

Cuestionamientos de constitucionalidad a diversos institutos concursales

por **Juan C. Ciminelli**

1. Introducción

En la consulta a las diversas y capitales obras de doctrina que enseñan el ordenamiento concursal, hemos advertido la imputación de inconstitucionalidad a diversos institutos del universo concursal.

Así, hemos detectado las siguientes imputaciones de inconstitucionalidad:

a) Interpretación de la causa en la verificación tempestiva de títulos de crédito –art. 32, LCQ–.

b) Denegatoria de la invocación del beneficio de litigar sin gastos, en el ejercicio de la acción revocatoria concursal –art. 120, párr. 2º, LCQ–.

c) Regulación de honorarios en el supuesto de quiebras y concursos preventivos en trámite –art. 292, LCQ–.

d) Salvataje de la empresa (*cramdown*) –art. 48, LCQ–.

e) Dividendo concursal y su caducidad –art. 224, LCQ–.

f) Propuesta mínima –art. 43, párr. 3º, LCQ–.

Expuestos los temas cuya constitucionalidad se encuentra cuestionada, antes de entrar en su desarrollo se torna imperioso analizar a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, el mecanismo idóneo para la declaración de inconstitucionalidad por parte del Poder Judicial, respecto de una ley o un decreto emanado de los restantes poderes.

Como cuestión liminar se impone señalar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o un decreto responde a precisas notas individualizantes que enunciamos a continuación.

a) *Caso concreto*. Se encuentra vedado para el Poder Judicial la declaración en abstracto de inconstitucionalidad, ya que requiere del caso como motivante del pronunciamiento.

Este extremo no debe confundirse con la facultad de los jueces de su declaración de oficio, sin petición de parte, tema que se erige en uno de los que mayor discusión ha generado en la doctrina procesalista¹.

¹ Loiacono, Adelina - Gozaíni, Osvaldo A., *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Iniciativa, medios y alcances*, LL, 1985-E-808 a 824; Manchini, Héctor A., *Apuntes sobre la declaración de inconstitucionalidad de las normas*, LL, 1986-B-926; Petracchi, Enrique S., *Control judicial en la Argentina*, LL, 1987-E-709; Gozaíni, Osvaldo A., *Oportunidad procesal para declarar la constitucionalidad de las leyes*, LL, 1988-B-401; Durante, Alfredo L., *Justicia, política y control de constitucionalidad. (Reflexiones y disgresiones a propósito de un fallo)*, LL, 1990-A-855. Discusión que ha provocado diversos pronunciamientos a favor de la vedada posibilidad de la declaración de oficio: “Los jueces se hallan inhabilitados para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes de

b) *Control*. El sistema del control de constitucionalidad se eleva a la categoría de un deber de los jueces de la República, cualquiera sea su jurisdicción o fuero, y se erige en una función propia del órgano jurisdiccional, si bien la decisión última corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

c) *Taxatividad de medios de revisión constitucional*. Son tres los medios procesales tendientes a obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso de la Nación o un decreto emanado del Poder Ejecutivo: 1) amparo; 2) acción de mera certeza o declarativa, y 3) juicio sumario.

d) *Criterio restrictivo*. La declaración de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio*; por lo tanto, debe aplicarse un criterio restrictivo, habida cuenta de que toda ley cuenta con una presunción de legitimidad².

Sentados los criterios que tipifican una declaración de inconstitucionalidad, tanto desde la doctrina como desde las decisiones pretorianas, nos adentraremos en el análisis de las diversas hipótesis enunciadas.

2. Interpretación de la causa en la verificación tempestiva de títulos de crédito –artículo 32, LCQ–

En una ocasión anterior tuvimos la oportunidad de analizar la aplicación de los plenarios “Translínea” y “Difry” en la verificación *tempestiva* (esto es, dentro del plazo del art. 14, inc. 3, LCQ) de títulos de créditos³.

la Nación” (CFed La Plata, Sala III, 3/3/94, JA, 1994-IV-21). “La inconstitucionalidad de una norma no puede declararse de oficio por los jueces y su requerimiento debe formularse en la primera oportunidad procesal propicia en la instancia ordinaria y respetando la audiencia de la contraria” (SCBA, 25/4/95, DJBA, 149-3517). “Corresponde declarar la inconstitucionalidad de normas que, aunque no ostensiblemente incorrectas en su inicio, devienen indefendibles desde el punto de vista constitucional” (CSJN, 27/12/96, JA, 1997-II-557). “No se puede declarar la inconstitucionalidad de oficio ya que el apartamiento judicial de la legislación vigente requiere mínimamente el presupuesto de una acción dirigida a la consecución de dicho pronunciamiento, toda vez que está en juego el principio de la división tripartida del gobierno y el principio de defensa en juicio, ambos de superlativa trascendencia constitucional” (CNTrab, Sala IV, 20/8/96, DT, 1996-B-2905).

² Lo expuesto se erige en línea de elaboración pretoriana: “La declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico” (CNCiv, Sala E, 7/3/94, JA, 1994-IV-606). “La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, es un acto de suma gravedad institucional pues las leyes debidamente sancionadas y promulgadas gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con una cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable” (CNCrimCorr, Sala VI, 8/8/94, DJ, 1995-I-973). “El análisis de la validez constitucional de un norma de jerarquía legal constituye la mas delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, en consecuencia, es sólo practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, entendiéndose que por la gravedad de tales extremos debe estimárselos como la *ultima ratio* del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera” (CNTrab, Sala II, 17/9/94, DT, 1995-A-231). “La declaración de inconstitucionalidad importa la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, tarea en la que cabe extremar la cautela y la prudencia en el razonamiento judicial, de tal modo que, en situación de duda, habrá de concluirse por la constitucionalidad del precepto objetado” (CCivCom Rosario, en pleno, 16/6/92, Juris, 89-498).

³ Ciminelli, Juan C., *Los plenarios “Translínea” y “Difry”. ¿Se aplican ante la solicitud tempestiva de ingreso al pasivo concursal?*, JA, 1998-III-760.

Establecimos, con fundamento en lo normado por el art. 32 de la ley falimentaria, que el acreedor beneficiario de un título de crédito –letra de cambio, pagaré, cheque o factura de crédito– sólo debe *indicar, nunca probar, la causa* del libramiento del título en la solicitud tempestiva verifcatoria.

Amén de la doctrina y la jurisprudencia condensada en el III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, que tuvo lugar en noviembre de 1997 en la ciudad de Mar del Plata, el doctor Pedro J. Figueroa Casas presentó una interesante ponencia⁴ donde se sienta la inconstitucionalidad de la exigencia de *probar la causa* del libramiento de los títulos de créditos, por contradecir el texto expreso del art. 32, LCQ al imponerse al insinuante una carga sin andamio normativo, en colisión con lo normado por los arts. 18 y 19 de la Const. nacional.

