación judicial tanto de la propuesta que obtuvo las mayorías legales o la de aquella que por no haberla obtenido se somete al cramdown power, o poder de homologación del art. 52 inc. 2° b, pero adquiere relieve propio, en virtud del sometimiento del cramdown del art. 48 a la consideración de los preceptos de Ley de Defensa de la Competencia (art. 39 inc. 10°), simultánea novedad incorporada por la nueva ley.

Sin embargo, esto no significa diferir a la potestad judicial una evaluación tendiente a determinar el monto y las condiciones que podría ofrecer el deudor a sus acreedores, porque esto sería trasladar a la justicia un complicadísimo objetivo de contenido económico que no es accesible a su competencia ni a su idoneidad.

¹⁴ Concepto de "salvataje de empresa" o "cramdown argentino" (art. 48 LCQ): es un procedimiento que tiene lugar cuando la concursada no llega a un acuerdo con sus acreedores. Consiste en darle la posibilidad a otros (acreedores de la concursada y terceros interesados) de presentar propuestas de acuerdo a los acreedores. En caso de aceptarse alguna propuesta, quien la formuló adquiere las acciones o cuotas sociales de la empresa, salvándola de la quiebra. En caso de fracasar el salvataje se decreta la quiebra indirecta.

Los fundamentos de la conservación de la empresa, ello es el fin de la ley concursal, se podrían sintetizar en los siguientes puntos. Primero, la quiebra de la empresa significa su disolución y liquidación y el reparto de sus remanentes, (luego de excutidos sus bienes y afectado el producto al pago de los gastos del mismo procedimiento y de los acreedores privilegiados con garantías, siempre más poderosos o previsores), a una reducción ínfima e insatisfactoria. En la quiebra nadie gana. Cuanto más, en el mejor de los casos, quienes trabajaron en el trámite de liquidación tendrán la satisfacción de sus salarios. Lo demás es pura pérdida. La quiebra es el mal mayor.

Entonces, en el dilema: quiebra o continuación, la opción no ofrece dudas pero lo que resulta insuperable es la forma de proceder a la difícil conciliación del interés social en la continuación de la empresa frente al interés del acreedor dirigido a la percepción del crédito.

Segundo, la empresa, constituida en el verdadero eje de la economía, productora de riqueza, generadora de trabajo, fuente de imposición fiscal a los efectos de la recaudación impositiva y ulterior distribución con sentido social, constituye el pilar básico de la economía moderna. Lograr su subsistencia rescatándola de su desarme, constituye por supuesto un objetivo que en sí mismo merece los mayores esfuerzos y un idóneo interpretativo.

Luego, toda vez que exista perceptible el abuso del derecho, no deberá el Juez homologar el acuerdo obtenido aún cuando éste formalmente no hubiere incurrido en prohibición de norma alguna simplemente porque no ha actuado contra la norma pero no ha actuado “al amparo de la norma”. La apreciación y evaluación de la conducta del empresario y del acreedor que realice el Juez al momento de homologar llevará a determinar la posibilidad de aplicación de la norma.

El abuso en el ordenamiento concursal tiene otra consecuencia que supera la reparación: obsta a la homologación.

La introducción explícita en la LCQ del nuevo “*standand*” –antes implícito por envió hermenéutico al ordenamiento común: arts. 1071, 953 y cc. Cód. Civil– mantiene al rol judicial en el pedestal de las atribuciones, pero en sustancia la

invariable, más aún potenciada, tésis del salvataje es el color del cristal impuesto al intérprete.¹⁵

El Juez deberá actuar entonces según las circunstancias del caso pero siempre en orden al salvataje. Deberá apreciar si la no homologación significa un desmedro a la situación del interés general, al orden público, al de las buenas costumbres, al del ejercicio funcional de los derechos, en suma aquel subyacente común denominador sobre el que en definitiva se apoya la comunidad organizada, todo lo cual ya estaba reconocido en el marco de la ley 24.522/1995 y que en la norma nueva introducida en el art. 52 inc. 4° por la ley 25.589/2002 exige ahora explícitamente que, aún dentro del ejercicio del derecho, la conducta significada por una propuesta abusiva no se torne antifuncional.¹⁶

El abuso del derecho como el agravio de la moral, al orden público, a las buenas costumbres, o la actividad en fraude de los derechos de los terceros, no puede ser reconocido en ninguna sentencia judicial y si bien es cierto ninguno de estos aspectos estaba explícitamente puntualizado en la ley 24.522/1995 como criterio de homologación, todo el ordenamiento impone al juez su vigencia.

En tal sentido el abuso el derecho, figura clásica y tradicional, insoslayable al ordenamiento aparece actualizado en la ley 25.589 del 2002 y los efectos se propagan no sólo directamente a la homologación sino a las distintas instancias del concurso preventivo para los cuales no estaba pensada pero cuya forma ahora explícitamente plasmada ha movido nuevamente la conciencia en torno al enfoque de los problemas desde la óptica particular del clásico principio.

Nunca estuvo excluida de la potestad del juzgador en el régimen de la ley 24.522 ni en ningún otro de las leyes de quiebra precedentes, el poder de no homologar atendiendo a la existencia del abuso el derecho. Sin embargo, a partir de la ley 25.589/2002 el juez se ve impelido por la fuerte sugerencia que irradia el art. 52 inc. 4° y la también notoria exaltación de su figura por parte de la doctrina que marca la presión de un medio jurídico que exigirá evaluar bajo la lupa la conceptualización de un principio (el abuso) y permitirá tantas interpretaciones como subjetividades existan.

¹⁵ Ariel A. Dasso, "La propuesta abusiva, la tercera vía o el color del cristal con que se mira", en Revista de Derecho comercial, del consumidor y de la empresa. Año II, número 2, Abril 2011. Directores H. Alegría, R. M. Manovil, O. Marzorati, J. C. Rivera y A. A. N. Rouillon. La Ley, pág. 9.

¹⁶ Ibid.

Tiene dicho la CSJN que es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella constituyendo esa atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial.¹⁷

Explicados los aspectos generales entre el derecho concursal y el abuso del derecho, se puede comenzar a tratar al principio general en estudio en cada clase de proceso concursal.

IV.- Abuso del derecho en el concurso preventivo.

Tomando como ejemplo una destacada sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Matanza, dictada con fecha 22 de marzo de 2005 in re Dinardo, Liliana María Rita s/ Concurso Preventivo Pequeño, se explicará este punto.

En el caso, al momento de petitionar la apertura del proceso concursal, la concursada contaba en su haber con diversos juicios en los que era demandada. En dos de ellos se había ordenado recientemente la subasta de un inmueble y en el tercero se había dictado sentencia de trance y remate. Se denunció como fecha probable del comienzo del estado de cesación de pagos, el mes de noviembre de 1999 y paradójicamente el proceso concursal se inició cuatro años más tarde en fecha coincidente con aquellos actos de ejecución.

En primera instancia, se rechazó “in limine” el pedido de concurso preventivo con fundamento en la teoría del abuso de derecho en materia falimentaria, decisión que fue posteriormente confirmada por el Tribunal de Alzada, con nuevos argumentos que merecen unas líneas.

Establece el art. 21 de la LCQ reformado por la ley 26.086/2006: “la apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a la presentación, y su radicación ante el juez del concurso”. Con fundamento en esta normativa, de suyo en el caso era

¹⁷ CS 28.489, Caso Lapiduz, ED Boletín, Abril 1999, N° 622.

evidente que el objetivo de la peticionante no era otro que el de frenar los remates.

Un aspecto novedoso de la reforma de la ley 26.086/2006 es que establece que la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, se produce a partir de la publicación de edictos.

Es plausible el cambio de la legislación en este particular aspecto porque el régimen anterior, que preveía la suspensión de aquellos juicios con la presentación en concurso, venía siendo usado, cada vez con más frecuencia, como un elemento para frenar los remates judiciales decretados en cualquier tipo de juicio.

Dijo el Tribunal que: “Contraría el principio de buena fe que se promueva el concurso preventivo de una persona con el fin inmediato, o mediato, de suspender la subasta del inmueble, propiedad del fallido, lo que solo es un efecto del proceso universal como los son también el fuero de atracción, el deber de verificar, el vencimiento de los plazos, la suspensión de intereses, etc. (...)”

Se advierte que el objetivo de la petición de concurso preventivo en las circunstancias indicadas no es encontrar la salida al desastre patrimonial, sino la suspensión de los remates ya ordenados por otros tribunales por aplicación de la norma que impide la realización de actos de ejecución forzosa.¹⁸

La actitud asumida por el Tribunal se enrola evidentemente en un criterio estricto a la hora de evaluar los recaudos formales del art. 11 de la LCQ con miras a evitar el abuso en la materia.¹⁹

La Corte de Justicia de la Nación ha destacado la importancia del principio cardinal de la buena fe que informa y fundamenta nuestro ordenamiento jurídico tanto público como privado al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura, reconociendo que una derivación de dicho principio puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento legal y coherente de los otros, sean éstos particulares o el estado. En ese sentido se ha fallado en el caso en comentario y ello es memorable.

¹⁸ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de La Matanza, Sala II, in re; DINARDO, Liliana María Rita S/ Concurso Preventivo Pequeño, dictada el 22 de marzo de 2005. Sentencia Inédita.

¹⁹ Barbero, Omar U. y Cárdenas Héctor H., “Abuso de Derecho tanto al pedir la Quiebra como al presentarse en Quiebra”, en Derecho Concursal, dirigido por Adolfo N. Ed. La Ley Pág. 104.

Por otra parte, desde el punto de vista doctrinal se ha propuesto la aplicación de normativa local al proceso concursal,²⁰ que pasaremos a exponer.

El precepto del art. 31 última parte²¹ de la LCQ contempla el desistimiento del proceso concursal, no del derecho a concursarse. Aquel establece como única limitación a la repetición indefinida de concursamientos la existencia de pedidos de quiebra pendientes, restricción que se aplica sólo durante el año posterior a la petición.

Es decir que si el deudor se concursó preventivamente para evitar una ejecución forzosa inminente y luego desistió voluntariamente o fue sancionado con el desistimiento, podrá volver a concursarse inclusive dentro del primer año posterior al primer concursamiento por el mero hecho de no tener pedidos de quiebra pendientes. Obteniendo de ese modo una herramienta legal para dilatar el cumplimiento de sus obligaciones.

Así, en consonancia con lo dispuesto por el art. 278²² de la LCQ se propuso recurrir a otro ordenamiento de índole local –que contiene normas de fondo y de forma- para encontrar alguna solución: el Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

El art. 337 inc. g en su última parte establece que la tasa de justicia a tributar en los concursos preventivos tomará como monto imponible el importe de los créditos verificados o en su defecto el pasivo denunciado.

De otro lado el art. 338 inc. e señala la oportunidad en que debe sufragarse el tributo “en los concursos preventivos deberá abonarse la tasa dentro de los 180 días corridos, contados a partir de la fecha de notificación del auto de homologación del acuerdo. En defecto de los supuestos aludidos la tasa deberá abonarse antes que se dé por concluido el proceso”.

En principio, del juego de ambas normas cabe concluir que cuando el proceso concursal no termina por la vía del acuerdo o no se presentan acreedores, antes de dar por concluido el proceso deberá abonarse la tasa de

²⁰ Giménez Bauer, Marcela, “El abuso de las formas en el proceso concursal”, Microjuris Argentina, 27 de julio de 2011; MJ-DOC-5454-AR.

²¹ Art. 31 LCQ Última parte. Inadmisibilidad: “Rechazada, desistida o no ratificada una petición de concurso preventivo, las que se presenten dentro del año posterior no deben ser admitidas, si existen pedidos de quiebra pendientes”.

²² Art. 278 LCQ Leyes procesales locales: “En cuanto no esté expresamente dispuesto por esta ley, se aplican las normas procesales de la ley del lugar del juicio que sean compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal”.

justicia. Entonces, ¿podríamos aplicar estas disposiciones al caso del desistimiento concursal?

Aunque el Código Fiscal no prevé específicamente el caso del art. 31 de la 24.522, en su art. 341 impone el deber legal a los jueces de cualquier fuero de no aprobar a mandar cumplir las transacciones, los desistimientos, las conciliaciones o dar por cumplidas las sentencias si no se ha presentado un informe actuarial que dé cuenta del pago de la tasa de justicia. Tampoco darán por terminado un juicio sin antes haberse cumplido con el referido informe. (...)

Por lo tanto, si no se ha abonado la tasa de justicia el proceso concursal no ha concluido, por lo que el juez concursal debería tener por no formulado el desistimiento y mantener abierto el concurso.

Sin embargo, analizando la cuestión vemos que mantener este estado de litispendencia lejos de solucionar el problema lo agravaría porque al seguir vivo el concurso siguen subsistiendo sus efectos, y entre ellos la suspensión del art. 21 de la LCQ impidiendo a los acreedores comunes y privilegiados –respectos de los actos de ejecución forzosa- continuar las ejecuciones.

De lege lata no parece haber solución. Sin embargo de lege ferenda podría sugerirse que se tenga por operado el desistimiento y renazcan las acciones individuales, sin permitir al deudor abrir nuevamente la instancia concursal si no se sufragaron las costas del anterior pedido.

Esta propuesta guarda congruencia con el principio de la unicidad que veda la existencia de más de un proceso concursal sobre un mismo patrimonio y sujeto toda vez que, por aplicación de la normativa fiscal, el juez no puede tener por operado el desistimiento sin el pago del impuesto de justicia.

V.- Abuso del derecho en la quiebra.

V. 1.- Supuesto de la quiebra pedida por el acreedor.

Se dijo en párrafos anteriores que la quiebra es aquel proceso concursal enderezado a la liquidación de los bienes del deudor para hacer frente a las deudas contraídas.²³

²³ El proceso singular solo persigue la satisfacción del derecho del acreedor, pues la liberación del deudor queda acotada al caso de cumplimiento íntegro y cabal. El proceso universal

Ahora bien, para adentrarnos en este punto es necesario primero distinguir entre ejecución individual y ejecución colectiva.

