

Pedido de quiebra del deudor antes del agotamiento de la ejecución individual

POR PABLO DELLA PICCA. PUBLICADO EN EL DIARIO LA LEY DEL 15 DE JULIO DE 2013. NOTA A FALLO "AFAKOT AGENCIA DE PUBLICIDAD S.R.L. S/PEDIDO DE QUIEBRA POR ELENCAJG, JULIÁN".

Sumario: I. Palabras introductorias. II. La materia debatida. III. El interés superior que se propugna en cada corriente de pensamiento. IV. La sentencia en comentario. V. Nuestra opinión sobre la materia debatida.

I. Palabras introductorias

La sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal —en adelante "la Cámara"— tuvo ocasión de expedirse el pasado 28 de febrero sobre una temática que, desde hace un tiempo a esta parte, ha dado lugar a opiniones encontradas.

Se trató del pedido de quiebra efectuado por un acreedor que, frente al rechazo del juez de grado — Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10, Secretaría N° 19 de la Capital Federal—, apeló el pronunciamiento ante la Cámara, la cual finalmente lo revocó.

Entre las cuestiones examinadas por el tribunal se encuentra la relativa a la posibilidad de peticionar la quiebra del deudor, sin que para ello se hayan agotado los trámites tendientes a la cancelación del crédito.

Como veremos, se trata de un asunto que cuenta con pronunciamientos de los tribunales del fuero en uno y otro sentido; de hecho, las interpretaciones no siempre son coincidentes, en razón de que los planteos que se suelen presentar son variadas.

II. La materia debatida

En términos generales la consulta podría reducirse a: ¿puede el acreedor que no agotó todas las instancias a su disposición para satisfacer su crédito pedir la quiebra del deudor? sin embargo, la misma no precisa una serie de variables que deben atenderse.

En lo que hace a la relación que vincula al acreedor con el deudor, se pueden presentar distintos escenarios que condicionan el alcance de aquella pregunta. Por tal motivo, resulta necesario distinguir los siguientes supuestos:

- Supuesto 1: El acreedor acciona judicialmente contra el deudor en miras a que se le reconozca la existencia y cuantía de su crédito; vgr. un juicio laboral por despido.

- Supuesto 2: Habiendo obtenido el acreedor demandante una sentencia favorable a sus pretensiones, y pasada la misma en autoridad de cosa juzgada, procede de la siguiente manera:

a) ejecutando la sentencia, y/o

b) pidiendo la quiebra del deudor.

A partir de lo enunciado repreguntamos: ¿en todos los casos puede el acreedor pedir la quiebra del deudor?

La materia ha dado lugar al debate por la sencilla razón de que no todas las interpretaciones son coincidentes.

Dos grandes posiciones se presentan, aunque con variados argumentos de muy rico contenido, tanto teórico como práctico. Pasaremos revista de cada una de ellas en apretada síntesis.

Por un lado, quienes admiten la posibilidad del pedido de quiebra han esbozado los siguientes razonamientos:

a) Es admisible el mantenimiento de las dos vías jurisdiccionales —la individual, esto es el juicio

singular que tiene por partes al deudor y acreedor, y la colectiva, es decir el proceso concursal—, habida cuenta de las distintas finalidades que conlleva cada acción.

b) No es preciso agotar los trámites tendientes al cobro del crédito como recaudo habilitante para petitionar la quiebra del deudor.

c) Se impone la promoción sin demora del proceso universal ante un deudor en estado de cesación de pagos, a fin de evitar los daños que el mismo puede ocasionar en el mercado. Bajo esta premisa, el acreedor actúa cubriendo la omisión del propio deudor.

Entre quienes se enrolan en esta corriente encontramos a autores de la talla de Rouillon (1) y Vaiser. (2)

Por su parte, quienes entienden lo contrario afirman lo siguiente:

a) No es posible accionar individual y colectivamente con los mismos títulos, a menos que se desista expresamente de la primera acción; se declare la caducidad de instancia, o se frustre la ejecución. No es viable la simultaneidad de ambos procesos jurisdiccionales, toda vez que son excluyentes entre sí: la acción individual relega a la colectiva —"electa una vía non datur recursos ad alteram": elegida una vía no se puede utilizar otra—. En otras palabras, no hay dos vías optativas ab initio, por el contrario, la colectiva es consecuencia del fracaso de la individual.

b) El artículo 80 de la ley 24.522 requiere que el crédito en razón del cual se peticione la quiebra sea exigible. Siendo ello así, si el acreedor sometió a una acción individual su cobro, el mismo reviste la calidad de "litigioso", por tanto inexigible.