En virtud de la importancia del razonamiento del destacado publicista, se impone su transcripción en la parte pertinente: “Por consiguiente, la obligación impuesta por los plenarios ‘Translínea’ y ‘Difry’ al supuesto de verificación tempestiva en cuanto a la prueba de la causa, estimamos es a todas luces inconstitucional, violatorio de los arts. 18 y 19 de la Const. nacional; especialmente en cuanto a que ‘ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de que ella no prohíbe’. No puede exigirse al tenedor de un título circulatorio recaudos que ni la ley especial ni la normativa concursal le imponen tomar; lo que por otra parte contrarían los fines perseguidos por las normas creadoras de los mismos”. Adelantamos desde ya que suscribimos sin vacilación a la tesis elaborada con precisión por el distinguido ponente.

Una vez más, los magistrados y funcionarios sindicales deben establecer el ámbito de aplicación de la doctrina emanada de los plenarios que tanta discusión han provocado. Será aplicable en los incidentes de revisión y verificación tardía, y no existe posibilidad legal de extender su aplicación al supuesto de la solicitud *tempestiva* de verificación.

Ello es así, pues la norma aplicable al caso concreto –art. 32, LCQ– requiere (“nada más ni nada menos”) que el pretense acreedor vierta una detallada explicación –indicación– del negocio que motivó el libramiento o endoso de la cambial que se pretende verificar en el pasivo concursal, para adquirir la aptitud de acreedor concurrente del concursado.

Cabe recordar lo sostenido por el más alto tribunal de la Nación, en el sentido de que todo decisorio jurisdiccional debe fundarse en norma vigente, so riesgo de que se lo califique como arbitrario, y se erija en una vía que permita la concesión del recurso extraordinario⁵.

⁴ Figueroa Casas, Pedro J., *La etapa de verificación de créditos ¿un proceso? La solicitud verifcatoria ¿una verdadera demanda? En consecuencia, ¿es a cargo del acreedor insinuante la prueba de la causa?*, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. I, p. 201 a 216.

⁵ “Si la sentencia revela una interpretación que desvirtúa y vuelve inoperante el texto legal e incurre en afirmaciones netamente dogmáticas, no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso. Por ello, al encontrarse afectadas en forma directa e inmediata garantías constitucionales, tal sentencia incurre en arbitrariedad y habilita la procedencia del recurso extraordinario interpuesto” (CSJN, 4/10/94, LL, 1995-A-445). Es arbitrario el pronuncia-

Por lo tanto, un pronunciamiento jurisdiccional que imponga la doctrina plenaria en la oportunidad del art. 36, de la LCQ –verdadera sentencia– devendrá arbitrario por infracción a lo normado por los arts. 18 y 19 de la Const. nacional; es decir, deviene inconstitucional la imposición de una obligación al pretense acreedor que carece de respaldo normativo.

3. Denegatoria de la invocación del beneficio de litigar sin gastos en el ejercicio de la acción revocatoria concursal –artículo 120, párrafo 2º, LCQ–

El instituto de la responsabilidad concursal se erige como una mesa con cuatro patas: a) acción revocatoria concursal –arts. 118 a 120, LCQ–; b) extensión de la quiebra –arts. 160 a 171–; c) responsabilidad de representantes –art. 173, párr. 1º, LCQ–, y d) responsabilidad de terceros –art. 173, párr. 2º, LCQ–.

La acción revocatoria concursal ha merecido la atención del legislador de 1995, y le ha introducido modificaciones tan profundas que en comparación con el ordenamiento anterior aparece como un instituto nuevo.

Conforme lo normado por el art. 119, párr. 3º, del ordenamiento concursal, *la acción es ejercida por el síndico*, quien deberá contar con la autorización previa de los acreedores que representen la mayoría simple del capital verificado y declarado admisible. Autorización que, pese a la fundamentación dada por los autores del proyecto, implica en la práctica un verdadero escollo para su promoción⁶.

Si bien la legitimación primaria para promover la acción de recomposición patrimonial recae en cabeza del órgano sindical, el ordenamiento falencial prevé una legitimación secundaria o subordinada en cabeza de *cualquier acreedor interesado*⁷, quien podrá promoverla sujeta a tres condiciones: a) solicitud ante el magistrado a cargo del proceso liquidatorio requiriendo una intimación al órgano sindical para que proceda a la promoción de la correspondiente acción; b) providencia favorable por parte del juzgado, y c) transcurso del plazo de treinta días sin que, encontrándose el síndico debidamente notificado, procediera a promover la correspondiente acción. Por ello, la legitimación de los acreedores deviene subsidiaria o secundaria, ya que no detenta una titularidad directa, sino sujeta a condiciones.

En este supuesto, en que el legislador introdujo una nueva valla para la promoción de la acción, “el acreedor que promueve esta acción no puede requerir beneficio de litigar sin gastos y, a pedido de parte y en cualquier estado del juicio, el juez

miento que efectúa “una interpretación de las normas en juego que las desvirtúa y torna inoperantes” (CSJN, 28/7/94, LL, 1995-B-182). “Mediante la doctrina de la arbitrariedad se procura resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa” (CSJN, 8/6/93, LL, 1994-D-489).

⁶ La doctrina no ha recibido con beneplácito la reforma de tan importante instituto de recomposición patrimonial: Dasso, Ariel Á., *Quiebras, concurso preventivo y cramdown*, t. I, p. 422; Iglesias, José A., *Concursos y quiebras*, p. 163; Baravalle - Granados, *Ley de concursos y quiebras 24.522*, t. II, p. 125; Fassi - Gebhardt, *Concursos y quiebras*, 5ª ed., p. 295; Escuti - Yunjent Bas, *Instituciones de derecho concursal*, p. 278; Maffía, Osvaldo J., *Aspectos de la nueva ley de concursos, responso para la ineficacia concursal*, LL, 1996-C-862; Varela, Fernando, *Concursos y quiebras. Análisis y comentario de la ley 24.522*, p. 344; Racciatti - Romano, *La ineficacia falencial y la ley 24.522*, en “La reforma concursal ley 24.522. Homenaje a Héctor Cámara”, p. 228, entre otros.

⁷ Manóvil, Rafael M., *Grupos de sociedades*, p. 1131.

puede ordenar que el tercero afiance las eventuales costas del proceso a cuyo efecto las estimará provisionalmente. No prestada la caución, el juicio se tiene por desistido con costas al accionante” (art. 120, párr. 2º).

Su constitucionalidad ha sido severamente cuestionada en el marco del III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, en una ponencia presentada por los doctores Juan A. Constantino, Ana M. Canestrini y Abel Méndez, quienes consideraron que se está vedando el acceso a la justicia a los acreedores legitimados, en contradicción con el art. 18 de la Const. nacional⁸.