Cuando el deudor no cumple, el acreedor puede recurrir a las vías de ejecución y liquidación para enajenar forzosamente el patrimonio del deudor, cobrar y ver satisfecha su pretensión. Tiene a su alcance la ejecución individual, que es aquella cuando el acreedor actúa solo y en su propio interés; y la ejecución colectiva - quiebra - , que es aquella cuando la que actúa contra el deudor es la masa o conjunto de acreedores sobre todos los bienes que componen el patrimonio del deudor. Pero para que proceda este modo de ejecución, además del incumplimiento, el deudor deberá encontrarse en *estado de cesación de pagos* (art. 1 LCQ), denominándose así al estado de impotencia de un patrimonio para hacer frente en forma regular a las obligaciones que lo gravan.

En nuestra legislación, las expresiones “estado de cesación de pagos” e “insolvencia” están tomadas como sinónimos.

Las características del estado de cesación de pagos son: *es un estado del patrimonio*, es decir, la cesación de pagos no es un hecho (como si lo es un simple incumplimiento) sino un estado del patrimonio; *impotencia del patrimonio* para hacer frente a las obligaciones, *generalizado*, porque debe afectar a todo el patrimonio y no a una obligación aislada, es decir, que no concierne a la desatención aislada de una obligación, sino a la normalidad y regularidad con que se da satisfacción a toda las obligaciones que gravan el patrimonio; *permanente o definitivo*, porque debe proyectarse en el tiempo y no ser un inconveniente ocasional o pasajero; y *exteriorizado por hechos reveladores*, es decir, que la persona afectada, para caer en “estado de cesación de pagos” deberá incurrir en alguno de los hechos enumerados por el art. 79 LCQ -dicha enumeración no es taxativa-.

Cabe aclarar que cuando art. 79 de la LCQ dice “Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros...”, ese verbo señalado expresa que si bien la ley considere como tal a un hecho revelador, el juez puede no considerarlo.

atiende tanto los derechos de acreedor y deudor, como también los intereses de quienes sin ser parte en el mismo, están ligados a la suerte y destino de la empresa socialmente útil.

Para sintetizar, no puede haber quiebra sin el estado de cesación de pagos y si bien la ley no define qué es el estado de cesación de pagos, el mismo surge de hechos del deudor, que no son el sólo incumplimiento sino un estado, una situación de impotencia patrimonial y la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones con amenaza para los acreedores, que de no conjurar el riesgo podrían ver desaparecer su garantía y perjudicar la igualdad que buscan asegurar las leyes del concurso. Si el incumplimiento es un hecho y la cesación de pagos un estado, aquél sólo puede ser considerado síntoma revelador de esa situación económica en tanto está vinculado con la imposibilidad de afrontar el pago, y el vincularlos es una cuestión de hecho, para lo cual el juzgador debe tener en consideración todos los elementos del caso.

Entonces, en el supuesto que nos compete, quiebra pedida por el acreedor, este, por ejemplo, munido de un pagaré o un cheque o cualquier papel ejecutivo, peticona la quiebra de su deudor como medio de satisfacción de su crédito personal. Así, desconociendo el presupuesto concursal por excelencia, el cual es el estado de cesación de pago, arremeten contra quien les adeuda mediante el pedimento de falencia en lugar de intentar la acción individual para el recupero de su empréstito.

El proceso declarativo de quiebra, iniciado a instancias del acreedor, se caracteriza por ser un proceso de naturaleza sumaria, que veda una instrucción exhaustiva propia del proceso de conocimiento, al prohibir el juicio de antequiebra (art. 84 ley 24.522), pero que obliga a probar los extremos que la ley considera indispensables para la procedencia de la acción (art. 83 ley cit.)²⁴. Es al juez interviniente a quien le toca valorar las probanzas aportadas.²⁵ Y serán los hechos reveladores enumerados en el art. 79 de la Ley Concursal los indicios a partir de los cuales el órgano judicial está en condiciones de concluir que existe cesación de pago.

El pedido de quiebra no es un juicio del acreedor instante contra su deudor sino un modo para cumplimentar los requisitos a los cuales la ley

²⁴ Art. 83 LCQ: "Si la quiebra es pedida por acreedor, debe probar sumariamente su crédito, los hechos reveladores de la cesación de pagos, y que el deudor está comprendido en el art 2°. El juez puede disponer de oficio las medidas sumarias que estime pertinentes para tales fines y, tratándose de sociedad, para determinar si está registrada y, en su caso, quiénes son sus socios ilimitadamente responsables".

²⁵ La ley establece que "no existe juicio de antequiebra": esto significa que no puede haber una etapa probatoria muy extensa para debatir si debe declararse la quiebra o no; por eso, luego de oír al deudor, el juez oír al acreedor y resolverá admitiendo o rechazando el pedido de quiebra.

subordina la sentencia que constituirá la quiebra. El acreedor que demanda la declaración de quiebra, no puede entonces actuar ni peticionar en su provecho.

Pipia distingue el *uso* del derecho de pedir la quiebra del *abuso* de ese derecho. En tal sentido expresa que "...Interponer una acción para que se declare la falencia del propio deudor que haya cesado de hacer sus pagos por obligaciones comerciales constituye *uso* de un derecho de todo acreedor por causa mercantil. Por lo tanto, él no incurre en responsabilidad ni interponiendo la acción, ni resistiendo a la eventual oposición del fallido, siempre que proceda con buena fe y tenga razonable motivo para considerar que se dan los requisitos necesarios para la declaración de la falencia, aun cuando en realidad uno o más requisitos de ésta falten o pueden llegar a ser apreciados de otro modo. Incurre, por el contrario, en el *abuso del derecho*, y se expone a la obligación de resarcir los daños, quien interpone la acción o resiste la oposición, actuando de mala fe, o procediendo con una negligencia o desidia tales que configuren una culpa grave, realizando actos inconciliables con la prudencia media del comerciante normal, dotado de diligencia común..."²⁶.

El pedido de quiebra no es el medio idóneo para ejecutar las obligaciones particulares, más los acreedores lo utilizan con ese fin pues les arroja denodadas ventajas. Por ejemplo, en relación al impacto psicológico que implica para el deudor, se cree lo compele a abonar más rápidamente. Esta situación en los tiempos actuales no se plantea como vergonzante como otrora lo fuera. De todos modos la premisa no pierde actualidad, pues es innegable que no es lo mismo para el deudor recibir un mandamiento de intimación de pago y citación de remate librado en el marco de un juicio ejecutivo, que una cédula de notificación a los fines de que brinde explicaciones en un pedimento de quiebra contra su persona; la segunda por sus consecuencias más gravosas tiene una resonancia mayor.

El acreedor tiene en vista también las ventajas tributarias que esta modalidad le arroja, pues en el caso de pedir la quiebra debe abonar tasa de justicia por monto indeterminado, a diferencia de la suma correspondiente al título que ejecuta como debiera ser si recurre a la acción individual.

Cierta parte de la doctrina ha señalado como coadyuvante a propiciar esta práctica viciosa, la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un

²⁶ "El abuso del derecho en los pedidos de quiebra", en Tratado de Derecho Civil, Ed. Tea. Tomo I, Volumen 2, nota de página 273.

procedimiento ejecutivo monitorio²⁷, no sólo que invierta los tiempos de la jurisdicción (ejecución primero- juicio de conocimiento pleno ulterior para obtener una rápida satisfacción del interés del ejecutante) sino que permita evitar el contradictorio.²⁸²⁹

El proceso monitorio es conceptualizado como un juicio especial, plenario, rápido a través del cual se tiende a la rápida creación de un título ejecutivo con efecto de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley.³⁰

Otra causal que induce al abuso del procedimiento concursal son los largos tiempos procesales que demanda el juicio ejecutivo conforme su regulación actual.

El quid de la cuestión radica en que se obtiene un resultado más eficiente sin un mayor esfuerzo, pues el trámite resulta menos engorroso y más efectivo en la petición de quiebra que en el juicio ejecutivo. Así ante el no cumplimiento del deudor los acreedores recurren al pedimento de quiebra como vía rápida para obtener el cumplimiento cambiando la cesación de pago por el incumplimiento como supuesto de quiebra.³¹

La institución concursal no puede utilizarse como vehículo conductor para conseguir el cobro individual de las obligaciones incumplidas del deudor cuando el estado de su patrimonio permite que cada uno de los acreedores obtenga la totalidad de su crédito, pues en ese caso el proceso colectivo de crisis se tornaría innecesario.

La finalidad de los procesos concursales (dar solución al estado de cesación de pagos del deudor) está siendo ignorada por quienes la ejecutan. Paradójicamente resultan, que se acude a este mecanismo cuando se sabe que

²⁷ “El proceso monitorio es un procedimiento de enjuiciamiento especial que se establece para la resolución rápida de juicios en los que no existe contradicción. Esto es, en aquellos casos en los que el demandado no se opone formalmente a la demanda, para evitar retrasos burocráticos a la obtención de un título ejecutivo, se crea un procedimiento rápido y sencillo que dé al demandante la posibilidad de actuar contra el demandado”. Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas, sociales y de economía, Ed. Universidad.

²⁸ Baracat, Edgar José, “El abuso del proceso en los pedidos de quiebra y procedimientos concursales preventivos”, en Derecho Concursal dirigido por Adolfo N. Roullion. Ed. La Ley Pág. 77.

²⁹ En el XXIII Congreso de Derecho Procesal celebrado en el año 2005 en la ciudad de Mendoza se discutió arduamente el tema, presentándose cuantiosos trabajos acerca de la cuestión.

³⁰ Correa Descalzo, “El proceso Monitorio”, en José María Bosh Editor, Pág. 211, Barcelona, España.

³¹ Baracat, Edgar José, “El abuso del proceso en los pedidos de quiebra y procedimientos concursales preventivos”, en Derecho Concursal dirigido por Adolfo N. Roullion, Ed. La Ley Pág. 77.

el deudor no está en cesación de pagos, porque si se sospecha que sí lo está se intentará la ejecución individual con la mayor celeridad a fin de obtener la totalidad del crédito antes de que se declare la falencia, la cual obligará a resarcirse a prorrata. En cambio cuando el obligado es solvente, depositará lo adeudado cuando es citado a dar explicaciones, sin que de ello tengan noticia otros acreedores porque aún no se han publicado los edictos, de tal modo que el juez no hará lugar el pedido de quiebra y el acreedor solicitar giro por el monto de su crédito.

Algunos ven en la actual redacción del art. 87 de la LCQ un incentivo para la utilización de este método. Es que conforme la redacción que le adjudicó la 24.522 el acreedor que pide la quiebra puede desistir de su solicitud mientras no se haya hecho efectiva la citación prevista en el art. 84. Antes de la vigencia de la reforma que se cita, la práctica usual consistía en el desistimiento encubierto del acreedor quien una vez obtenido el cobro que lo motivaba a iniciar el expediente lo dejaba caducar o renunciaba a sus derechos.

Se accede de este modo a una práctica corriente en nuestros tribunales que consiste en desvirtuar el instituto del pedido de quiebra de su finalidad original.

Sin dudas esta práctica viciosa se ubica en exceso de las vallas de la buena fe, la moral y las buenas costumbres previstas en el art. 1071 CC, ya que la viabilidad del pedido de quiebra debe ser analizada a la luz del principio señalado. La posibilidad de ejercer una acción individual o pedir la quiebra no puede barajarse como dos vías optativas iniciales pues la segunda debe ser consecuencia del fracaso de la primera y así lo indica el buen entendimiento del orden jurídico.

Ninguna razón procesal puede ser válida para que un Tribunal de Justicia avale y de curso a una pretensión abusiva y que desborda los límites de la licitud (doctr. Arts. 953, 954, 1071 y conc. Del CC). Se debe desterrar la utilización del pedido de quiebra como manera espuria de acceder al cobro de los créditos impagos.

La solución a la práctica disvaliosa descrita requiere esfuerzos de varios sectores de la sociedad y en especial de los operadores del derecho. Los magistrados deben ser severos al vislumbrar estos pedimentos.

Arguyen los doctores Cárdenas y Barbero que daría solución a este problema agregar el siguiente párrafo al art. 84 de la LCQ: “Será rechazado, incluso de oficio, cualquier pedido de quiebra abusivo, en el sentido del 1071 del CC. No se considerará abusivo, por sí, el uso de este medio procurando el cobro del crédito”.³²

Concordantemente señala la doctora Hequera que los jueces deben interpretar la ley pero, sumado a esto, tienen la obligación de impedir el cumplimiento de actos cuando sean ilícitos o contrarios a la moral, que si bien pueden estar aparentemente cubiertos de un marco de legalidad, vulneran el orden legal.³³

La Sala A de la Cámara Nacional de Comercio resolvió: *“El pedido de quiebra como proceso universal, no es apto para perseguir el cobro individual de la acreencia ni puede coexistir con la vía individual de cobro. Para que prospere el pedido, se debe acreditar que el deudor se halle económicamente, en la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones en una forma general de manera de no permitirle afrontar los compromisos contraídos, ya que cualquier deudor puede encontrarse en determinado momento sin recursos necesarios para afrontar a sus vencimientos, e incluso voluntariamente, no pagar cierto tipo de deudas”*.³⁴

La Cámara confirmó la resolución de 1ª instancia que había desestimado la instrucción prefalencial en el entendimiento de que no resultaba procedente la ejecución colectiva cuando no se hubiera agotado la vía individual. En la fundamentación del fallo la Cámara destaca que en la acción individual, se denunció un bien a embargo y ni siquiera se intento llevar a cabo esa diligencia, pero en modo alguno abdicó del proceso; luego, sorpresivamente pide la quiebra de la demandada.

El fallo sienta como premisa que el proceso universal no ha sido diseñado para el cobro individual de un crédito, pues persigue resolver la litis o conflicto concursal, atendiendo a todos los intereses en juego. No es posible sostener viables ambos procesos, el primero descarta la viabilidad del segundo.