A partir de esta premisa, el acreedor no podría pedir la quiebra del deudor por un impedimento legal expreso.

c) Resulta incongruente que el acreedor considere in bonis al deudor para iniciar una acción individual en su contra y, al mismo tiempo afirme que se encuentra en estado de cesación de pagos.

d) Debe impedirse el pedido de quiebra como medio extorsivo de cobro por parte del acreedor.

Conforman esta corriente, entre otros, Highton (3), Cámara (4), y Quintana Ferreira. (5)

III. El interés superior que se propugna en cada corriente de pensamiento

Si bien no surge expresamente de lo referido, claramente cada corriente de pensamiento se corresponde con una serie de valores superiores que no podemos dejar de referir.

De la primera extraemos el valor al que podríamos denominar agilidad o tempestividad.

La agilidad es la "premisa básica del pedido de quiebra", conforme tiene dicho la mayoría de la Sala D, señalando que es menester contar con un procedimiento perentorio para "minimizar" las consecuencias que pudiera acarrear para el comercio en general el mantener a un insolvente en el mercado. (6)

Estrechamente relacionado con ello, la tempestividad ha sido conceptualizada como la necesidad de actuar sin pérdida de tiempo frente a la crisis, a fin de evitar el daño que causa una persona —física o jurídica— que permanece en el mercado en estado de cesación de pagos. En este aspecto —y como fuera señalado— cuando el deudor no actúa, sería adecuado que lo hagan los acreedores en su lugar. (7)

Además de ello, la culminación de la etapa ejecutoria podría tornar ilusoria la garantía patrimonial que justamente defiende el proceso de quiebra.

Desde la otra perspectiva, quienes propugnan que no se podría pedir la quiebra del deudor hasta que no se agote la vía ejecutiva particular, reconocen como principio el uso funcional de la "acción" de petición de quiebra, por un lado, y la intención del legislador concursal, por el otro.

A través del primero se repudia el pedido de quiebra como método extorsivo de cobro, por cuanto

ello revela la utilización antifuncional y abusiva de la ley de concursos y quiebras. (8)

En lo que a la segunda máxima concierne, se advierte que al sancionarse la ley 24.522, el artículo 80 se apartó de la redacción de su antecesor, el artículo 87 de la ley 19.551 (Adla, XXVII-B, 1677). En efecto, en la actualidad para petitionar la quiebra del deudor el crédito debe ser "exigible", de tal manera que no serían idóneos para ello los presuntos créditos que se encuentren en discusión en el seno de un proceso judicial particular. No cabrían dudas de que ésa fue la intención del legislador al redactar el dispositivo finalmente aprobado.

Se ha dicho que la ratio de la innovación se encuentra en la búsqueda por el legislador de una forma de desalentar la práctica tan habitual, como abusiva y desorientada, que tienen muchos acreedores de desechar el procedimiento ejecutivo individual para directamente solicitar la declaración de quiebra, con el fin de extorsionar al deudor y obtener, en detrimento del orden legal, mayor y más pronto resultado que en el juicio ejecutivo (los resaltados son míos). (9)

IV. La sentencia en comentario

Claramente la Sala F se ha enrolado en la primera de las posiciones tratadas. Analicemos los pilares del fallo.

En primer lugar sostiene lo siguiente: "El argumento de que no corresponde el ejercicio simultáneo de las vías individual y colectiva, no se compadece con la requisitoria normativa del artículo 80 de la ley 24.522, que sólo exige la verificación sumaria de la existencia de un crédito".

Luego afirma que: "... no existe norma positiva que imponga al acreedor el agotamiento de la ejecución individual promovida sin éxito contra su deudor, como recaudo de habilitación de esta vía prevista en el artículo 83 de la ley 24.522".