El beneficio de litigar sin gastos –arts. 78 a 86, CPN– permite a ciertos justiciables, ante el caso concreto, actuar jurisdiccionalmente en forma activa o pasiva sin la obligación de hacer frente total o parcialmente a las erogaciones incluidas en el concepto de costas (tasa de justicia, honorarios), en todo lo cual se encuentra acorde la doctrina procesal⁹.

El fundamento del instituto es el siguiente: a) igualdad ante la ley –art. 16, Const. nacional–, habida cuenta de que todo ciudadano debe tener la misma posibilidad de acceso a la jurisdicción, y b) defensa en juicio –art. 18, Const. nacional–, ya que se debe posibilitar el ejercicio de la acción y su contestación. Ello ha sido recogido por concordante jurisprudencia¹⁰.

⁸ Garaguso - Moriando, *El proceso concursal*, p. 218, nº 4, cuestionan su constitucionalidad.

⁹ Palacio - Alvarado Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. III, p. 207; Morello - Sosa - Berizonce, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. II-B, p. 263; Fassi, Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial*, t. I, p. 289; Condorelli, Epifanio J. L., *Código Procesal Civil de Buenos Aires comentado*, t. I, p. 254.

¹⁰ “El beneficio de litigar sin gastos asegura la prestación del servicio de justicia, no ya con criterios formales, sino con una perspectiva que se adecua a la situación económica de los contendientes. Encuentra sustento en presupuestos de raigambre constitucional: la garantía de defensa en juicio y la igualdad ante la ley” (CNCiv, Sala A, 21/5/96, LL, 1996-D-898). “El beneficio de litigar sin gastos encuentra sustento en dos preceptos de raigambre constitucional, cuales son la garantía de la defensa en juicio y la igualdad ante la ley, pues por su intermedio se asegura la prestación de los servicios de justicia con un criterio que debe adecuarse a la situación económica de los contendientes” (CNCiv, Sala K, 29/12/95, LL, 1996-D-873). “El beneficio de litigar sin gastos tiende a colocar en similar situación a los litigantes, para de ese modo permitir que quien carece de recursos suficientes para afrontar las cargas económicas que aquel impone pueda atender con amplitud cuando demande el reconocimiento judicial de su derecho” (CNCiv, Sala J, 6/9/95, LL, 1996-B-710). “El beneficio de litigar sin gastos tiende a asegurar la posibilidad de que la parte que se encuentra en una situación económica difícil para afrontar los gastos derivados de un proceso no se vea impedida de hacer valer sus derechos, encontrando fundamento en dos preceptos constitucionales: la garantía de defensa en juicio y el principio de igualdad ante la ley” (CNCiv, Sala B, 22/3/94, LL, 1995-E-568). “El fundamento del beneficio de litigar sin gastos reposa en la necesidad de preservar la operatividad de la garantía constitucional de la defensa en juicio, asegurando el acceso a la justicia, que no puede ser ‘privilegio de ricos’” (CNCiv, Sala H, 24/2/94, ED, 159-386). “El beneficio de litigar sin gastos tiende a asegurar la posibilidad de que la parte que se encuentra en una situación económica difícil como para afrontar los gastos derivados de un proceso no se vea impedida de hacer valer sus derechos y encuentra su fundamento en dos preceptos constitucionales: la garantía de defensa en juicio y el principio de igualdad ante la ley” (CNCiv, Sala B, 22/12/93, LL, 1994-C-580). “El beneficio de litigar sin gastos consiste en la eximición definitiva o provisoria que se concede a quienes, por carencia o insuficiencia de recursos, no pueden afrontar total o parcialmente las erogaciones que ocasiona la sustanciación del proceso. Tiene raigambre constitucional y se basa en la necesidad de garantizar la defensa en juicio y mantener la igualdad de las partes en el proceso, arts. 18 y 16 de la Constitución. Ello así, cumpliendo una verdadera función cautelar al remover el obstáculo dañoso que significa la condición de inferioridad

La norma del art. 120, párr. 2º, de la LCQ consagra una derogación del instituto del beneficio de litigar sin gastos –sin causa que lo justifique–, e impide de este modo la promoción de la acción revocatoria concursal, so riesgo de exponer el propio patrimonio del acreedor en juego. Este extremo se erige en un serio obstáculo para que alguien decida atacar un acto celebrado durante el período de sospecha con conocimiento del cocontratante del estado de cesación de pagos del fallido.

Por lo tanto, suscribimos a la tacha de inconstitucionalidad del art. 120, párr. 2º, de la ley 24.522, con la finalidad de erradicar una valla que innecesariamente edificó el legislador de 1995 y permitir el libre ejercicio de derechos que se encuentran garantizados en nuestra carta magna.

4. Regulación de honorarios en el supuesto de quiebras y concursos preventivos en trámite –artículo 292, LCQ–

Fue tempranamente advertido por calificada doctrina que la ley 24.522 carece de una exposición de motivos, aunque el ordenamiento falencial *tiene objetivos*¹¹.

En las consideraciones generales de la ley, en el punto 11, se dice que uno de los objetivos es la “disminución de los costos en los procesos concursales y las quiebras”, lo cual fue desarrollado en una muy breve explicación en la segunda parte, punto 12 “Economía en los costos concursales”.

Ello se erige en fundamento del art. 292, que bajo el título “*Honorarios en concursos y quiebras en trámite*”, dice: “a partir de la entrada en vigor de la presente ley se aplicarán las normas que en materia de regulación de honorarios ella prevé a los concursos y quiebras en trámite, salvo en lo que se refiere a los honorarios contemplados en el art. 291 inc. 1, de la ley 19.551”.

De la comparación de los textos de las leyes 19.551 y 24.522, se extrae en forma transparente la reducción de la base reguladora de los honorarios profesionales en un porcentaje equivalente al 50%, la cual se aplica a los trabajos realizados durante la vigencia del ordenamiento anterior. Lisa y llanamente, se consagra la retroactividad de la ley, esto es, su aplicación a situaciones donde se ha producido el consumo de la situación procesal, habida cuenta que la labor profesional se desarrollara en su integridad bajo el ordenamiento anterior, amén de la firmeza o no de la

económica de su titular, mediante una efectiva observación del principio de igualdad de las partes en el proceso, lo que permite concluir que la franquicia también alcanza a quien en un proceso reviste la calidad de parte demandada” (CNCiv, Sala F, 28/10/93, LL, 1994-C-580). “El instituto del beneficio de litigar sin gastos tiende a evitar que la parte que se encuentra en una situación económica difícil como para afrontar los gastos derivados de un proceso, se vea impedida de hacer valer sus derechos y encuentra fundamento en dos preceptos constitucionales: la garantía de defensa en juicio y el principio de igualdad ante la ley para asegurar la prestación del servicio de justicia, no ya en términos formales, sino con adecuación a la situación económica de los contendientes” (CNCiv, Sala B, 26/10/93, LL, 1994-B-689). “No puede ignorarse la existencia de una corriente jurisprudencial que tiende hacia una generosa interpretación extensiva, proclive a la concesión de un beneficio que, sin embargo, la ley procesal consagra como excepción al principio general sobre responsabilidad por el pago de las costas, según resulta de lo dispuesto por el art. 84 del Cód. Procesal. Así, en homenaje a la garantía de la defensa en juicio se consiente que un litigante no pague las costas que le corresponden en el caso de resultar perdedor en el pleito, por lo que contraria, aun de resultar gananciosa, debe hacerse cargo de los gastos devengados en su defensa” (CNCiv, Sala K, 30/3/93, LL, 1994-B-689).