³² Barbero, Omar U. y Cárdenas Héctor H., “Abuso de Derecho tanto al pedir la Quiebra como al presentarse en quiebra”, en Derecho Concursal dirigido por Adolfo N. Roullion, Ed. La Ley Pág. 105.

³³ Helena Hequera, “Facultades del Juez en los Concursos”, en JA 2003 IV fascículo 10.

³⁴ CNC Sala A, in re “Colnaghi Adriana Julia S/ pedido de quiebra”, 19/11/2009.

Para concluir, los procesos concursales son mecanismos técnicos estructurados por el sistema legal con un objetivo preciso, cual es la tutela del crédito, entendido este no como la acreencia o el derecho del acreedor, sino como un dato económico y sociológico expresado en la generalizada confianza de una comunidad en un tiempo y lugar determinado que los deudores honraran sus obligaciones.³⁵

Estas estructuras técnicas exhiben fundamentos económicos y jurídicos. Los primeros los constituyen las situaciones objetivas patrimoniales reveladas en diversos grados de insuficiencia, que van desde las dificultades económicas y financieras de carácter general hasta el estado de cesación de pagos o insolvencia, en tanto que los segundos se relacionan con el fenómeno de concatenación del crédito, procurando la resolución de la litis concursal, que el concurso como “instituto” genera. Coincidente con esta interpretación Porcelli entiende que la teleología legal del instrumento concursal-falencial “se consuma a mérito del fin último para lo que consiste en la conclusión definitiva de la “conflictividad” existente entre el cesante de pagos – fallido – y sus acreedores insatisfechos”.³⁶

Sería bienvenida una reforma legal que considere esta problemática.

V. 1.- a) Responsabilidad del acreedor.³⁷

El indebido pedido de quiebra por acreedor es aquel en el cual no se han reunido o han sido desvirtuados los requisitos esenciales para que el mismo proceda.

Pueden clasificarse tres momentos que marcan que un pedido de quiebra es indebido: 1) Antes de la notificación al demandado:

Rechazo judicial de la solicitud.

Desistimiento del acreedor.

2) Luego de la notificación al demandado:

³⁵ Horacio Pablo, Guillermo Horacio y Andrés Alejandro Garaguso, “El pedido de quiebra es el ejercicio de la acción individual enderezada a poner al patrimonio de un deudor en estado de cesación de pagos en condiciones de ser liquidado y no es apto para perseguir el cobro individual de un crédito. No puede coexistir con la acción individual de cobro”, en 51° Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Abril de 2009.

³⁶ Idem nota 15.

³⁷ Nora Lambruschini, “Responsabilidad del acreedor que peticiona la quiebra indebidamente”, en Libro de Ponencias, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Quiebra. sindicatura. Desempeño profesional, pág. 59-64.

Acreditación de la inexistencia de alguno de los requisitos necesarios para la declaración de quiebra.

3) Luego de la sentencia de quiebra:

Levantamiento sin más trámite (Dación en pago o a embargo de la suma reclamada en la petición con más los accesorios de ley).

Sentencia revocada a instancia de recurso de reposición.

La ley 24.522 establece en el art. 99 la procedencia de la acción resarcitoria de daños y perjuicios contra el peticionante y sólo si se cumplen los siguientes requisitos:

a) *Sentencia revocatoria de la declaración de quiebra.*

El primer requisito se refiere a la existencia de sentencia firme, por lo tanto no se encontrarían contemplados los casos producidos en los momentos 1 y 2.

La nueva legislación parece haber dejado de lado la acción que otorga el Cód. Civil, al suprimir la extensión del daño según el Cód. Civil, art. 1078 y establecer requisitos más severos para el ejercicio de la acción de la L.C., art. 99. La ley 24.522 deja aclaradas las dudas sobre la existencia de una acción resarcitoria autónoma frente al daño ocasionado por el indebido pedido de quiebra por acreedor, que sólo se nutre supletoriamente del derecho común. Por ello para el caso de sentencias de quiebra revocadas la ley otorga una acción de reparación por los daños y perjuicios ocasionados, contra el acreedor que petitionó la quiebra. Para los casos no contemplados se puede echar mano al derecho civil.

En nuestro sistema sólo el recurso de reposición y el levantamiento sin más trámite³⁸ pueden interponerse contra la sentencia de quiebra³⁹, otras legislaciones prevén la oposición de otros acreedores o terceros, como medios que previenen la utilización abusiva en este procedimiento

b) *Imputación subjetiva del daño. Abuso de derecho por desnaturalización de los fines que tuvo en mira la ley.*

El pedido de quiebra se obtiene probando requisitos de fácil acreditación, la acción que persigue la reparación del daño ocasionado por la indebida petición prescripta por la L.C., art. 99 cuenta con un recaudo de probanza casi imposible: "dolo o culpa grave".

³⁸ Levantamiento sin más trámite. Art. 96 LCQ: "El juez puede revocar la declaración de quiebra sin sustanciar el incidente si el recurso de reposición se interpone por el fallido con depósito en pago, o a embargo, del importe de los créditos con cuyo cumplimiento se acreditó la cesación de pagos y sus accesorios".

³⁹ Contra el auto declarativo de la quiebra no procede el recurso de apelación.

Para que exista culpa debe haber un hecho legalmente imputable y en nuestro caso ese hecho es el pedido indebido de quiebra que viola la prohibición legal de ejercicio irregular de un derecho (abuso de derecho).

La ley otorga el derecho a los acreedores de petitionar la quiebra de su deudor siempre que se reúnan los requisitos que ella misma establece: Probar: crédito exigible, hechos reveladores de la cesación de pagos, y que el deudor es un sujeto pasible de ser declarado en quiebra (art. 83 LCQ).

El problema se plantea con respecto al segundo requisito y en relación con el hecho revelador de mora en el cumplimiento de una obligación.

No es la solución controvertir la teoría amplia sobre la cesación de pagos, sino no confundir el hecho revelador con el mero incumplimiento y afinar la técnica legislativa y el criterio judicial en cuanto a la configuración del estado de cesación de pagos en cuanto estado de impotencia patrimonial general y permanente para afrontar las obligaciones regulares del giro normal de la empresa.

Es deber del acreedor analizar prudentemente la situación de su deudor y definir cuál es el fin que persigue. El acreedor quiere cobrar su crédito, para ello existen los medios de ejecución individual. La ineficacia de estos recursos no puede ser suplida por la ejecución colectiva del patrimonio del deudor.

El pedido de quiebra persigue este último fin en resguardo de la igualdad entre los acreedores y del interés público, pues el endeudamiento de una empresa en crisis perjudica no sólo a sus acreedores sino a la comunidad económica toda.

El factor de imputación subjetivo (dolo o culpa grave) que requiere la L.C., art. 99, la mayor parte de las veces ha determinado el rechazo de la acción de resarcimiento frente a la revocación de la sentencia de quiebra.

La ley parece no atender a la “injusticia manifiesta”, que crea el acreedor cuando realiza su solicitud con imprudencia y ligereza. “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos...” El indebido pedido de quiebra es tal pues contraría los fines que la ley tuvo al reconocerlos y excede los límites de la moral y buena fe, por ende constituye un acto ilícito que ocasiona daño al petitionado y debe ser reparado. (Cód. Civil, arts. 1071 y 1109).

El juez frente al pedido de quiebra por acreedor que invoca como hecho revelador una deuda impaga cuenta con los medios como para evitar la práctica de utilizar el instituto como extorsivo para el cobro de una deuda. Estas

facultades están contempladas por la L.C., art. 274⁴⁰ y CPCC, arts. 34, inc. 5° y 36, en virtud de ellas podría pedir explicaciones al acreedor sobre las gestiones que realizó tendientes al cobro de la deuda. Es el magistrado quien debe evaluar la verosimilitud del derecho que se pretende ejercer.

c) *Daño causado. Reparación integral.*

El tercer requisito se refiere al daño causado, ineludible en virtud del Cód. Civil, art. 1067⁴¹. Frente al pedido de quiebra se enerva la comunidad toda contra el presunto deudor, desde la simple interposición del pedido que se registra en la Cámara de Apelaciones y luego en el Registro de Juicios Universales, a ellos se recurre asiduamente a fin de obtener informes comerciales, y en especial los bancos siempre se encuentran muy bien informados con lo cual a una empresa en crisis puede evitarle la obtención de financiamiento a fin de alcanzar el cambio necesario para su reestructuración. Todo ello sin contar los gastos que el pedido ocasiona y máxime teniendo en cuenta que nuestra jurisprudencia premia al acreedor que pide indebidamente la quiebra imponiéndole las costas al reclamado, frente al levantamiento sin más trámite y en los otros supuestos resulta contradictoria: Costas por su orden el demandado no reúne la calidad de vencido cuando no existe cesación de pagos.

La reparación debe ser integral. El daño resarcible debe comprender: daño emergente, lucro cesante y daño moral; capital e intereses. Es innegable el reconocimiento del derecho a la reparación del daño moral, siendo éste el perjuicio más relevante dentro del ámbito no sólo comercial sino también social. La reputación, el prestigio, el crédito de que goza el reclamado por el pedido de quiebra se ve seria y efectivamente menoscabado.

Otra norma que agrava la situación dañosa es el Art. 98⁴², LC. El recurso de reposición no impide la prosecución del proceso falencial, salvo cuando importe disposición de bienes, sin perjuicio de la realización de los bienes percederos. Aplicable también al levantamiento sin más trámite, la revocación hace cesar los efectos del concurso pero los actos legalmente cumplidos por el síndico y la resolución de los contratos en curso de ejecución son oponibles al deudor.

⁴⁰ Art. 274 LCQ: "El juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias." (...)

⁴¹ Art. 1067 Cód. Civil: "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia".

⁴² Art. 98 LCQ: "La revocación de la sentencia de quiebra hace cesar los efectos del concurso. No obstante, los actos legalmente realizados por el síndico y la resolución producida de los contratos en curso de ejecución son oponibles al deudor, aun cuando los primeros consistieren en disposiciones de bienes en las condiciones del artículo 184".

Para concluir, es necesario establecer medios técnicos jurídicos que nos permitan evitar la corruptela instalada sobre los pedidos de quiebra por acreedores inescrupulosos que pretenden utilizar esta vía para cobrar sus créditos individuales bajo la amenaza de enervar una ejecución colectiva.

La revocación de la sentencia de quiebra no implica el pago de la deuda señalada sino la prueba de la falta de alguno de los requisitos necesarios para la declaración de quiebra.

Para ello resulta imprescindible tomar conciencia sobre los fines que persigue el pedido de quiebra y sobre la clara conceptualización del estado de cesación de pagos, sin asimilarlo al mero incumplimiento.

Cuando se dio la suma a embargo la reparación procede aunque el pedido se haya realizado sin culpa, y en proporción a la inacción del acreedor que no recurre a los medios legales a su alcance para solucionar el conflicto, tornando su solicitud abusiva. Si el acreedor entiende que el depósito en pago es insuficiente debe ocurrir por la vía que corresponde.

Será conveniente ordenar la publicación de las sentencias que rechazan o revocan pedidos de quiebra, especialmente para quienes inescrupulosamente se valen de este derecho en forma irregular, y por supuesto a su costa.

V. 2.- Supuesto de la quiebra pedida por el deudor.

Cuando una persona solicita la declaración de su propia falencia - en forma directa o luego de haberse concursado preventivamente con resultado infructuoso - esa petición importa el ejercicio de un "último recurso" después de haber agotado las vías tendientes a evitar tan drástica solución, cuyas consecuencias son muy conocidas (desapoderamiento de los bienes y la ulterior enajenación de éstos).

Sin embargo, se ha producido una suerte de "aluvión" de peticiones de propia quiebra, que en una época anterior eran relativamente escasas. Nos encontramos con una lamentable realidad que indica que muchos de los pedidos de quiebra voluntaria son pedidos con el único objetivo de paralizar inminentes remates. Pero quien pide su propia quiebra con fines espurios como este mencionado incurre en un ejercicio abusivo de los derechos de conformidad por lo previsto en el art. 1071 del CC.

Es que la velocidad de los hechos y eventos sociales, supera a las normas, el pedido de propia quiebra, hoy y siempre será difícil decisión pero a la fecha y en los términos de la ley 24.522, los procedimientos se han facilitado a tal extremo que la situación no sonroja, en los albores del siglo XXI, a ningún empresario que compruebe que sus balances se repiten como deficitarios, y que puede viajar al exterior luego de la presentación del informe general de los créditos (art. 39, LC) y poder ser rehabilitado, al año de la fecha de la sentencia de quiebra (art. 236, LC). Ya no se observa la resistencia del deudor a pedir su propia quiebra como otrora sucedía por el carácter injurioso de la figura y por las consecuencias desvaliosas que le acarrea a aquel y esto se refleja en las estadísticas de los Tribunales.

Decretar la quiebra del deudor, no acoger el pedido de suspensión del remate, llevarlo a cabo y luego ordenar que el producido se transfiera a la orden del juez de la quiebra para que oportunamente se distribuya conforme los principios de la ley concursal parece una solución decididamente viable. Incluso viene gestándose una corriente jurisprudencial que refleja la postura de que el mismo juez del proceso individual y no el de la quiebra deniegue directamente la suspensión del remate.⁴³

Destaca el doctor Welztler Malbrán, quien denomina a estos sujetos “fallidos por conveniencia”, que resulta llamativo la similitud de presentaciones judiciales plasmadas en modelos de escritos o clichés casi idénticos (lo que nos lleva a preguntarnos si estamos ante una nueva industria del juicio) y que se torna motivo de preocupación el constatarse que un altísimo porcentaje de esos pedidos son formulados por personas que revisten calidad de demandados en otros juicios, generalmente en etapa de ejecución sobre sus bienes. Más aún la circunstancia de que la mayoría de tales procesos falenciales son promovidos escasos días antes de que se concretaran las subastas de rigor, aunque denunciándose el inicio del estado de cesación de pagos en fechas bastantes lejanas.⁴⁴

Señala el autor ut supra mencionado, el objetivo de tales peticiones de propia quiebra no es la liquidación del activo del presentante - consecuencia lógica de la falencia y fin de la misma – con el previo cumplimiento de la carga de poner a disposición del Juez todos sus bienes para posibilitar su incautación

⁴³ Ob. Cit. Bacarat, Edgar.