En tercer orden razona así: "bien puede entenderse que la ocurrencia a esta sede comercial ha importado el abandono de la vía individual por la colectiva, descartándose de este modo el ensayo argumental relativo a la coexistencia de dos vías".

El argumento señalado en primer término se embarca en la temática de la simultaneidad de la acción individual y colectiva, indicando que el artículo 80 de la ley concursal nada dice al respecto.

Ello es correcto; el mencionado precepto sólo refiere a la exigibilidad del crédito como condición para la petición de quiebra del deudor. Sin embargo, entendemos que dicha argumentación es pobre para rebatir la tesis que desecha la posibilidad de promover ambas acciones de manera simultánea. La ley es fuente del derecho, estamos de acuerdo, pero creemos que zanjar una cuestión tan enérgicamente debatida acudiendo simplemente al texto literal de la norma, le resta fuerza a la corriente de pensamiento en la que se alinea la Sala.

Otro tanto sucede con la segunda de las consideraciones transcritas. El artículo 83 requiere del acreedor petitionante la prueba sumaria del crédito, los hechos reveladores de la cesación de pagos y que el deudor se encuentre comprendido en el artículo 2º de la ley concursal.

En ningún momento exige el agotamiento de la vía individual, nuevamente de acuerdo, pero no podemos negar que un análisis severo de la cuestión, desde una óptica que supere lo que expresamente plasmó el legislador en el dispositivo legal, puede llevar a concluir que el mencionado agotamiento es necesario. En otros términos, quienes afirman que es menester agotar la vía individual para luego accionar colectivamente, conocen de antemano que la ley 24.522 no lo exige, pero las razones que lo llevan a fraguar su postura van más allá de la letra misma de la norma.

Desde otra perspectiva, la defensa de una tesis sobre la base de la literalidad de la norma jurídica reviste mayor significancia en aquellas disciplinas en las cuales el principio de legalidad o de reserva de ley juega un rol más preponderante que en la presente.

No menos cuestionable es, a nuestro juicio, el tercer argumento descripto: ¿por qué entender que el acreedor ha abandonado la vía individual por la colectiva cuando nada ha expresado al respecto?

Además ello no es exigido por la ley.

En suma, lo decidido por los prestigiosos camaristas es sumamente respetable —más allá de nuestra posición en torno a la materia en debate—, empero, creemos que los argumentos esgrimidos no refuerzan los lineamientos jurídicos que propugnan.

V. Nuestra opinión sobre la materia debatida

El tema es altamente opinable. (10) Entendemos que ambas posturas contienen sólidos fundamentos. Prueba de ello es la perdurabilidad del debate, que nació bajo la vigencia de la derogada ley 19.551.

Siguiendo el esquema indicado en el título II del presente, se debe diferenciar la situación en la que se encuentre el acreedor para dilucidar si podría, o no, pedir la quiebra del deudor.

Vimos que un primer supuesto sería aquel en el cual el acreedor acciona individualmente contra el deudor, pretendiendo que se reconozca judicialmente su crédito. Sin duda, en este caso no podría accionar de acuerdo al artículo 80 de la ley 24.522, toda vez que éste expresamente señala que el crédito debe ser exigible, carácter del cual no goza un crédito litigioso.

Ahora bien, de obtener el acreedor sentencia favorable a su pretensión —y hallándose firme—, se pueden presentar diversos escenarios, veamos.

El primero sería que el acreedor ejecute la sentencia y que logre el dictado de medidas que garanticen la cancelación de su crédito —por ejemplo, embargando determinados bienes del deudor—. Si aun así solicitara la quiebra del sujeto pasivo, a nuestro entender debiera ser rechazada de oficio, por las sencillas razones de que ambas vías son excluyentes entre sí y que su crédito se encuentra garantizado.

En este sentido, propiciamos lo decidido por la Sala A (11) en un planteo en el cual el acreedor, en el marco de un proceso judicial del fuero laboral, había logrado embargar un inmueble de la deudora y, no encontrándose agotada la vía individual, peticionó su quiebra. El argumento del peticionante se centraba en la supuesta insuficiencia de la medida decretada por cuanto, de acuerdo al informe de dominio, ya pesaba un primer embargo sobre la misma propiedad. Tanto el juez de primera instancia como la alzada entendieron que se había iniciado una acción individual que se encontraba en etapa de ejecución de sentencia, y que ello era óbice al pedido del acreedor.