¹¹ Iglesias, José A., *Concursos y quiebras. Ley 24.522, comentada*, p. 21.

correspondiente regulación profesional. Firmeza que no hace a la adquisición patrimonial del derecho, sino a su exigibilidad.

Ante ello, importante doctrina no dudó en reprochar severamente su constitucionalidad¹².

No escapa a nuestro criterio que el legislador apuntó no a una reducción de los costos del proceso concursal –habida cuenta que no redujo el porcentual de la tasa de justicia, ni tampoco las tarifas correspondientes a la publicación edictal–, sino que se limitó a un *corte al 50% de la base regulatoria de los honorarios de los profesionales* intervinientes. Hasta allí, hubiera constituido la disminución de una justa retribución, pero su aplicación aun cuando el trabajo profesional se realizara en su integridad bajo el ordenamiento anterior, deviene confiscatorio y, por ende, inconstitucional.

Se encuentra en juego la garantía de la justa retribución por el trabajo realizado, el que se comenzó con la expectativa legítima de la aplicación de la escala de la ley 19.551 y, por lo tanto, constituye un derecho patrimonial adquirido y, en consecuencia, el art. 292 de la LCQ conculca el derecho de propiedad.

Concordantemente con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentenciado: “En los trabajos profesionales, el derecho adquirido se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la regulación de honorarios, pues es a partir de entonces que nace una situación concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida o modificada por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Const. nacional; en efecto, la regulación tiene mero carácter declarativo y no constitutivo del derecho, por lo cual no puede aplicarse la ley vigente a esa época sin afectar, inconstitucionalmente, derechos ya nacidos y consolidados al amparo de una legislación anterior”¹³.

¹² Dasso, *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown*, t. I, p. 691 y *Pague con manías y lo asesorarán los monos. Inconstitucionalidad del art. 292 LCQ*, ponencia presentada en II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial, 1, 2 y 3 de mayo 1997, Colonia, Uruguay; *La interpretación superadora o bien la inconstitucionalidad del art. 292 de la nueva ley*, ponencia presentada en III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. II, p. 649, y *Los honorarios en el cramdown*, ponencia presentada en VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 12 y 13 de noviembre de 1998, San Martín de los Andes, p. 23; Barbieri, Pablo C., *Nuevo régimen de concursos y quiebras*, p. 499.

¹³ CSJN, 12/9/96, LL, 1998-A-480. En el sentido indicado por el alto tribunal: Según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de La Nación (“Francisco Costa c/prov. de Bs. As. s/daños, 12/9/96), no corresponde aplicar en materia de honorarios las nuevas disposiciones a trabajos profesionales realizados con anterioridad a su vigencia, pues esa solución traería aparejada una afectación de derechos adquiridos reñida con la protección constitucional de la propiedad. Si bien estos fundamentos han sido exteriorizados en consideración a la problemática planteada a raíz de la sanción de la ley 24.432, es indudable que resultan claramente extensibles a la que plantea la solución consagrada por la ley 24.522, art. 292, norma que, al establecer la aplicación de la nueva ley a los concursos abiertos con anterioridad no hace sino propugnar, en definitiva, que los trabajos profesionales realizados durante la vigencia de la ley anterior, se regulan por las nuevas directivas legales. Así pareciera haberlo considerado el alto tribunal, en una situación análoga, al decidir la inaplicabilidad de la ley 24.522, art. 287 a trabajos profesionales cumplidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta última (cfr. “Greco Hnos. SA s/quiebra s/inc. de rendición de cuentas por Furlotti SA”, 6/2/97). Por tanto, en estas circunstancias y habida cuenta de las razones de seguridad jurídica y de economía procesal que militan en torno de la uniformidad de las decisiones judiciales, cuando existe doctrina del más alto tribu-

Sin embargo, la correcta doctrina sentada por el más jerarquizado tribunal no ha merecido un acatamiento pacífico por los tribunales inferiores¹⁴.

nal sobre el punto, corresponde adoptar dicha interpretación, aplicando las disposiciones de la ley 19.551 a los trabajos cumplidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 24.522” (CNCCom, Sala C, 30/5/97, “Errepar”, t. II, p. 131.012, n° 227). “Si bien es cierto que esta Sala ha expresado su criterio favorable a la aplicación de la nueva ley concursal en cuanto a los porcentajes que correspondiere tener en cuenta a los efectos regulatorios, sin embargo un nuevo estudio de la cuestión lleva a modificar el temperamento adoptado con anterioridad, no correspondiendo emplear las disposiciones de la citada ley (24.522) para regular honorarios por tareas profesionales realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma, conclusión ésta que resulta de considerar lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Francisco Costa e Hijos s/daños y perjuicios”, 12/9/96; íd., “Greco Hnos. SA s/quiebra s/incidente de rendición de cuentas por Furlotti SA”, 6/2/97, que ha sostenido en forma reiterada que no cabe, en virtud de una nueva ley o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior (*Fallos*, 137:47; 152:268; 163:431, entre muchos otros). Por tanto, y como consecuencia de lo expuesto, será la necesidad de considerar el momento concreto en que cada tarea fue realizada y, luego de ello, efectuar los cálculos pertinentes con arreglo a los porcentajes previstos por la ley 19.551, hasta el momento de entrada en vigencia de la nueva ley concursal y con posterioridad a dicha fecha, en virtud del nuevo arancel vigente” (CNCCom, Sala A, 27/6/97, “Errepar”, t. II, p. 131.013, n° 229). “Cuando se encuentra fuera de cuestión que los beneficiarios de los emolumentos cumplieron la totalidad de su labor profesional con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 24.522, su aplicación llevaría a alterar derechos adquiridos al amparo de una legislación anterior y, en consecuencia, a atribuir a esa ley un alcance retroactivo que no resulta conciliable con la protección de la garantía constitucional de la propiedad, no obstante a ello la circunstancia de hallarse pendiente la determinación de los estipendios, toda vez que la regulación judicial sólo agrega un reconocimiento –y cuantificación– de un derecho preexistente a la retribución del trabajo profesional, y así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Greco Hnos. SA s/quiebra s/incidente de rendición de cuentas por Furlotti SA”, 6/2/97); por lo que, si bien esta Sala mantenía un criterio diverso hasta el presente, con fundamento en lo normado por el art. 292 de la ley 24.522 –aun cuando los pronunciamientos del supremo tribunal no tienen fuerza vinculatoria mas allá del caso en que se dicten–, mantener una posición distinta crea una situación contraria a la seguridad jurídica que debe imperar para lograr el afianzamiento de la justicia. Ello conduce al apartamiento de los precedentes de esta Sala y a la adopción de la doctrina de los fallos de la Corte Suprema, correspondiendo, en tal caso, la aplicación precéptica de la ley 19.551” (CNCCom, Sala E, 7/10/97, “Errepar”, t. II, p. 131.013, n° 230). “El art. 292 de la ley 24.522, al establecer la aplicación de la nueva ley a los concursos abiertos con anterioridad, no hace sino propugnar, en definitiva, que los trabajos profesionales realizados durante la vigencia de la ley anterior se regulen por las nuevas directivas legales. No obstante ello, en estas circunstancias y habida cuenta de las razones de seguridad jurídica y de economía procesal que militan en torno de la uniformidad de las decisiones judiciales, cuando existe doctrina del más alto tribunal sobre el punto corresponde adoptar dicha interpretación, aplicando las disposiciones de la ley 19.551 a los trabajos realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 24.522” (CNCCom, Sala C, 9/9/99, “Errepar”, Práctica y actualidad concursal, n° 7).