⁴⁴ Wetzler Malbrán, Germán, “Una nueva categoría de sujetos en el ámbito del derecho concursal: los fallidos por conveniencia”, en ED T 181 Pág. 1284.

(art. 86 LCQ) sino por el contrario la suspensión de los remates ya ordenados por otros Tribunales por aplicación de la norma que impide la realización de actos de ejecución forzada (art. 132 LCQ: “La declaración de quiebra atrae al juzgado en el que ella tramita, todas las acciones judiciales iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales. Salvo las ejecuciones de créditos con garantías reales, quedan exceptuados de este principio los casos indicados en el artículo 21, inc. 1) a 3) bajo el régimen allí previsto. El trámite de los juicios atraídos se suspende cuando la sentencia de quiebra del demandado se halle firme; hasta entonces se prosigue con el síndico, sin que puedan realizarse actos de ejecución forzada”). Luego, obtenida tal suspensión y transcurrido el lapso temporal necesariamente existente entre el dictado de la sentencia de quiebra y la publicación de edictos de estilo, la estrategia suele incluir un futuro pedido de conversión de la quiebra en concurso, para así ocasionar una nueva demora. A su vez, no sería extraño que el deudor intentara dilatar éstos al máximo, para finalmente acabar en una nueva declaración de quiebra, con lo que el proceso volverá al estado en que comenzó, con el consiguiente dispendio jurisdiccional y perjuicio a los acreedores que vieron postergado el cobro de sus créditos.

Soluciones adoptables según la opinión de Welztler Malbrán. a) En torno a la suspensión de la subasta. Una alternativa razonable sería la denegación de la suspensión de la subasta, aunque inmovilizando el producido de ésta, que permanecerá depositado en sede bancaria a las resultas de la distribución de fondos que quepa efectuar en la etapa procesal oportuna.

Esta postura encuentra justificativo en el fin último de los juicios de quiebra: la enajenación del activo para el ulterior reparto de su producido entre los acreedores verificados, según el orden de prelación que corresponda.

Otro aspecto favorable es la factibilidad de cumplimiento de los estrictos y breves plazos que la ley establece para la concreción de la liquidación de los bienes del fallido, pudiendo destacar a este respecto que la agilidad y rapidez de los trámites de venta constituye una de las premisas esenciales del ordenamiento concursal hoy vigente.

Además, la denegación de la suspensión del remate y la aceptación de que éste se lleve a cabo que trasunta tal decisión, permite evitar un serio perjuicio tanto a los acreedores como al propio fallido: la dilación temporal que acarrearía la ulterior y necesaria orden de colocar el bien otra vez en venta, sino

también la inútil duplicidad de gastos que generaría esa nueva liquidación (publicaciones edictales, propaganda adicional, etc.).

Contra esta postura se invocó ante todo la violación de uno de los sustanciales efectos patrimoniales de la quiebra, consistente en la suspensión de los actos de ejecución forzosa respecto del fallido (art. 132 LCQ). Pero, si bien es innegable la existencia de esa previsión legal, también lo es la aludida necesidad de examinar la pretensión de suspensión del remate en el contexto armónico del ordenamiento concursal, valorando las consecuencias que aparejaría una interpretación estrictamente literal del precepto. Cabe analizar la *ratio legis* de éste establecido fin de tutelar la integridad patrimonial del fallido y la *par conditio creditoru*, evitando que un acreedor perciba su crédito en detrimento de los restantes por la mera circunstancia de haber actuado con mayor rapidez mediante una acción singular que escape al control del tribunal de la quiebra. Y esa igualdad entre los acreedores es perfectamente preservable mediante la inversión del producto de la venta, que sólo será distribuido entre aquéllos en la oportunidad procesal correspondiente y con la verificación de sus créditos como requisito previo e ineludible.

Luego, podría darse un cuestionamiento acerca de la legitimidad y/o cuantía del crédito cuyo impago provocó la subasta que se intenta frenar. Sin perjuicio de que esos extremos no resultan discutibles en tal etapa inicial del proceso de quiebra, sino en el marco del período informativo fijado a tal efecto, merece advertirse que, si el quejoso instó la declaración de su propia falencia, es dable presumir que reconoce la existencia para afrontar éstas, presupuesto que habilita la liquidación de su activo.

También es factible que el quebrado alegue encontrarse facultado para peticionar la conversión de la falencia en concurso preventivo (art. 90 LCQ), y que la no suspensión del remate importe un indebido adelantamiento de la etapa de enajenación de sus bienes, o la frustración del acuerdo preventivo que propusiere a sus acreedores. Pero ese argumento no parece idóneo al efecto, basado en una mera eventualidad, y la ley no sujeta la realización de los tramites liquidatorios al vencimiento del plazo conferido al deudor para ejercer esa opción.

Finalmente, es factible que el fallido interponga contra la aludida decisión el recurso de apelación. Este último puede denegarse por la simple aplicación de la regla general sentada por la LCQ, art. 273, inc. 3 o por la ausencia de

legitimidad procesal del recurrente para actuar en el procedimiento respecto de los bienes objeto del desapoderamiento.

b) En torno a la conversión de la propia quiebra. Si bien esta problemática se tratará en lo siguiente, es dable decir algunas palabras al respecto.

Una solución viable y congruente con la eventual decisión anterior de rechazo de la suspensión del remate, estaría configurada por la denegación del pedido de conversión.

No es intención de este trabajo analizar la procedencia de la admisión o del rechazo de la solicitud de conversión de la quiebra en proceso preventivo formulada por quien pidió su propia falencia. Pero sí se pretende abonar la segunda de esas tesis en el caso concreto de que, quien pidió la propia quiebra, lo haya hecho por mera conveniencia y con fines espúrios implicando ello un ejercicio abusivo de sus derechos, expresamente desamparado por la ley (art. 1071 CC).

Ello es precisamente lo que sucedería en estos supuestos de quiebra “por conveniencia”, en los que mediante el acogimiento de la pretendida conversión podría llegar a admitirse la utilización de los institutos concursales y de los Tribunales que los aplican para convalidar maniobras maliciosas, tal la solicitud de declaración de la propia falencia al solo efecto de lograr la suspensión de un acto de ejecución forzosa por parte de un acreedor. Destácase que incluso la doctrina permisiva de la conversión previó la posibilidad de que mediante la conversión de la propia quiebra se intentara, en algunos casos, “detener subastas y similares”, propiciando el impedimento o sanción de esas eventualidades.

Otro detalle es el probable recurso de apelación que eventualmente interponga el fallido, es factible su concesión con efecto devolutivo y mediante incidente por separado, lo que posibilitará continuar normalmente con los trámites de la quiebra. Ello consecuencia de una armónica interpretación de la ley concursal, en la cual el sólo pedido de conversión no es suspensivo del inicio de la liquidación falencial y acorde con la norma de la LCQ, art. 97.

No obstante el trabajo de Wetzler Malbrán fue objeto de réplica por dos autores. Uno de ellos fue Teplitzchi, el cual considera que en la actualidad la petición tendiente a la declaración de la propia quiebra ya no sonroja a quien la formula, que existe la posibilidad legal de convertir la falencia en concurso

preventivo, que la demora que podría provocar en la liquidación del activo la suspensión de la subasta no sería relevante frente al precepto que dispone el inicio del cómputo del plazo para enajenar los bienes desde que se halle firme la sentencia de quiebra, que es imposible confundir el instituto del pedido de propia quiebra con uno de sus tantos efectos, que la petición de falencia por parte del deudor puede obedecer a variados motivos, que ninguna acreencia es legítima en un proceso universal hasta que el magistrado que entiende en él así lo declare, y fundamentalmente, que conviene diferir tal liquidación a las resultas de la etapa verifcatoria del proceso, para evitar la posibilidad de que la subasta se concrete y luego no existan créditos que satisfacer con su producido, resguardando así el derecho y la seguridad jurídica y el patrimonio tanto del acreedor peticionante como del juez concursal, quienes a su juicio podrían ser sujetos pasivos de una acción por daños y perjuicios.⁴⁵

Por otro lado, para el autor Moro debe recordarse la vigencia del principio del *favor debitoris*, lo que impide mirar con disgusto al deudor concursal y pontificar a los acreedores, y, principalmente, tenerse en cuenta la legalidad de la “conveniencia”, en tanto los móviles de un sujeto de derecho le pertenecen indeclinablemente y resulta impertinente abrir juicio sobre ellos.⁴⁶

La respuesta de Wetzler Malbrán fue realizada a través de una manera metodológica.

Al primer autor respondió dividiendo la respuesta de la siguiente manera:

a) Habitualidad del remedio falencial: La referencia a la normalidad de la propia quiebra en los tiempos actuales no parece una cuestión merecedora de mayor debate. Pero si la intención del sujeto incurso en cesación de pagos es encontrar una solución para el repetido carácter deficitario de sus balances, poder viajar al exterior, suspender el curso de los intereses de todo tipo y ser rehabilitado en un plazo breve también existe en la normativa vigente la posibilidad de solicitar la apertura del concurso preventivo, proceso universal que posee respecto del deudor consecuencias bastante más morigeradas que las inherentes a la quiebra.

b) Convertibilidad de la quiebra: La posibilidad de convertir la falencia en concurso preventivo existe de acuerdo con la LCQ, art. 90. Pero dicho precepto

⁴⁵ Teplitzchi, Eduardo Angel, “Los efectos de la quiebra sobre los fallidos por conveniencia”, en ED, 182-1529.

⁴⁶ Moro, Carlos Emilio, “Fallidos por conveniencia, tercer acto”, en ED 184-1403.

establece en su último párrafo que esa facultad no es extensible a los supuestos de quiebra indirecta y que la admisibilidad de tal conversión en los supuestos en que la quiebra fue peticionada por el propio deudor dista de constituir una cuestión pacífica doctrinal y jurisprudencialmente. Además el mero pedido de conversión no es suspensivo del inicio de la liquidación falencial.

c) Plazo para la liquidación del activo: La alusión a la firmeza del decreto de quiebra como recaudo para el inicio del cómputo de los breves lapsos establecidos en el ordenamiento concursal para la concreción de la liquidación del activo falencial no posee conducencia en el tema en análisis. La denegación de la suspensión del remate de bienes del fallido en un proceso diferente a la quiebra tenía, como un elemento que abonaba su conveniencia, la ventaja de permitir cumplir con aquellos estrictos términos temporales. Si es cierto que estos no se computan sino desde el momento en que adquiera firmeza la sentencia de quiebra no parece muy lógico que dicho pronunciamiento pueda ser recurrido por el fallido en los casos en que fue él mismo quien instó su dictado, tales los supuestos que fueron y son objeto de comentario.

d) Supuesta confusión conceptual: La improcedencia de confundir el instituto de la propia quiebra con alguno de sus efectos, tal la suspensión de los actos de ejecución forzada establecida en la LCQ art. 132, segundo párrafo, es evidente. Sobre este punto Wetzler Malbrán coincide con Teplitzchi. Además, expresa que en el ánimo de los “fallidos por conveniencia”, que solicitaban su propia quiebra con el único fin de obtener la suspensión de inminentes remates de sus bienes, y que era inadmisibles debido al objetivo último de la quiebra: liquidar prontamente los bienes del deudor para repartir su producido entre los acreedores verificados.

e) Previa verificación de los créditos: Finalmente, en la crítica se expone que ninguna acreencia es legítima en un proceso concursal hasta tanto el Magistrado que interviene en dicho juicio universal así lo declare, y que en aras de la protección del derecho y de la seguridad jurídica debería diferirse la liquidación del activo hasta tanto exista pasivo verificado, lo que permitirá además tanto a aquel Juez como al acreedor peticionante de la quiebra eximirse de una posible acción de daños y perjuicios en su contra. El autor Wetzler Malbrán se adentra en la segunda de las consideraciones, relativa a la conveniencia de diferir la realización del activo a las resultas de la etapa verificatoria del procedimiento.

Estima que tal sujeción temporal carece de toda base legal, pues es el propio ordenamiento concursal el que establece que la orden de realización de los bienes del deudor debe disponerse al tiempo de decretarse la quiebra, integrando el contenido de la sentencia respectiva, y designándose al enajenador correspondiente todo ello en providencia que dudosamente resulte cuestionable por el fallido, que fue quien petitionó su emisión.

Reiterando lo dicho en un trabajo anterior, dice que es presumible que quien petitionó la declaración de su propia quiebra reconozca la existencia de ciertas acreencias y su imposibilidad de afrontarlas. Pareciendo difícilmente imaginable la configuración del supuesto conclusional del proceso derivado de la inexistencia de acreedores, cuando la existencia de un pasivo inatendible regularmente por parte del deudor es precisamente presupuesto insoslayable no sólo para la declaración de la falencia, sino también para la apertura de cualquier proceso universal según expresa disposición legal (LCQ, art. 1) y elementales principios concursales a punto tal que la adjudicación de un estado detallado y valorado del pasivo y de una nómina de los acreedores son recaudos formales de la solicitud de propia quiebra. Coincide con Teplitzchi en punto a que no son tan inusuales los casos de quiebras concluidas por ausencia de acreedores, pero agrega que siempre los ha visto configurados en quiebras decretadas a pedido de acreedores, y no en propias quiebras, en las que tal situación implicaría una notable contradicción. Si el crítico conoció alguno de esos supuestos, hubiera sido deseable que lo mencionara, en aras de la claridad que requiere todo debate doctrinario.