¹⁴ “No existe óbice de orden constitucional para la aplicación del art. 292 de la ley 24.522 a los trabajos profesionales concretados durante la vigencia de la ley 19.551, pues aquella norma reclama injerencia y al hacerlo no resulta retroactiva (art. 3º, parte 1ª, Cód. Civil). El art. 292 de la ley 24.522 es aplicable a los trabajos profesionales realizados durante la vigencia de la ley 19.551, siempre que la regulación de honorarios no se encuentre firme” (CNCCom, Sala B, 26/9/96, *LL*, 1997-E-210). “Aun cuando los trabajos profesionales hayan sido cumplidos durante la vigencia de la ley 19.551, resulta ineludible que las regulaciones se adecuen a las directivas de la nueva ley, dado que se trata de un supuesto de situación jurídica no definitivamente consolidada, al amparo del régimen anterior, configurando una relación jurídica ‘en curso’ cuyas consecuencias quedan alcanzadas por la nueva ley, según lo dispuesto por el art. 3º del Cód. Civil. Tal solución no conculca garantías constitucionales de los beneficiarios, pues no se trata de aplicar retroactivamente la nueva ley, sino el llamado efecto ‘inmediato’ de ella, que la hace operativa sobre las situaciones jurídicas no consumidas al momento de su vigencia, con lo que se satisface de un mejor modo la finalidad presunta del legislador” (CNCCom, Sala E, 5/7/96, “Errepar”, t. II, p. 131.012, n° 225).

De la lectura de los precedentes jurisdiccionales surge que, si bien no ha habido una declaración de inconstitucionalidad del art. 292 de la ley 24.522, su aplicación se encuentra acotada a la labor profesional desarrollada a partir de la compleja entrada en vigencia de la nueva ley falencial. Ello implica, en la práctica judicial, un acotamiento importante del ámbito de aplicación del artículo severamente cuestionado.

5. Salvataje de la empresa (“*cramdown*”) –artículo 48, LCQ–

Tal como lo sostuvimos con anterioridad, constituye un lugar común en la doctrina concursal elaborada a partir de la promulgación de la ley 24.522, señalar como una gran innovación –quizás la más osada– la posibilidad de rescatar a un emprendimiento económicamente viable, ante la hipótesis de frustración del concurso preventivo, mediante el procedimiento de *cramdown* u oferta de terceros¹⁵.

Este importante y novedoso instituto ha provocado con respecto a su constitucionalidad una interesante y no terminada discusión doctrinal.

Prueba de ello es la constante impugnación que merece la figura del *cramdown* en cada encuentro académico que se celebra¹⁶. Esta impugnación es referenciada por la doctrina que ha estudiado en profundidad el interesante instituto¹⁷.

¹⁵ Ciminelli, Juan C., *Supuestos de aplicación del cramdown (o salvataje de la empresa). ¿Procede su aplicación –de lege ferenda– ante la hipótesis de incumplimiento del acuerdo preventivo homologado?*, ponencia presentada en VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 12 y 13 de noviembre 1998, San Martín de los Andes, p. 39. García Martínez, Roberto, *Derecho concursal*, p. 186; Bonfanti - Garrone, *Concursos y quiebras*, 5ª ed., p. 211; Rouillon, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, p. 100; Barbieri, Pablo C., *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522 comentada y concordada*, p. 146; Iglesias, *Concursos y quiebras. Ley 24.522, comentada*, p. 49; Rivera - Roitman - Vítolo, *Concursos y quiebras ley 24.522*, p. 88; Di Luca - Erramuspe, *Manual práctico de concursos y quiebras*, 3ª ed., p. 99; Fassi - Gebhardt, *Concursos y quiebras*, 5ª ed., p. 160; Villanueva, Julia, *Concurso preventivo*, p. 223; Dasso, *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown*, t. I, p. 254; Mosso, Guillermo G., *El cramdown y otras novedades concursales*, p. 21.

¹⁶ Ciminelli - Mosqueira - Sdrubolini - Vaiser, *El llamado cramdown en la ley de concursos: inconstitucionalidad*, ponencia presentada en VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, p. 81; Garcíandía - Mozzi, *Constitucionalidad del art. 48 de la nueva ley concursal argentina*, ponencia presentada en el encuentro de referencia, t. III, p. 89; Panzer - Favier Dubois (p.), *Cálculo del valor patrimonial de la empresa y cramdown*, ponencia presentada en VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, p. 103; Orquera, Juan P., *La difícil constitucionalidad del cramdown*, ponencia presentada en Primer Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial, “Sociedades y Concursos en el Mercosur”, p. 461; Biagosch, Facundo A., *La llamada transferencia forzosa de la nueva ley de concursos y quiebras. Reflexiones acerca de su constitucionalidad*, ponencia presentada en III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. I, p. 664; Fiezzoni, Silvia K., *Modificaciones propuestas para que nuestro down cram se transforme en un verdadero cramdown criollo*, ponencia presentada en III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. I, p. 680; Acosta, Rómulo M., *Derecho de defensa del accionista en el procedimiento de salvataje de la empresa, art. 48 ley 24.522*, ponencia presentada III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. I, p. 799.

¹⁷ Grispo, Jorge D., *Tratado sobre la ley de Concursos y quiebras. Ley 24.522*, t. II, p. 119; Mosso, Guillermo G., *El cramdown y otras novedades concursales*, p. 453; Dasso, *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown*, t. II, p. 361.

En oportunidad de la celebración del VI Congreso Argentino de Derecho Societario –celebrado en Mar del Plata el 1, 2 y 3 de noviembre de 1995– hemos elaborado una ponencia en la cual se llegó a la conclusión de la inconstitucionalidad del instituto¹⁸.

Han pasado algunos años, mucho es lo que se ha publicado sobre el novedoso instituto, mucho más se ha debatido, y ello nos ha brindado la posibilidad de repensar el tema para llegar a idéntica conclusión a la que se sostuvo en 1995: el *cramdown*, tal como se encuentra legislado, merece un serio reproche de inconstitucionalidad.

Existe consenso doctrinal en señalar las distintas hipótesis que generan la aplicación del controvertido instituto: a) falta de presentación de la propuesta (art. 43, LCQ); b) vencimiento del plazo de exclusividad sin que el deudor hubiera obtenido las conformidades de los acreedores concurrentes (art. 43 y 45, LCQ); c) estimación de una incidencia impugnatoria de la propuesta conformada por las mayorías legales (art. 50 y 51, LCQ).

Configurado alguno de los tres hechos que se erigen como causa de aplicación del *cramdown*, constituye un deber legal impuesto al magistrado actuante, dictar una compleja resolución, abarcativa de cuatro ítems: a) apertura de un registro en el expediente, para que los acreedores o terceros interesados en la adquisición de la empresa en marcha se inscriban; b) fijación del valor patrimonial de la empresa según registros contables; c) designación de audiencia a fin de que se proceda al sorteo del estimador, tendiente a establecer al valor presente de los créditos, y d) fijación de una audiencia informativa.

Esta resolución jurisdiccional es el primero de los pasos que debe cumplimentar el magistrado, a fin de poner en funcionamiento este instituto. Desde el punto de vista de los acreedores, accionistas o cuotapartistas de la deudora, terceros interesados en la adquisición de la empresa en marcha, es evidente que *la fijación del valor patrimonial de la empresa según registros contables*, detenta una vital importancia. Esta importancia se dimensiona al advertir su incidencia en la situación patrimonial de los socios minoritarios.

El *valor patrimonial de la empresa* debe (imperativamente) ser determinado (aunque provisionalmente) por el magistrado a cargo del concurso preventivo, tomando como elemento configurativo el informe general –art. 39, inc. 9, LCQ–. Obsérvese que el órgano sindical ha elaborado la pieza más importante del proceso preventivo¹⁹ y debe dar cabal cumplimiento a las cargas informativas impuestas por la ley. Con relación a la valuación de los activos –no cabe duda que la empresa en marcha lo es–, el art. 39 de la LCQ impone dos modalidades: por un lado, el inc. 2 exige “la composición detallada del activo y del pasivo, debiendo estimarse los valores *probables de realización* de cada rubro del primero”. La ley habla de valor de

¹⁸ Ciminelli - Mosqueira - Sdrubolini - Vaiser, *El llamado cramdown en la ley de concursos: inconstitucionalidad*, “Derecho Societario Argentino e Iberoamericano”, t. III, p. 81.

¹⁹ Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, t. II, p. 731; Quintana Ferreyra, Francisco, *Concursos. Ley 19.551. Comentada, anotada y concordada*, t. 1, p. 451; Argeri, Saúl, *La quiebra y demás procesos concursales*, t. I, p. 404; Bonfanti - Garrone, *Concursos y quiebras*, 5ª ed., p. 190; Tonón, Antonio, *Derecho concursal. Instituciones generales*, t. I, p. 273; Maffía, Osvaldo J., *Derecho concursal*, t. I, p. 532.

venta en vistas a una posible declaración de falencia, a fin de otorgar a los acreedores, la posibilidad de valuar la aceptación o no de la propuesta, valuación que difiere de la que *necesariamente* debe considerar el magistrado, que es el valor que surge del inc. 9 que exige la “valuación patrimonial de la empresa, según registros contables”. Esto debe entenderse como el valor de los libros de contabilidad, valuación que por aplicación de las normativas técnicas contables en vigencia, difiere del valor de realización.

Por lo tanto, si lo que se pretende enajenar es la empresa en marcha –a través de la adquisición del paquete accionario, o cuotas partes– debió preverse un mecanismo de valuación que se asemejara más al valor de mercado de la sociedad-empresa concursada, so riesgo de imponer (como en realidad hace la norma) una primera devaluación al activo, ya que no se ponderarán los valores inmateriales, bienes intangibles, entre los cuales se encuentra el valor llave –nada más y nada menos–, dando como resultado un valor base como punto de partida para una segunda devaluación, lo cual devenga en un magro resultado de la participación societaria.

Adelantamos que el primer valor dista del valor real de la empresa en marcha –¿equivalente a empresa viable?–, lo cual conlleva una primera detracción impuesta a los accionistas o cuotapartistas de la concursada, detracción que merece el reproche de inconstitucionalidad por contrariar la norma fundamental del art. 17 de la Const. nacional.

Siguiendo con el cumplimiento de la etapas del instituto en análisis, detectamos una segunda detracción en contra de los legítimos intereses de la deudora²⁰, habida cuenta de que el ya criticado valor patrimonial de la empresa –según los libros contables– será reducido en forma proporcional a la reducción operada en el pasivo concursal como consecuencia de la aprobación de la propuesta realizada por el interesado en la adquisición de la empresa. Mirado desde el ángulo de lo que obtienen los socios de la deudora, la reducción del pasivo concursal se traslada en el precio de la transferencia.

A estas dos detracciones se suma una tercera: si como consecuencia del acuerdo al que se llegó con los acreedores concurrentes, el valor definitivo de la adquisición fuera menor que el valor patrimonial de la empresa inicial fijado por el magistrado, los socios pueden ver disminuidas sus porciones participativas si la mayoría acepta el valor de compra definitivo.

En conclusión, la norma del art. 48 impone tres detracciones a los accionistas o cuotapartistas de la deudora: a) valor patrimonial de la empresa en marcha según los libros contables; b) reducción de ese valor patrimonial como consecuencia de la disminución del pasivo por obra de la oferta aceptada, y c) el tercero puede adquirir la totalidad de las participaciones sociales por un precio inferior al valor definitivo, condicionado a la conformidad de los socios o acciones que representen la mayoría absoluta y las dos terceras partes del capital social.

²⁰ Deudora concursada, que por el solo hecho de estarlo no puede estar expuesta a una especie de *capitio diminutti*.

Estas detracciones no tienen causa de utilidad pública, y aúnan la postura de su inconstitucionalidad²¹.

6. Dividendo concursal. Su caducidad (artículo 224, LCQ)

En un reciente trabajo, Piossek sostiene un serio y fundado reproche de inconstitucionalidad a la figura de la caducidad del derecho de percepción de la distribución del dividendo concursal²².