En cuanto al segundo autor se centró en dos aspectos:

a) Vigencia del principio del *favor debitoris*: La existencia y vigencia de dicha norma son indiscutibles, y en el trabajo de Wetzler Malbrán criticado por Moro en modo alguno se las dejó de lado, ni se “pontificó” a los acreedores. Tampoco se “pensó mal” del instituto falencial sino que únicamente se puso de manifiesto una situación concreta contraria al principio de la tutela del crédito, también vigente en el ordenamiento concursal y en el derecho comercial en general.

b) Privacidad de los móviles de las personas: El Dr. Moro sí avanza en el centro de la problemática en cuestión, invocando que la conveniencia que represente la vía falencial para el deudor es legal y no constituye cuestión judicial, en tanto los móviles de dicho sujeto le pertenecen indeclinablemente.

Es innegable esa “exclusividad” del ámbito volitivo de cualquier persona, incluidas aquellas que se hallen en quiebra, pero como principio general. Una aplicación absoluta de esa teoría importaría la imposibilidad de juzgar cualquier conducta humana en base a elementos subjetivos y la derogación por desuetudo de institutos tales como el dolo, o la temeridad y malicia aludidas en el ámbito procesal.

Para terminar, Barbero propone algunas pautas para tener en cuenta por los jueces para detener de oficio estos intentos de violación del principio del art. 1071 del Cód. Civil.:⁴⁷

a) En los pedidos de concurso preventivo, ser muy estrictos acerca del cumplimiento del art. 11 de la LCQ.

b) Ser restrictivos en la concesión de plazos para el cumplimiento de las disposiciones del art. 11 citado. No olvidar que debe hacer invocación de causal debida y válidamente fundada.

c) Del cumplimiento del art. 11, sobre todo de su inc. 3° puede surgir ostensiblemente el carácter abusivo del pedido. Si por ejemplo el activo no consiste más que en el inmueble hipotecado, y el pasivo no consiste más que en el acreedor hipotecario.

d) En los pedidos de propia quiebra, aunque el propio art. 86 de la LCQ admita que la omisión de los requerimientos no obsta a su declaración, no debe perderse de vista que el pedido de propia quiebra es en definitiva una demanda judicial, y debe reunir recaudos formales mínimos para su seriedad, exigidos por la ley ritual, que no cuadra si la quiebra fue declarada a pedido del propio deudor.

e) De lo que se trata, en suma, es que la ley concursal se utilice para los fines que determinaron su sanción, como ser: trato igualitario de acreedores, que el deudor sea tratado con dignidad, permitiéndosele volver a empezar, conservación de la empresa –lo cual obviamente presupone que hay empresa a conservar- etc.

Finalmente Barbero propone como solución total la vía legal. Deberían reformarse los arts. 21 in fine y 132 de la ley 24.522 en cuanto establecen como efecto constante la suspensión de los actos de ejecución forzada. Lo ideal sería cambiar el efecto, sustituyendo la suspensión de las subastas por la remisión de

⁴⁷ Barbero, Omar U., “Abuso de derecho del deudor al pedir su quiebra, su concurso preventivo o la conversión de aquélla en éste, al solo fin de suspender una inminente subasta”, en MJ-DOC-1558-AR, ED, 191-64, 01 de enero de 2001.

los fondos a la orden del Juzgado concursal. Así prácticamente desaparecerían estas maniobras, con beneficio para todos los actuales perjudicados. Pero al menos deben ser suprimidos en cuanto consecuencias necesarias y genéricas, facultando al juez para decidir, sí, la suspensión de un inminente remate, si lo justifican las circunstancias particulares del caso. Pero siempre como excepción, y jamás como regla. Porque el régimen vigente, en el aspecto en comentario, no se compagina con la modernización que al Derecho Concursal quiso traer la ley 24.522.

V. 2. a).- El caso de la conversión de quiebra en concurso.

La conversión es el instituto mediante el cual el deudor solicita la transformación de la quiebra en concurso preventivo y se encuentra legislado en los artículos 90 a 93 de la ley concursal.

Para obtener la conversión de la quiebra en concurso preventivo el deudor deberá: 1) solicitarla dentro de los 10 días contados desde la última publicación de edictos exigida por el art. 89 LCQ (publicidad de la sentencia de quiebra). 2) ser un sujeto concursable según el art. 5 LCQ (los socios de responsabilidad ilimitada también pueden solicitar la conversión de sus quiebras. 3) cumplir con los requisitos formales exigidos por el art. 11 LCQ para solicitar su concurso preventivo.

Respecto al principio del abuso del derecho aplicado en este aspecto, la doctrina hecha culpas a la actual redacción del art. 93 de la LCQ que expresa: "Vencido el plazo fijado según el artículo anterior, el juez deja sin efecto la sentencia de quiebra y dicta sentencia conforme lo dispuesto en los artículos 13 y 14. Sólo puede rechazar la conversión en concurso preventivo por no haberse cumplido los requisitos del artículo 11".

En vigencia de la 19.551 si peticionada la conversión, fracasaba el concurso los efectos de la quiebra renacían. De conformidad con lo dispuesto en el nuevo articulado parecería que esto ya no es así.

El nuevo articulado dispone que la sentencia que admite la conversión debe dejar sin efecto la sentencia de quiebra, pero ¿cuáles son los verdaderos alcances de esta terminología?

Señala Grispo que dejar sin efecto, implica en primer término que queda sin efecto la declaración de quiebra, puesto que no puede coexistir el concurso liquidatorio abierto con el preventivo que inmediatamente se abrirá.⁴⁸

En efecto, fracasado el concurso al que se arriba por conversión renacen los efectos de la quiebra primigenia que debe continuar con su tramitación, pues es la óptica que mejor se acomoda para alejar las prácticas abusivas.

Sin embargo, lo que se debe evitar es que el deudor remiso realice el siguiente mecanismo: petición de concurso preventivo que luego resulta desistida - por ejemplo por falta de publicación de edictos -. A los dos meses el mismo sujeto peticiona su propia quiebra y al mes peticiona la conversión de esta en concurso.

La conversión de la quiebra no fue instituida como una forma de indemnidad frente a ejecuciones, ni los procesos concursales pueden desviarse para su transformación en mecanismos impeditivos de satisfacción de obligaciones.⁴⁹

Otra cuestión polémica es si el fallido que solicitó su propia quiebra puede solicitar luego la conversión. En principio la conversión procede únicamente cuando la quiebra haya sido declarada a pedido de un acreedor, sin embargo, a partir de fallo plenario "Pujol, Juan C. S/ Quiebra" -30/05/02 Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial- se acepta la conversión aún cuando la quiebra haya sido declarada a pedido del propio deudor. Por otro lado, si bien no existe impedimento legal explícito parte de la doctrina se inclinó por la imposibilidad.⁵⁰

Se sostiene que permitir la conversión del fallido que peticionó su propia quiebra en concurso implicaría sostener conductas incongruentes, pues al elegir una de las opciones agoto la opción legal. La teoría de los actos propios impide a un sujeto volver contra sus propios actos, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces.

De acuerdo con la doctrina de los propios actos cuadra desestimar las pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, toda vez que la citada doctrina promueve el cumplimiento del deber de coherencia del

⁴⁸ Grispo, Jorge Daniel, Concursos y Quiebras, Ed. Ad HOC Pág. 589.

⁴⁹ Voto del doctor Roullion Capel. CC Rosario, Sala I, agosto 27-1999 Presenza, Hilda Irma S/ Quiebra.

⁵⁰ Galli, Claudio A., "Imposibilidad del fallido que pidió su propia quiebra para solicitar la conversión en concurso preventivo", en ED T 176 Pág. 521 y ss.

comportamiento jurídicamente relevante. Esta doctrina deriva del inexcusable deber que pesa sobre los sujetos del proceso de obrar con buena fe, y según ella está vedado desplegar una actividad procesal incompatible con otra anterior.

Desde el punto de vista jurisprudencial, es muy acertada y elogiada la sentencia dictada en *Presenza, Hilda Irma S/ quiebra*⁵¹, que realmente toma el toro por las astas, aplicando el principio general del art. 1071 del Cód. Civil. Era el caso de una deudora hipotecaria que aspiraba al record de tres subastas suspendidas.

En el caso se presenta la siguiente secuencia: 1° Por sentencia del 15-5-97 se abre el concurso preventivo de la Sra. Hilda Presenza y su esposo el Sr. Baltasar Guerediaga por ante el Juzgado Civil y Comercial de la 11° Nom. de Rosario. 2° Ante la falta de publicación de edictos se tienen por desistidos los concursos preventivos. 3° En fecha 23-2-97, la Sra. Hilda Irma Presenza, se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 13ª Nominación de Rosario y peticona su propia quiebra la que es abierta por sentencia n° 96 del 25-2-98. 4° En fecha 25-3-98 la fallida peticona nuevamente su concurso preventivo vía la conversión autorizada por el art. 90 de la LC.

La apertura del concurso como la quiebra implicaron la suspensión de las respectivas subastas programadas en la ejecución hipotecaria que contra la señora Presenza y su esposo debían llevarse adelante en otro juzgado. A partir de la secuencia expuesta, entendió el juez que no correspondía acceder a la conversión solicitada. El juez concursal de oficio dice basta, y deniega la conversión echando mano del principio de no amparo al ejercicio abusivo de los derechos. Y lo hace encuadrando la conducta de la deudora en ambos supuestos previstos en la norma: a) utilización de los mecanismos legales para fines –dilatatorios- contrarios a su institución; b) exceso en los límites de la buena fe en el obrar pues estas idas y vueltas implican volver sobre los propios actos. Expresamente dijo el juez concursal: “Resulta evidente que el mecanismo legal se está utilizando con un objetivo meramente dilatorio vinculado directamente al avance de las ejecuciones hipotecarias y prendarias que afectan a la concursada, utilizándose de este modo la ley para un fin que en ningún momento esta quiso propiciar. Ya la utilización de los sucesivos desistimientos del concurso preventivo había sido motivo de preocupación durante la vigencia de la ley 11.719 fundando la limitación incluida en el art. 32 in fine, ley 19.551 (...).

⁵¹ “Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario Sala I, 27-agosto-1999” en EDJ4121.

Esta utilización de la ley para fines contrarios a su institución configura uno de los supuestos de abuso del derecho que a criterio del tribunal no puede admitirse. En segundo lugar, pedir el concurso preventivo y luego desistirlo; pedir luego la quiebra lo cual implica la admisión de una situación económica insuperable que no admite otra solución que la enajenación del activo del patrimonio del concursado ratificada por el abandono del concurso preventivo anterior, para venir nuevamente a solicitar una solución concordatoria que implica admitir la posibilidad de una solución sin liquidación sin aportar elemento alguno que permita suponer una situación más favorable, **son todas idas y vueltas que implican volver sobre sus propios actos, violándose con ello una norma básica como es la de una buena fe en el obrar”.**

Había además un hecho concreto, que puntualiza la Cámara, que tornaba absurdo en grado sumo, el pedido de conversión: el único acreedor era el acreedor hipotecario. Al respecto expresó la misma: “A los hechos y circunstancias precitados por el a quo cabe agregar que al solicitar la conversión de la quiebra la fallida denuncia (...) sólo un acreedor (el banco que ejecuta la hipoteca), y sólo un proceso judicial (dicha ejecución hipotecaria)”. “Posibilitarle ahora volver a un concurso preventivo en el cual no tiene acreedores a quienes convocar a un acuerdo (nadie, salvo el ejecutante, se presentó a verificar créditos en término), ni actividad empresarial que preservar, es abrir cauce a la posibilidad de un nuevo desistimiento del proceso preventivo, una nueva quiebra voluntaria, una nueva solicitud de conversión y, así, a repetición, mediante un uso manifiestamente antifuncional de los procesos concursales, y la utilización abusiva de los resortes jurisdiccionales, lograr un bill de indemnidad frente a la ejecución del único sujeto que reclama calidad de acreedor privilegiado especial de esta deudora (...)”.

Además, destaca la Cámara: “(...) **que el ordenamiento jurídico es un todo** y, por ende, una petición que formalmente encuadra en la letra de ciertas disposiciones concursales no puede, sin embargo, conducir a que se la acepte jurisdiccionalmente si ello importa la convalidación de un obrar abusivo o antifuncional”.

V. 2. b).- La quiebra sin activo.⁵²

Atento el carácter liquidativo del proceso de quiebra, tanto al acreedor que solicita la quiebra de su deudor, como al deudor que solicita su propia quiebra, se propone la acreditación de la existencia de bienes a liquidar, como medio de evitar el uso abusivo del instituto.

Existen en la actualidad, gran cantidad de procesos de quiebra que revisten la particularidad de la inexistencia de bienes del deudor a los fines de la liquidación, y su consiguiente ineficacia desde el punto de vista económico, ya que todo proceso genera costos que deben ser afrontados, como por ejemplo, tasas de justicia, honorarios de Sindicatura, dispendio de la actividad jurisdiccional, etc. sin que se cumpla el objetivo que tuvo en miras el legislador al regular el instituto. El proceso falencial posee una finalidad liquidativa, consecuentemente es inoperante y abusivo la apertura de dichos procesos cuando no existen bienes a liquidar.

El proceso de quiebra es un modo anormal de ejecución de las obligaciones. En toda relación obligacional nos encontramos con un deudor que debe realizar una prestación determinada y con un acreedor de dicha prestación. Frente al incumplimiento por parte del deudor, el acreedor tiene la posibilidad de satisfacer su crédito sobre los bienes del deudor, mediante una ejecución de carácter individual, donde realizará la liquidación de un determinado bien del deudor.

Ahora bien, frente a la insolvencia del deudor, la ley abre un procedimiento de ejecución colectiva, “en el que el conjunto de los acreedores, con la intervención de un síndico, liquida el patrimonio del deudor, a fin de aplicar el producido a la satisfacción proporcional de todos los créditos comunes”.

Consecuentemente, la finalidad de toda ejecución, ya sea individual o colectiva, es la satisfacción del crédito mediante la ejecución de los bienes del deudor.