Constituye una obviedad que el derecho a la percepción del dividendo concursal es un derecho patrimonial del acreedor, pues es lo que resulta de la realización del activo del fallido.

El instituto de la caducidad del derecho de percepción de ese dividendo no constituye una novedad en el derecho falencial argentino, habida cuenta de que fue introducido mediante el art. 221 de la ley 19.551. Lo que ha reformado el legislador de 1995 ha sido el plazo de caducidad, al que redujo de cinco años a uno; por lo tanto, deviene aplicable al instituto la doctrina elaborada en el pretérito sistema concursal²³.

Párrafo aparte merece el trabajo de Piantoni, redactado en la década del 70, donde se cuestiona severamente el art. 221 (hoy art. 224, LCQ) a la luz de la normativa constitucional²⁴. Para el correcto análisis de la norma, el citado autor la divide en dos partes, por considerar que se contemplan dos situaciones: a) la caducidad del derecho del acreedor de percibir el importe de su crédito como consecuencia de su inacción durante cinco años a contar desde la fecha de aprobación; b) el destino que tienen esos importes no cobrados, los que pasan al patrimonio estatal para el fomento de la educación común. Esta segunda parte es la que merece el reproche de inconstitucionalidad, el que se reafirma analizando el instituto tanto desde la óptica del deudor fallido, como de los acreedores.

Desde el punto de vista del fallido, la realización de los bienes se produce por efecto inmediato de la sentencia declarativa de falencia –art. 88, inc. 9, LCQ–, la que implica el desapoderamiento de ellos, a fin de garantizar su intangibilidad (art. 107, LCQ, con las exclusiones legales –art. 108, LCQ–), sin perjuicio de la incorporación

²¹ La jurisprudencia, ha tenido una sola oportunidad de expedirse por la inconstitucionalidad o no del instituto: “Constituye un agravio meramente conjetural el planteo de inconstitucionalidad del mecanismo previsto por la ley 24.522, art. 48, si el interesado no ha demostrado de que manera esta resulta contraria a la Constitución nacional, causándole algún perjuicio en su posible aplicación” (JuzgNacCom nº 26, firme, 17/10/95, “Errepar”, t. II, p. 107.200, nº 1).

²² *Problemática jurídica del art. 224 de la ley 24.522*, RDCO, 1997-487.

²³ Argeri, *La quiebra y demás procesos concursales*, t. III, p. 744, justifica la existencia del artículo, en la presunción de abandono por el acreedor de su crédito, de allí, la facultad del Estado para su disposición; Quintana Ferreyra, *Concursos. Ley 19.551. Comentada, anotada y concordada*, t. 3, p. 802, coincide en que el fundamento de la norma lo constituye el abandono por parte del acreedor del dividendo concursal; Sajón, Jaime V., *Concursos. Ley 19.551 comentada y anotada, sus reformas y leyes complementarias*, p. 487, no justifica la norma, critica la solución legislativa, habida cuenta de que los acreedores serán los damnificados con la donación efectuada por el Estado; Bonfanti - Garrone, *Concursos y quiebra*, 2ª ed., p. 644, critican la solución legal, por el plazo que se les impone como excesivo; recientemente, Garaguso, Horacio P., *Efectos patrimoniales en la ley de concursos y quiebras 24.522. Desapoderamiento e incautación*, p. 42, donde suscribe la tesis que se esgrime en el texto, entre otros.

²⁴ Piantoni, Mario A., *Inconstitucionalidad del art. 221 de la ley 19.551*, LL, 150-891 a 893.

de activos y pasivos como consecuencia de una estimable incidencia de extensión de quiebra –arts. 160 a 172, LCQ–, o de activos como consecuencia de la sentencia favorable en una acción de responsabilidad de los representantes del fallido o de terceros –art. 173, LCQ–. El desapoderamiento no implica la pérdida de la titularidad de los bienes²⁵. Este concepto tiene importancia, ante la existencia de remanente en la liquidación y distribución de los bienes cautelados –art. 228, párr. 2º, LCQ– el que debe imperativamente ser entregado al deudor.

La inacción del acreedor que deja operar la caducidad del dividendo debería beneficiar al deudor, ya que él no perdió en momento alguno la nuda propiedad de los bienes realizados; ergo, su producto deberá, por imperativo legal, ser entregado al deudor. Disponer que en el supuesto del art. 224, operada la caducidad, es el Estado quien se beneficia, resulta palmariamente inconstitucional, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 17 de la Const. nacional.

A idéntica solución se llega desde la óptica de los acreedores, ya que ante la inacción de algunos de ellos, desde un análisis dialéctico, debería incrementarse la base de distribución, esto es, debería posibilitar una mayor distribución a prorrata entre los concurrentes, teniendo en cuenta su situación concursal –quirografarios, privilegiados–. La disposición de beneficiar al Estado no parece apoyarse en norma constitucional alguna, sino que así se dispuso por obra y gracia del espíritu del legislador²⁶.

Resulta indubitable que, ante la inacción de un acreedor, deviene más justo distribuir su dividendo entre los restantes acreedores, en función de la aplicación del principio de que el patrimonio constituye la prenda común de los acreedores y, por ende, éste se encuentra incorporado por obra de la distribución al patrimonio de éstos y su disposición a favor del Estado es contraria a la normativa del art. 17 de la carta magna.

7. Propuesta mínima –artículo 43, párrafo 3º, LCQ–

La ley 19.551 incorporó en el art. 44, párr. 2º, como requisito de procedibilidad de la propuesta cuando ella consista en quita (remisión), aun cuando contenga otras modalidades, el ofrecimiento del pago de un porcentual mínimo equivalente al 40% de los créditos quirografarios verificados. Esta propuesta fue caracterizada en la doctrina como concordato remisorio.

Ese porcentual ha sido mantenido en la ley 24.522, mediante el art. 43, párr. 3º.

El porcentual mínimo exigido se encontraba ausente en la ley 4156, de 1902, y la ley 11.719, de 1933, la receptó sólo para los pequeños concursos. Tampoco se encuentra en los proyectos de reforma de 1950 y 1953.

²⁵ Piantoni, *Inconstitucionalidad del art. 221 de la ley 19.551, LL*, 150-892; Vítole, Daniel R., *Comentarios a la ley de concursos y quiebras 24.522*, p. 258; Escuti - Junyent Bas, *Instituciones de derecho concursal. Ley 24.522*, p. 216; Baravalle - Granados, *Ley de concursos y quiebras 24.522*, t. II, p. 94.

²⁶ La denominada “cuestión de política legislativa”, utilizada para justificar lo que desde el punto estrictamente normativo no encuentra justificación. Para nosotros ella, implica la elección por parte de los hacedores de la norma.

La exposición de motivos de la ley 19.551 justifica la introducción del porcentual en su punto 26, parte 2ª, en los siguientes términos: “Una innovación reclamada por parte de la doctrina y recogida por legislaciones extranjeras se ha introducido respecto del porcentaje mínimo, cuando la propuesta consista en una quita aun cuando además contenga otras modalidades. En este sentido no se puede admitir propuesta que ofrezca un pago inferior al 40% de los créditos quirografarios (art. 44)”.

Esta solución provocó dispares opiniones de la doctrina concursal.

En cuanto a que el instituto había sido recogido por legislaciones concursales extranjeras, ellas son las siguientes: la ley de Cuba de 1911, que exige un mínimo del 50% en un plazo de ocho meses. En Yugoslavia, la ley de 1929 –arts. 4º y 6º– que exige un 40% en el plazo de un año o 50% en dieciocho meses. La ley de 1927 de Polonia, que requiere un 70%, la de Austria de 1914, un 35%, a dos años y la de Brasil, un 40%, por el decr. ley 7661, del 21 de junio de 1945. Asimismo, el decr. ley 127 del 19 de marzo de 1942, de Italia, dispone que el deudor debe ofrecer serias garantías reales o personales de pagar al menos un 40% de los créditos quirografarios, a los seis meses de la homologación del concordato. En Paraguay, la ley 154 del 13 de diciembre de 1969 admite distintos porcentajes, según sean los plazos y la ley uruguaya de 1916 exige un porcentaje mínimo del 50%, con garantías suficientes²⁷.

Tal como se apuntó al comienzo del apartado la ley 24.522 mantiene el porcentual y omite expedir el fundamento de su mantenimiento en la nota de elevación del proyecto al Honorable Congreso de la Nación.

En un trabajo sobre el tema, el doctor Vicente Aznar cuestiona severamente la constitucionalidad del porcentual mínimo de la propuesta consistente en quita, al entender que merece el reproche ante la falta de fundamentación científica, por el cual deviene arbitrario y, por ende, inconstitucional. Sin embargo, adelantamos que no suscribimos la postura de este publicista²⁸.

Buceando en las aguas de la doctrina concursal, que si bien fue desarrollada durante la vigencia del pretérito régimen es aplicable a la reforma en comentario, su fundamento lo constituye la protección al crédito, al impedir –por lo menos desde la norma– la licuación de pasivos mediante la aprobación de propuestas por las mayorías legales –art. 45, LCQ–, en perjuicio de las minorías legales. Este es un peligro latente, habida cuenta de la exigibilidad de la doble mayoría de capital y de las personas requeridas por el ordenamiento falimentario. Si bien es cierto que, como señalará una clara doctrina²⁹, la nueva normativa ha elevado como objetivo el interés de los acreedores, no vemos una contradicción con la vigencia del principio de la tutela del crédito.

Disentimos con el autor del trabajo que motiva estas líneas, por entender que es suficiente fundamento la protección de ambos intereses: del crédito y del interés

²⁷ Cita de Williams, Ricardo, *El concurso preventivo*, p. 252.

²⁸ *Propuesta de acuerdo preventivo. Reflexiones en torno de la ley 24.522*, en “Derecho empresario actual. Homenaje al Dr. Raimundo L. Fernández”, p. 55 a 68.

²⁹ Iglesias, *Concursos y quiebras. Ley 24.522, comentada*, p. 22.

de los acreedores. Por lo tanto, no nos parece que contradiga norma constitucional alguna³⁰.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.

³⁰ Por unanimidad, la doctrina suscribe la postura asumida por el suscripto: Argeri, *La quiebra y demás procesos concursales*, t. 1, p. 421, se limita a exponer la existencia del instituto; Barbieri, *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, p. 135, comenta la norma; Quintana Ferreyra, *Concursos ley 19.551. Comentada, anotada y concordada*, t. I, p. 525, no se expide sobre el problema en análisis, señalando que fue introducido por la ley 19.551; Baravalle - Granados, *Ley de concursos y quiebras 24.522*, t. I, p. 144, señalan estos autores que la exigencia legal se erige en un requisito de admisibilidad de la propuesta; Sajón, *Concursos. Ley 19.551. Comentada y anotada, sus reformas y leyes complementarias*, p. 210, reclama un tratamiento para la espera, ya que no se resguardan los derechos de los acreedores ni el interés general; Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, t. II, p. 828 a 831, asume una posición crítica; Migliardi, Francisco N. O., *Concursos y procedimiento concursal. Comentario y análisis de la ley 19.551*, p. 58, expone el art. 44; Iglesias, *Concursos y quiebras ley 24.522*, p. 91, señala como excepción al requisito lo normado por el art. 48; Di Luca - Erramuspe, *Ley 24.522. Manual práctico de concursos y quiebras*, 3ª ed., se limitan a exponer el artículo en análisis; Baravalle, Roberto A., *La propuesta, el período de exclusividad y el régimen de acuerdo*, en "La reforma concursal ley 24.522. Homenaje a Héctor Cámara", p. 79, se limita a enunciar el requisito; Grispo, Jorge D., *Tratado sobre la ley de concursos y quiebras ley 24.522*, t. II, p. 59, expone el art. 43 con cita del trabajo del doctor Aznar, explicando que el meollo de la cuestión es que la quita no puede superar el 60% del pasivo quirografario verificado; Fassi - Gebhardt, *Concursos y quiebras*; Florit-Rossi, *Comentario teórico práctico a la ley de concurso*, t. I, p. 344, señalan que establecer un porcentaje mayor importaría una burla para los acreedores e irrisorio el ofrecimiento; Maffía, *Derecho concursal*, t. II, p. 573, asume una posición crítica, porcentual que responde a un capricho del legislador y *Manual de concursos*, t. I, p. 293, refuerza lo sustentado en su obra; Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. I, p. 285, cuestiona si el no ofrecimiento de intereses no implica una quita implícita que debiera tenerse en consideración para ponderar la admisibilidad de la propuesta; Dasso, *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown*, t. I, p. 226, califica de anacrónica la exigencia legal; Varela, *Concursos y quiebras. Análisis y comentario de la ley 24.522*, p. 132; Villanueva, Julia, *Concurso preventivo*, p. 205, enseña que el fundamento del art. 43, párr. 3º, radica en la tutela del crédito, otrora señalado como uno de los principios orientadores de la ley de concursos; Bonfanti - Garrone, *Concursos y quiebras*, p. 204, señalan dos excepciones al mínimo establecido por la norma: propuestas a los privilegiados y los supuestos especiales del art. 48, LCQ; Williams, *El concurso preventivo*, p. 251, suscribe la solución legal; García Martínez, Roberto, *Derecho concursal*, p. 171, conforma la exigencia normativa; Martínez de Petrazzini, Verónica F., *Ley de concursos y quiebras 24.522*, p. 66.