La práctica está demostrando la existencia de una gran cantidad de procedimientos de pedido de propia quiebra o de quiebra peticionada por acreedor sin activos a liquidar. Es frecuente la situación con que el deudor utiliza el instituto brindado por la ley a los únicos fines de obtener su pronta

⁵² Torresi, Gloria María y Hadad, Lisandro, “La quiebra sin activo: una propuesta que evite el abuso y la ineficiencia”, en MJ-DOC-3076-AR, 12 de febrero de 2007.

rehabilitación, con la posibilidad de iniciar una nueva actividad comercial sin pasivos que afrontar. Igual de frecuente es el pedido de quiebra por acreedor que tiene conocimiento de la inexistencia de bienes propiedad del deudor e igual recurre a este proceso con intención de infringirle un “castigo” luego de haber fracasado en el cobro individual de su crédito o bien peticiona la quiebra para obtener el cobro del mismo mediante la presión ejercida con dicho pedido y la consiguiente expectativa de que el deudor trate de desvirtuar la existencia del estado de cesación de pagos e impida la declaración de la falencia depositando en pago los fondos suficientes para cubrir el crédito invocado como hecho revelador de la insolvencia.

Ésta última forma de mal utilizar este proceso, es el error de acreedores insatisfechos de considerar a la petición de quiebra como un procedimiento ejecutivo más, para obtener la satisfacción de su crédito. Partiendo, como dice Roullión, de una errónea concepción de lo que es la quiebra, solicitando la falencia en aras de satisfacer su interés individual.

Dentro de lo que el citado autor entiende como múltiples intereses en juego que debe proteger la regulación legal especial de la insolvencia, enumera la salvaguarda de la integridad del patrimonio, la igualdad de trato de los acreedores, y la conservación de la empresa si ello fuera posible.

Cabe preguntarse, cuáles de estos intereses se ven protegidos cuando se abre un proceso de quiebra sin bienes a liquidar, ya sea éste a pedido de un acreedor o del propio deudor.

Si bien es cierto que la ley concursal sólo exige los recaudos establecidos en el art. 83 LCQ, éste debe armonizarse con toda nuestra legislación, y de esta manera evitar lo que configuraría un abuso del derecho, truncando el objetivo establecido por la ley. Es de destacar lo que Guillermo Borda llama las directivas para detectar el antifuncionalismo: si hubo intención de dañar; si falta interés en el ejercicio; si se ha elegido entre las varias maneras de ejercer el derecho aquella que es más dañosa para el deudor; si se ha actuado de manera no razonable; repugnante a la lealtad recíproca; si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo, extraordinario; si media injusticia notoria, consecuencia no prevista por la ley y contraria al sentido moral del juez.

A lo que cabe añadir, quién se hace cargo de los costos de llevar adelante un procedimiento que no va a cumplir con su objetivo, y a su vez

preguntarnos si como sociedad nos es económicamente eficiente la apertura de dichos procesos.

Prácticamente no origina gastos para un acreedor, solicitar la quiebra de su deudor, sabiendo que su accionar genera costos que no serán asumidos por su persona, sino por todo el sistema judicial.

Quienes defiendan la procedencia de la apertura de proceso de quiebra sin activos alegando que en este proceso se tendrá acceso al sistema de recomposición patrimonial establecido en la ley, mediante los institutos de la ineficacia, la extensión de quiebra y la extensión de responsabilidad, buscando de esta manera tutelar o garantizar a los acreedores de la insolvencia del fallido, deberán coincidir que los mismos funcionarios encargados de llevar adelante dichos acciones, muy pocas veces las realizan. Es importante destacar que el propio derecho civil nos brinda las herramientas necesarias mediante la acción de simulación y la acción revocatoria o pauliana, para obtener el resultado de recomposición del patrimonio del deudor. Por lo general, los acreedores no inician estas acciones judiciales, ya que frente a la opción de soportar el costo de llevar adelante las mismas y su incierta probabilidad de éxito más la posibilidad de ser condenados en costas, optan por no realizarlas. Consientes de que en un proceso de quiebra no son ellos los que tendrán que hacerse cargo de dichos costos, optan por peticionar la quiebra de su deudor, y así transferir los costos de dichas acciones al sistema judicial.

Analizando la eficiencia de la apertura de un proceso de quiebra, cuando no existen bienes a liquidar, concluimos que dichos procesos son socialmente ineficientes ya que acarrear mayores costos que los beneficios obtenidos, al no existir patrimonio alguno liquidable no generará ingresos para ningún acreedor, y está imposibilitado de cumplir con el objetivo de la ley.

Por las razones mencionadas se aboga para que en una futura reforma de la ley se contemple la necesidad de la acreditación de la existencia de bienes a liquidar como requisito previo a la apertura de un proceso de quiebra, evitando así el abuso del derecho por el desvirtúo del objetivo de la ley y la generación de un proceso ineficiente.

VI.- Pequeños concursos y quiebras.

Cuando se habla en general de lo que llamaremos “pequeños concursos”, se abarcan distintas situaciones que pueden tener diferencias entre sí y que en algunas legislaciones tienen diversos tratamientos legales e incluso pueden estar contempladas unas y no otras o subsumidas varias bajo una regulación común.⁵³

En la Argentina al referirnos al tema, ordinariamente, estamos pensando en concursos de pequeño (o nulo) activo o pasivo y muchas veces se enfoca como un problema de inadecuación del procedimiento a una realidad patrimonial menguada, con especial énfasis en la saturación de la justicia.

Podemos diferenciar las siguientes situaciones: a) Los concursos (preventivos o quiebras) en los que el patrimonio activo o pasivo es pequeño; b) Los concursos sin activo; c) Los concursos de personas físicas, que a su vez podrían comprender a: c.1) Consumidores. El excesivo endeudamiento del consumidor no incide solamente sobre toda la persona del deudor sino generalmente sobre toda la familia.; c.2) Personas con ingresos fijos generados por relación de dependencia o jubilación; c.3) Profesionales e individuos que realizan trabajo autónomo de prestación esencialmente personal; c.4) Artesanos; c.5) Personas que se dedican a actividades de producción primaria (agricultores, ganaderos, mineros, etc.); c.6) “Pequeños comerciantes”.

No se trata de categorías estancas. Algunas de ellas podrían incluirse o superponerse con otras. La clasificación sólo tiene por objeto identificar supuestos que, en algunos casos, han sido tratados separadamente en distintas legislaciones y en la doctrina.

Un debate de interés, que queda abierto para nuestra legislación, es pensar si todas o algunas de las categorías enunciadas requieren un tratamiento especial de la ley, ya sea mediante una normativa separada específica, o por un tratamiento particularizado dentro de la ley concursal.

Algunos problemas principales:

1) *La inadecuación de los procedimientos para la nueva faz de los fenómenos de la crisis o insolvencia de menor dimensión.* En el derecho concursal es claro que la insolvencia de la gran empresa y el llamado megaconcurso requieren modernamente de un abordaje y soluciones

⁵³ Héctor Alegría, “Los llamados “pequeños concursos”. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos”, en La Ley, págs. 1353-1373.

particulares. Por su lado los fenómenos de los genéricamente llamados “pequeños concursos” mueven a estudio para considerar si quedan fuera del derecho de la insolvencia, o bien si merecen tratamiento especial.

En la actualidad una conjunción de fenómenos ha producido una evidente desarmonía entre los procedimientos para afrontar la crisis o la insolvencia de pequeñas unidades económicas y la nueva realidad a la que están destinados a aplicarse y resolver. La burocratización y el “panprocesalismo” de las soluciones, provoca un dispendio de recursos, tanto de las partes como de los órganos del proceso, que hoy ya aparece inadecuado para su fin. Los fenómenos de la realidad actual referido a la actividad económica de las personas individuales (consumidores, profesionales, artesanos, etc.) y su significación creciente en la economía moderna marcan que el exceso de rito no brinda mejor y más eficaz tratamiento a esos fenómenos.

La duda del intérprete y la del legislador, estará planteada entre la supresión de ciertos procedimientos y el eventual abuso de algunos hipotéticos interesados o una regulación nueva. El dolo no es provocado por ley aunque ésta no debe facilitarlos con riesgo de la comunidad. La reducción de los procedimientos debe ser efectiva, real y económica y detenerse en el límite en el que la prudencia exija la tutela del bien común.

2) *El recargo de la justicia.* Las estadísticas de nuestra justicia revelan el notable aumento de causas, con recargo de las tareas a nivel superior al de saturación, al punto que se llegó a hablar oficialmente del “colapso” de la justicia comercial.

Distintas fuentes nos informan que el 80% de los procesos concursales en la Capital Federal, como mínimo, son pequeños concurso y, de ellos también un 80% no tienen activo o tienen activo insuficiente o mínimo.

3) *La proliferación del crédito al consumo, la bancarización del sistema de pagos y la crisis sistemática como telón de fondo.*

4) *La pequeña empresa, sus debilidades y la recuperación.* Las pequeñas empresas, muchas de ellas desarrolladas sobre la base del trabajo, dirección o inspiración de una persona o un grupo familiar, suelen afrontar especiales dificultades, sobre todo en los primeros años de su existencia. Las crisis generalmente las encuentra con mayores debilidades y con riesgo de desaparición más inminentes. De allí que su recuperación sea más dificultosa,

más aun en condiciones de crisis sistemáticas, por esencia globales y expandidas, en las cuales el crédito y las acciones de saneamiento son insuficientes para todas las unidades del sistema económico.

Todo esto genera, por un lado, que las pequeñas empresas generalmente recurran demasiado tardíamente a medios de prevención o saneamiento y, por otro, que las dificultades propias de ese estado y los costos y tiempos del proceso no les permitan arribar a soluciones recuperatorias. Consecuentemente, la insolvencia provoca situaciones ordinariamente extremas, y los procesos concursales concluyen en su mayoría, con la liquidación de activos reducidos o inexistentes.

La legislación argentina no ha sancionado un estatuto específico que contemple un régimen diferenciado para el caso del “pequeñísimo” concurso o, también, concurso del “consumidor”. Se trata de una materia que requiere de la pronta atención del legislador, por cuanto no es posible dar idéntico tratamiento legal al estado de insolvencia de sujetos sin activo, o escasos, de bienes, con relación al que merece la cesación de pagos de una empresa.

La ley 24.522 contiene un régimen diferenciado para el pequeño concurso (art. 288 LCQ), pero ello no sirve para cubrir algunos aspectos que presenta el “mini concurso”, especialmente cuando el sujeto pasivo carece de bienes, o los tiene de escaso valor, o sólo cuenta en su patrimonio con el “ingreso proveniente de su profesión, trabajo u oficio”.

Se aclara que no es al deudor pobre carenciado y de buena fe al que hemos de ocupar la atención. Es el deudor “pícaro” y “malicioso” (pudiente o no pudiente) el que preocupa y sobre él ha de quedar reducido el análisis de este punto.

Ante la falta de un estatuto diferenciado para cada uno de estos casos (“consumidor”, “pequeño comerciante”, “persona que cuenta sólo con un sueldo”), a la carencia de la legislación actual que traduce un régimen unificado para todos estos supuestos, hay que agregar discrepancias doctrinales y jurisprudenciales difíciles de superar, respecto al tratamiento que merecen ciertos pedidos de quiebra (últimamente, con especial referencia a la quiebra voluntaria).

La doctrina orienta sobre la necesidad de conferir más transparencia a estos procesos, insistiendo sobre la moralización de los concursos. Sin embargo

no hay coincidencia entre los autores sobre la extensión que debe conferírsele a tal moralización.

Explica Edgar José Baracat⁵⁴ que, en la justicia de la ciudad de Rosario, fueron plurales los pedidos de quiebra radicados con características casi semejantes, fenómeno que sorprendió por su número, provocando una verdadera cascada de causas judiciales con ese contenido. Se trató de solicitudes de quiebra voluntarias, rechazadas por los 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. 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 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.

Estas demandas no mostraron la necesidad del deudor de tener que obtener la falencia, para posteriormente poder facilitar la iniciación de acciones de recomposición patrimonial, elemento indiciario éste que pudo quizás cambiar la suerte de la solicitud. Por el contrario, en ellas se indicaba que la solución a la situación por la que atravesaban, podía alcanzarse también mediante el respectivo incidente común de levantamiento o reducción de embargo que pesaba sobre los ingresos en ejecución individual. Los jueces intervinientes en algunos casos rechazaron la apertura y el tribunal de Alzada procedió a confirmar el rechazo. La reducción de la cautelar (régimen común) permitiría a los acreedores colocarse en el orden que correspondiera y esperar su turno, para así cobrar algún día la deuda que para con él asumió el deudor. La multiplicidad de casos radicados en estrados judiciales, causó asombro y produjo el levantamiento de protestas provenientes de distintos sectores sociales (comerciantes, mutuales, entidades bancarias, etc.), exigiendo poner valla a tanto abuso.

El deudor de mala fe 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 por los efectos de la

⁵⁴ Edgar José Baracat, "Pequeñas quiebras y deudores de mala fé", en LA LEY, Buenos Aires, AÑO LXXIII, N° 70, 2009, pág. 1-5.

rehabilitación (art. 234 y sigtes., LCQ), viola el art. 1071 del CC. 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 - “procesos concursales” –pudiera ser utilizado maliciosamente para defraudar a sus acreedores. El orden jurídico es un todo y por lo tanto, 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.

Jurisprudencialmente es dable mencionar: In re “**Gerlo**”⁵⁵ sentó la Sala IV, CACivil y Comercial de Rosario, la siguiente doctrina: 1) “Es cierto que en el subexamen el solicitante de la quiebra voluntaria ha cumplido con los recaudos formales previstos en el art. 11 LCQ, también es exacto que la ley falencial, no exige que el fallido tenga bienes y tampoco la finalidad de la quiebra consiste en liquidar activo, por cuanto puede haber declaración de falencia sin necesidad de que haya activo, pudiendo haber declaración de falencia sin necesidad de que haya activo repartible”; 2) “Empero, esta última circunstancia – falta de activo – sumada a otros elementos que puede brindar el caso concreto, pone sobre el tapete en el sub-iudice si bajo los presupuestos aseverados en la demanda (relato del que se extrae y es demostrativo de que su objetivo es el incumplimiento de las obligaciones contraídas en burla de los acreedores, mediante la asunción voluntaria de un pasivo notoriamente desproporcionado en relación a los ingresos, para luego frustrar el reclamo individual de los acreedores acudiendo al fácil resorte de pedir la propia quiebra), el deudor hace o está haciendo un uso regular y funcional de su derecho a solicitar la quiebra”; 3) “De conformidad a los hechos expuestos en la demanda, el peticionante de la quiebra está utilizando abusiva y antifuncionalmente su derecho, intentando “desbaratar” – valiéndose de un régimen de excepción – el derecho de sus acreedores y en contra de la regla contenida en el art. 1071 del CC, integradora de nuestro orden jurídico”; 4) “La quiebra es un régimen de excepción, y el deudor cautelado bien podría hallar en los remedios ordinarios (acudiendo al incidente de reducción y/o levantamiento de embargos sobre sueldos), los procedimientos adecuados para abordar su endeudamiento y ajustarlo a sus ingresos”.

⁵⁵ Libro de acuerdos N° 383 del 07/09/2007, sala IV, Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario.

“In re” **“Castillo”**⁵⁶, semejante al precedente, dicha Alzada también dijo lo siguiente: 1) “El deudor que obra lealmente y sin malicia tiene derecho a peticionar su propia quiebra, tan esto es así que la propia ley específica se encarga de priorizar esta petición sobre la de sus acreedores, y por ello, el ejercicio regular y normal del derecho que tiene el deudor de solicitar su propia quiebra está fuera de discusión y simplemente se aborda la desnaturalización de la quiebra voluntaria”; 2) “Empero, el deudor está utilizando abusiva y antifuncionalmente su derecho, intentando “desbaratar” el derecho de sus acreedores y en contra de la regla contenida en el art. 1071 del CC, integradora de nuestro orden jurídico, si se observa una nota común dada por la inexistencia de bienes a liquidar, a lo cual se le suma la inembargabilidad que en algunas jurisdicciones se les reconoce a sus ingresos”; 3) “El propio actor reconoce que existe la inembargabilidad a la cual podría acudir demostrando que existen otros caminos a fin de remediar su situación”.

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”. 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.

Se repite así el escenario de un deudor, imitando el acto reprochable de un deudor “pudiente” (o con activo) agazapado, que en la antesala de la bancarrota, ya al borde de su presentación que concretaría pocos días después, convence para que los proveedores que más confianza depositaron en él sigan proveyéndoles mercaderías y materias primas hasta último momento, a sabiendas de que la quiebra es inexorable, para después inmediatamente pedir tutela y obtener así mediante dicha operatoria que su activo se incremente a costas de estos acreedores evidentemente engañados y lesionados en su buena fe.

⁵⁶ Libro de acuerdos N° 384 del 07/09/2007, sala IV, Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario.

Algunos intentan ensayar como un populismo procesal, alegando que el rechazo de la quiebra de deudores sin activo es negar el derecho a la quiebra de “deudores pobres”. Atribuir esa finalidad a los resolutorios que desestimaron estas quiebras espontáneas es un pensamiento “torcido”. La acción no es un derecho a la tutela concreta, debe ser vista como un derecho a la “tutela abstracta”, con prescindencia del sentido que finalmente el juez le confiera al pronunciamiento (favorable o desfavorable). Esta última tutela es un derecho constitucional de acceso a la jurisdicción reconocido por la ley fundamental. Pero de allí a sostener que quien acciona (en el caso el deudor que pide su propia quiebra) tiene derecho a una sentencia favorable en todos los casos, hay un trecho considerable que desestima la teoría del proceso civil. En los casos jurisdiccionales enunciados no le fue negado al deudor el procedimiento de pedido de propia quiebra, por cuanto lo que se desestimó fue la pretensión de abrir la quiebra, punto muy distinto. Acción y pretensión no pueden ser confundidas a esta altura de los estudios del derecho procesal civil. Para obtener un veredicto favorable se requiere algo más, esto es, que quien demanda sea titular de un “derecho subjetivo sustantivo”, y además, que sea regularmente ejercido (Art. 1071 CC). El proceso debe ser un recipiente que contenga pretensiones ejercidas por personas pudientes o no pudientes, pero de ello no puede inferirse que ambas inexorablemente tengan derecho a una sentencia favorable. Una cosa es imprimir tramitación al pedido; otra muy distinta es decretar la quiebra. Para esto último se requiere la concurrencia de requisitos sustanciales extraídos del derecho material valorado como una unidad. No resulta técnicamente atendible decir que cuando se rechaza la quiebra se niega al acceso a la jurisdicción; el pedido de quiebra se presentó y se tramitó. Lo que no obtuvo el peticionario es un veredicto favorable. El derecho de acción, de jerarquía constitucional, no es un derecho a la sentencia favorable.

¿Esta es la moralización de los procesos concursales que intentamos alcanzar? Únicamente en Argentina a este interrogante podría responderse con un sí. La problemática se inserta en el plano “moral”. Es el mismo art. 1071 CC que refiere expresamente a las reglas de las “buenas costumbres”. La propia ley inserta a la cuestión en el campo de la ética.

En el campo de la doctrina al tratar el abuso del derecho a pedir la quiebra voluntaria no está en discusión el derecho que le asiste al deudor de buena fe a peticionar su propia quiebra, tanto de aquel que posee activo como

aquél que no cuenta con bienes en su activo, es decir, los llamados deudores “pudientes” como los deudores “pobres”.

Nuestros jueces dichosamente no han descuidado tutelar al deudor “pobre” o “consumidor” de “buena fe”. La jurisprudencia ha dado respuesta jurisdiccional adecuada para este deudor que ha obrado “lealmente”. No está en el centro de la discusión el derecho del deudor de buena fe (rico o pobre).⁵⁷ No hay dudas que un número considerable de deudores, casi la mayoría, obra lealmente y sin malicia al peticionar su declaración de quiebra.

VI. a).- Supuesto de las personas físicas no comerciantes⁵⁸.

En las últimas décadas, como integrantes del proceso de globalización, hemos presenciado uno de los fenómenos que han afectado las distintas clases sociales sin distinción: el consumo. Su máxima expresión: el consumismo.

Se trata de una necesidad desenfrenada de medir o valorar las capacidades ajenas a través de la tenencia de bienes o del nivel económico con que se manejan.

El consumo es fomentado por todos los medios y se incentiva y enaltece cualquiera fuere la capacidad de pago del sujeto consumidor. 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. 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. El sistema capitalista fomenta el consumo sin reparar en cuál sea la capacidad de pago de la persona concreta. En efecto, por un lado, el dador de crédito y de bienes y servicios, que no repara ante su interés de vender y, por el otro, el consumidor que muchas veces no tiene en cuenta el nivel de compromiso que se adquiere.

⁵⁷ Bacarat, Edgar J., “Derecho Procesal Concurral”, en Nova Tesis, 2004, pág. 95/96.

⁵⁸ Francisco Junyent Bas y Silvina Izquierdo, “¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores.”, en Suplemento La Ley, Concursos y Quiebras, Director Héctor Alegria, Octubre 2009.

El abuso de los procesos concursales o el aumento de las tasas de presentación no responden mayoritariamente a conductas reprochables, sino que se encuentran fuertemente ligadas a cuestiones estructurales macroeconómicas.

Todos estos pequeños concursos abarcan distintas situaciones que pueden tener diferente tratamiento legal y, de allí, que Alicia Pereyra identifica al sujeto comprendido, o sea, al consumidor, a partir de la ley 24.240, pero estrecha aún más el concepto de dicha normativa limitándola a “la persona física que tiene como único patrimonio su sueldo y que goza de estabilidad que le permite pagar sus deudas mediante el sistema de descuento de haberes”.

En una palabra, un ingreso regular y la estabilidad laboral constituyen la garantía que los acreedores tienen en miras al momento de otorgarle un crédito.

Tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, se pone de relieve que el sobreendeudamiento del consumidor tiene notables diferencias con el del empresario o el comerciante, pues éste deudor llega a la situación de insolvencia, no producto de su actividad, sino que sus deudas tienen origen en el consumo.

En otras palabras, debe porque ha gastado más de lo que ha ganado; sus egresos superan sus ingresos, por lo que se ha visto en la necesidad de contraer deudas, las que componen su patrimonio: su sueldo o ingresos regulares.

El origen de los problemas financieros del consumidor parece ambiguo y se desliza en nuestra sociedad capitalista en la concepción del mundo donde la producción masiva y en serie de productos, como así también, una publicidad permanente, crea la propensión a comprar.

Así, tanto el derecho comparado, como la doctrina nacional advierten la necesidad de tener un procedimiento específico para el consumidor.

VI. a). 1.- La vía concursal o falimentaria.

VI. a). 1. A).- El “vacío” normativo.

La problemática como consecuencia del sobreendeudamiento del consumidor se aviva con todas sus fuerzas al advertir que la ley 24.522 tiene virtualmente un único modelo de concurso preventivo o liquidativo para toda clase de deudores.

Más allá de la distinción que efectúan los arts. 288 y 289 de la 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.

Cuando el deudor “sobreendeudado” se presenta a pedir su quiebra se plantean diversas soluciones jurisprudenciales que “ponen en tela de juicio” los criterios de interpretación del actual sistema concursal.

Se cuestiona el derecho de peticionar 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.

Un primer aspecto que debe contemplar el legislador es que articule un sistema de prevención del sobreendeudamiento y correspondiente protección extrajudicial, evitando la concesión irrestricta del crédito.

“La industria del crédito” 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.

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.

El primer ámbito de tutela debe enderezarse a asegurar que los préstamos se concedan, previo estudio de solvencia, y no se permita el descuento por planilla de porcentajes que afectan el carácter alimentario del salario.

El consumidor sobreendeudado no debe quedar expuesto a las acciones de agresión patrimonial que puedan iniciar sus acreedores y la legislación concursal debe articular, en caso de insolvencia, un procedimiento de saneamiento judicial que tutele específicamente esta situación, desestimando las alternativas negatorias actualmente esgrimidas por algunos tribunales.

Este remedio legal, que contemple a la persona del consumidor, debe permitir la propuesta de reestructuración de los pasivos mediante la participación activa de un conciliador o mediador que facilite el acuerdo entre las partes.

VI. a). 1. B).- La tutela del consumidor.

En materia de insolvencia de los consumidores se han enunciado una cantidad de factores propios de la vida personal y que Alegría explica.⁵⁹

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 en INSOL INTERNATIONAL (International Federation of Insolvency Professional). Un estudio de INSOL International dice: *“Resolver los problemas de deuda de los consumidores puede ser muy complejo. Desafortunadamente, esos problemas son frecuentes 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 la familia y su proyecto de vida (way of life). El concluye aislado socialmente o retraído sobre sí mismo”*. Ese informe resume estas causas, en consonancia con lo que ha analizado una importante doctrina, en ciertos tipos o caracteres abarcadores: así, por ejemplo, indica las *deudas de sobrevivencia* que son las mismas para el mantenimiento de la vida del deudor, como alquiler, alimentación, educación, servicios del hogar, vestido; *sobreconsumo* causadas porque el presupuesto del deudor se recarga con un estilo de vida extravagante con base en recursos de préstamos, 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* 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 por el cónyuge. No dejan de señalarse causas del sobreendeudamiento vinculadas con la actitud de los acreedores, sobre todo de los productores de bienes de consumo, de las

⁵⁹ Alegría, Héctor, “Los llamados “pequeños consumidores”. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos”, en SLL, Octubre 2005, pág. 5.

entidades financieras y de otras vinculadas al crédito minorista (por ejemplo tarjeta de crédito).

De dichos análisis se arriba 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.

VI. a). 2.- Los artilugios legales.

VI. a). 2. A).- La denominada “viveza criolla”.

A la luz de la realidad planteada y 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 (“El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración”) y 236 de la LCQ (“La inhabilitación del fallido y de los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, cesa de pleno derecho, al año de la fecha de la sentencia de quiebra, o de que fuere fijada la fecha de cesación de pagos conforme lo previsto en el artículo 235, segundo párrafo, salvo que se dé alguno de los supuestos de reducción o prórroga a que aluden los párrafos siguientes. Ese plazo puede ser reducido o dejado sin efecto por el juez, a pedido de parte, y previa vista al síndico si, verosímilmente, el inhabilitado –a criterio del magistrado- no estuviere “prima facie” incurso en delito penal. La inhabilitación se prorroga o retoma su vigencia si el inhabilitado es sometido a proceso penal, supuesto en el cual dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución. Si mediare condena, dura hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal.”).

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 LCQ en cuanto comprende los bienes desapoderados; otra, la que se adquiera 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.

VI. a). 2. B).- La “buscada” rehabilitación y la liberación del pasivo.

La declaración de la quiebra importa la inhabilitación “ope legis”, ésta sanción mercantil cesa de pleno derecho al año de la quiebra, es decir, que opera también “ministerio legis”, tal como lo manda el art. 236 de la LCQ.

El cese de la inhabilitación deja sin efecto las prohibiciones contenidas en el art. 238 del estatuto falimentario (“Además de los efectos previstos en esta ley o en leyes especiales, el inhabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Tampoco podrá integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de ellas.”) y permite la plena reinserción del ex fallido en la actividad productiva, recuperando las facultades de ejercer los derechos de administración y disposición sobre los bienes que adquiriera a partir de su rehabilitación.

Así, 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.

El sistema de rehabilitación receptado por la actual ley, sigue el esquema anglosajón con su “order of discharge”, o “fresh start”, liberatorio de las deudas incluidas en el concurso y consiguiente renacimiento de la aptitud patrimonial, cesando los efectos estipulados en el art. 238 de la L.C.

La doctrina y la jurisprudencia se han preguntado si éste “new fresh start” es viable en todos los casos y cuáles son los ajustes y precisiones que deben realizarse para una eventual modificación del sistema.

A la luz de los abusos que referenciamos supra, cabe afirmar que, así como no puede retrotraerse la falencia al esquema sancionatorio de sus orígenes, tampoco puede admitirse el endeudamiento abusivo y una liberación patrimonial incausada.

De allí la necesidad de realizar una interpretación del ordenamiento jurídico, como asimismo, analizar los remedios legales que deben articularse para ajustar el sistema.

VI. a). 2. C).- El debate sobre el eventual abuso del derecho.

a- La viabilidad del rechazo.

Todo lo dicho nos lleva a la afirmación de alguna doctrina y jurisprudencia que entiende que cabe rechazar los pedidos de quiebra “voluntarias” de “consumidores”, atento a que implica un abuso del proceso y se hace gala de “la picardía criolla”, bordeando figuras receptadas por nuestra legislación penal (art. 172 del CP).⁶⁰

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, 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 CC.

Por más que el “deudor” reclame su liberación, la rehabilitación no queda sujeta a su propia voluntad, ni de su letrado, sino que el procedimiento de recuperación personal requiere de esta “calificación previa” sobre la conducta del consumidor.

Pero la legislación patria no contiene todavía normativa alguna que contemple el fenómeno y, de allí, la discordia interpretativa.

⁶⁰ Baracat, Edgar José, “Pequeñas Quiebras y Deudores de Mala Fe”, en La Ley, 2009-B, 1229.

b- *La denegación como abuso de poder.*

Desde el otro costado, Garaguso sostiene que la picardía no es ilícito y no compete a los jueces denegar un derecho que la ley y la constitución acuerdan.⁶¹

El autor citado afirma que, 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 conocido jurista expresa que el derecho del deudor a la liberación, sea de una quiebra personal o corporativa, es de la esencia del derecho de las Bancarrotas y el legislativo puede reglamentarlo en la medida que no importe su abrogación.

Pone énfasis en que nuestro sistema jurídico el deudor queda inhabilitación de pleno derecho con la sentencia de quiebra y mientras dura la inhabilitación todos sus bienes presentes y futuros, con las excepciones de los arts. 108 y 109 LC, resultan alcanzados por la universalidad del proceso falencial.

El jurista marplatense insiste que, una vez cumplido el plazo legal de un año y no mediando procesos penales que le afecten, el mismo obtiene de pleno derecho el fin de la inhabilitación.

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

Cuestiona duramente el rechazo del "derecho a quebrar" transitando un camino que considera equívoco, en pos de una elección moralizante, agregando que se está frente a consumidores vulnerable en el mercado de crédito, y que su

⁶¹ Garaguso, Horacio, Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Instituto de Derecho Comercial, San Nicolás 2008.

sobreendeudamiento como repercusión económica los priva de las condiciones de vida que ofrece hoy la sociedad de consumo.⁶²

c- *En busca de un camino.*

En Jornadas de Institutos de Derecho Comercial se ha debatido sobre el tratamiento del deudor sobreendeudado y se ha concluido que, si bien no podría retornarse al viejo sistema sancionatorio de la falencia, tampoco podría caerse en un garantismo excesivo favoreciendo a quien haya actuado como verdadero defraudador.

Truffat ha puntualizado que no duda en que hay casos donde el abuso de derecho (art. 1071 CC) habilita a repeler la aplicación de tramites concursales. Sin embargo, y aun cuando admite que hay algo de antipático (que incluso genera alguna incomodidad desde lo ético) el aferrarse a la tabla de salvación de la quiebra para generar “fresh star”, no encuentra que ello sea técnicamente un supuesto de ejercicio disfuncional del derecho.⁶³

El jurista citado afirma que la ley autoriza expresamente a quien está en cesación de pagos a solicitar su quiebra y obtener pronunciamiento judicial sobre el punto. La salvedad, y esto es materia de debate –pero no sobre el fondo sino sobre la suficiencia de la “confesión” como dato para tenerla configurada-, es que el deudor esté efectivamente en *cesación de pagos*.

Entiende que la circunstancia de que la liquidación no arroje resultados favorables, o que solo arroje resultados paupérrimos no es mérito para denegar la declaración de quiebra.

Truffat puntualiza que la sola presencia del art. 232 LCQ (clausura por falta de activo) debería demostrar que no es menester “tener activo alguno” para quebrar; con el agregado que la inmensa mayoría de los peticionarios de propia quiebra que solo buscan la ulterior rehabilitación si tienen, como mínimo, un activo: el porcentaje de sus sueldos o jubilaciones que caerá bajo el desapoderamiento durante, como mínimo, el año que dure éste.

Cabe concluir con el conocido jurista en el sentido de que el funcionamiento del sistema tiene, al menos, dos aristas negativas: a) la

⁶² De Las Morenas, Gabriel, “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?”, en *La Ley, Supl. Concursos y Quiebras*, Octubre 2008, pag. 1346.

⁶³ Truffat, Daniel E. “Sobre el potencial abuso en el pedido de propia quiebra para obtener la rehabilitación patrimonial”.

publicidad de colegas que desaprensivamente proponen algo así como *“levante los embargos sobre su sueldo: quiebre y rehabilítese al año”*; y b) la actitud subyacente de picardía criolla que tiene que deudores que sabían, o intuían, que no podrían jamás pagar las obligaciones asumidas, se liberen tan cómodamente de las consecuencias patrimoniales de su acciones.⁶⁴

Atento las circunstancias descriptivas precedentemente, se plantean las distintas interpretaciones sobre la viabilidad de la falencia del consumidor y se esgrimen razones que demostrarían, en diversos supuestos, su utilización abusiva.

En este sentido, Truffat, Barreiro y Lorente proponen un autentico procedimiento de “concurso mínimo”. Un proceso breve, brevísimo, si se pudiere, formulario, sobre el cual los autores efectuaron una propuesta legislativa.

Los juristas citados puntualizan que la idea básica es concentrar los actos procesales en un par de presentaciones standarizadas, en un par de audiencias, y poner como norte del sistema la buena fe.

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.

La legislación debe propender a que el propio interesado formule el plan de repago, 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.

Se advierte 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 de bienestar general.

⁶⁴ La cuestión ha sido abordada por el jurista rosarino Edgar Bacarat, en “Pequeñas quiebras y deudores de mala fe”, en La Ley, 2009-B, 1229.

VII.- Conclusión

Luego del análisis del abuso del derecho como principio general del Código Civil se arriba a la conclusión que el orden jurídico es un todo, que este principio debe aplicarse en todas las disciplinas del orden normativo. La red normativa positiva debe interpretarse y aplicarse de manera integrada, armónica y no segmentada.

A la pregunta si puede el juez desestimar el pedido de proceso concursal con fundamento en el principio del abuso del derecho (art. 1071 del Código Civil), se responde que sí. El ejercicio irregular, abusivo y antifuncional de un derecho –de una posibilidad procesal concursal, en la especie- no puede ser jurisdiccionalmente aceptada por expresa prescripción legal del art. 1071 del Cód. Civil, que los jueces concursales también deben aplicar aunque ello no esté mencionado en la ley 24.522, ello en razón de lo expuesto en el párrafo anterior. Es decir que el uso de una ley para fines contrarios a su institución es uno de los supuestos de abuso del derecho que un juez no puede admitir, ya que son actos que violan la regla de buena fe.

Se analizó cómo el mecanismo legal del proceso concursal se está utilizando con un objetivo meramente dilatorio vinculado directamente a evitar el avance de las ejecuciones, utilizándose de este modo la ley para un fin que en ningún momento ésta quiso propiciar. Esta utilización de la ley para fines contrarios a su institución configura uno de los supuestos de abuso del derecho que no puede admitirse.

Una petición que formalmente encuadra en la letra de ciertas disposiciones concursales no puede, sin embargo, conducir a que se la acepte jurisdiccionalmente si ello importa la convalidación de un obrar abusivo o antifuncional. Desde el preámbulo de la Constitución Nacional de 1853 se proclama la necesidad de afianzar la justicia, objetivo al cual los jueces no pueden renunciar actuando como máquinas en la mera aplicación aislada de disposiciones procesales que sólo validarían actuaciones contrarias a los propios principios inspiradores de la legislación concursal. Nadie puede ampararse en la literalidad de un texto legislativo para obrar en contra del ejercicio regular de los derechos ni para contrariar los fines que la ley procura se obtengan del instituto legal utilizado (art. 1071, cód. civil).

No se debe olvidar que el magistrado a quien se solicita el proceso concursal, con todos los poderes inquisitoriales que ello importa (art. 274 y

concs., ley 24.522), y con todos los deberes y responsabilidades que acarrea, el que, de ordinario, a la hora de decidir una apertura concursal preventiva o liquidatoria o por conversión, se limite a la apreciación de meros recaudos formales, por ello el juez debe apreciar y evaluar en su caso las circunstancias extraordinarias para denegar la petición con base en la aplicación de normas sustantivas como las referidas en el art. 1071 del CC. Recuérdese que el recorte de facultades al oficio que ha traído la reforma concursal (ley 24.522) se orienta, sobre todo, a despojar a los jueces concursales de la tarea de evaluadores de aspectos empresariales (los que se dejan al arbitrio del deudor y de sus acreedores), pero en modo alguno se ha convertido al juez del concurso en simple espectador del trámite ya que subsiste la facultad jurisdiccional de control, no sólo de legalidad formal sino también sustancial, abarcativo del respeto a los principios que conforman el total del orden jurídico. Y ello no es sólo **facultad** judicial sino **deber** propio de los jueces.

Bibliografía

Alegria, Héctor, "Los llamados "pequeños consumidores". Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos", en SLL, Octubre 2005.

Bacarat, Edgar José, "El abuso del proceso en los pedidos de quiebra y procedimientos concursales preventivos", en Derecho Concursal dirigido por Adolfo N. Roullion, Ed. La Ley.

Baracat, Edgar José, "Pequeñas Quiebras y Deudores de Mala Fe", en La Ley, 2009-B, 1229.

Barbero, Omar U. y Cárdenas, Héctor H., "Abuso de Derecho tanto al pedir la Quiebra como al presentarse en quiebra", en Derecho Concursal dirigido por Adolfo N. Roullion, Ed. La Ley.

Barbero, Omar U., "Abuso de derecho del deudor al pedir su quiebra, su concurso preventivo o la conversión de aquélla en éste, al solo fin de suspender una inminente subasta", en MJ-DOC-1558-AR, ED, 191-64, 01 de enero de 2001.

Belluscio, Augusto César, "Técnica Jurídica para la Redacción de escritos y sentencias", Suplemento especial de la revista jurídica argentina La Ley.

Correa Descalzo, "El proceso Monitorio", en José María Bosh Editor, Barcelona, España.

Dasso, Ariel A., "La propuesta abusiva, la tercera vía o el color del cristal con que se mira", en Revista de Derecho comercial, del consumidor y de la empresa. Año II, número 2, Abril 2011. Directores H. Alegría, R. M. Manovil, O. Marzorati, J. C. Rivera y A. A. N. Rouillon. La Ley.

De Las Morenas, Gabriel, "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?", en La Ley, Supl. Concursos y Quiebras, Octubre 2008.

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

Garaguso, Horacio Pablo, Guillermo Horacio y Andrés Alejandro, "El pedido de quiebra es el ejercicio de la acción individual enderezada a poner al patrimonio

de un deudor en estado de cesación de pagos en condiciones de ser liquidado y no es apto para perseguir el cobro individual de un crédito. No puede coexistir con la acción individual de cobro”, en 51° Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Abril de 2009.

Giménez Bauer, Marcela, “El abuso de las formas en el proceso concursal”, Microjuris Argentina, 27 de julio de 2011, MJ-DOC-5454-AR.

Grispo, Jorge Daniel, Concursos y Quiebras, Ed. Ad HOC Pág. 589.

Herrán, Maite y Knavs, Verónica, “Abuso del derecho en los pedidos de concurso preventivo y quiebra”, en Ciberjura, 8 de septiembre de 2006.

Josserand; Cours de droit civil positif francais; París 1932, T I, Pág 107 citado en JA 1945 II.

Junyent Bas, Francisco e Izquierdo, Silvina, “¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores.”, en Suplemento La Ley, Concursos y Quiebras, Director Héctor Alegria, Octubre 2009.

Lambruschini, Nora “Responsabilidad del acreedor que peticona la quiebra indebidamente”, en Libro de Ponencias, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Quiebra. Sindicatura. Desempeño profesional.

Lorente, Javier Armando, Ley de Concursos y Quiebras, Ed. Gowa T I.

LLambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo II”, Ed. Abeledo-Perrot, 1999.

Moro, Carlos Emilio, “Fallidos por conveniencia, tercer acto”, en ED 184-1403.

Peyrano, Jorge W., “¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?”, ED, 159-925.

Roullion, Adolfo A.N., “Régimen de Concursos y Quiebras”, en Ed. Astrea.

Spota, A., “El abuso del derecho en los pedidos de quiebra”, en Tratado de Derecho Civil, ED. TEA, Volumen 2.

Teplitzchi, Eduardo Angel, “Los efectos de la quiebra sobre los fallidos por conveniencia”, en ED, 182-1529.

Torresi, Gloria María y Hadad, Lisandro, “La quiebra sin activo: una propuesta que evite el abuso y la ineficiencia”, en MJ-DOC-3076-AR, 12 de febrero de 2007.

Vescosi, Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Idea, Montevideo, 1974.

Vítolo, Daniel Roque, “Acuerdos Preventivos abusivos o en fraude a la ley”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010.

Wetzler Malbrán, Germán, “Precisiones sobre la desnaturalización de las propias quiebras”, en ED T 185.

Wetzler Malbrán, Germán, “Una nueva categoría de sujetos en el ámbito del derecho concursal: los fallidos por conveniencia”, en ED T 181.

Legislación

Código Civil.

Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Ley N° 24.522/95 de Concursos y Quiebras.

Jurisprudencia

CS 28.489, Caso Lapiduz , ED Boletín, Abril 1999, N° 622.

CNC Sala A, Colnaghi, Adriana Julia S/ pedido de quiebra, 19/11/2009.-

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de La Matanza, Sala II, Dinardo, Liliana María Rita S/ Concurso Preventivo Pequeño, dictada el 22 de marzo de 2005.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario Sala I, Presenza, Hilda Irma S/ quiebra, 27-agosto-1999 en EDJ4121.