Adviértase que la sala sostuvo que: "si el acreedor promovió una vía individual y obtuvo en resguardo de su crédito una medida precautoria, no puede sumar a ella una pedido de quiebra hasta agotar la primera...". Pero cuidado, este enunciado fue emitido a la medida del planteo que allí se había evidenciado —casuística pura—. Adviértase que en un caso totalmente diferente, en el cual el deudor apeló la sentencia de primera instancia que había decidido citarlo (conf. art. 84 de la ley 24.522) (Adla, LV-D, 4381), la misma sala aseveró que: "no existe norma positiva que imponga al acreedor el agotamiento de la ejecución individual promovida sin éxito contra su deudor, como recaudo de habilitación de esta vía prevista en el artículo 83 de la ley". (12)

Un segundo escenario se presentaría si el acreedor que obtuvo —como dijimos— sentencia favorable y firme, en lugar de ejecutarla, optara por peticionar directamente la quiebra del deudor.

Interpretamos que la vía colectiva no se encontraría habilitada; para ello debería primero intentarse el cobro en forma individual y, no logrado, accionar colectivamente.

Si bien no desconocemos la imperiosa necesidad de "apartar" del comercio al deudor insolvente, advertimos que el uso antifuncional de la acción colectiva en comentario ningún bien aporta al sistema en su conjunto. No se puede generalizar ni en un sentido ni en otro. El grado de seriedad y compromiso de los agentes del mercado, de los asesores legales y de los magistrados —éstos fundamentalmente a la hora de evaluar y pronunciarse sobre los pedidos de medidas precautorias requeridas por los acreedores— es de significativa importancia en esta temática.

Sobre el particular, la Sala D (13), por mayoría, hizo lugar al pedido de quiebra formulado por un

acreedor en un pleito que se había ventilado en el fuero laboral. En los hechos, el trabajador despedido, contando con sentencia favorable firme, se presentó directamente ante el juez con competencia comercial para peticionar en los términos descriptos.

A diferencia del juez de primera instancia, la Cámara sostuvo que no debía postularse el principio "electa una via non datur recursus ad alteram" y que no existían dos vías abiertas en forma simultánea —esto por cuanto la ejecución de la sentencia no se había llevado a cabo—. Un elemento de convicción del Tribunal para resolver de este modo fue la necesidad de actuar con agilidad y así minimizar las consecuencias que pudiera acarrear para el comercio el mantener a un insolvente en el mercado.

No podemos dejar de referirnos al voto en disidencia del Dr. Heredia. Con acierto para nosotros, pone de resalto que el acreedor en ningún momento demostró que nada había podido obtener de la sentencia de condena. Para obrar del modo en que lo hizo, es menester acreditar que por la vía de ejecución individual no pudo obtener el cobro de su crédito.

En su voto, el magistrado destaca la necesidad de excluir el pedido de quiebra del deudor como método extorsivo de cobro, ya que ello encierra una utilización de prerrogativas legales de modo antifuncional o abusivo.

Para finalizar: si el acreedor que cuenta con sentencia favorable y firme, una vez iniciada la ejecución, no logra satisfacer —o resguardar— su crédito ¿estaría habilitado para acudir a la vía colectiva? Lo estaría.

En esta conjetura, el acreedor contaría con un crédito exigible —ya no litigioso— y habría intentando su cobro a través de la vía individual. Siendo infructuoso el resultado, tendría a su disposición la posibilidad de pedir la quiebra del deudor incumplidor.

Vale aclarar que la no obtención de medidas precautorias que garanticen el cobro del crédito habilitaría el pedido de quiebra del deudor, debiendo para ello el actor desistir expresamente de la acción individual incoada.

La Sala C (14) se ha expedido en este sentido. En un caso en el cual el acreedor había agotado la vía de ejecución individual sin éxito —no había podido embargar las cuentas bancarias ni los bienes muebles del deudor—, el tribunal, si bien aseveró que la existencia de una vía individual paralela no agotada constituye óbice para demandar la quiebra, hizo lugar al pedido de quiebra, toda vez que se había acreditado fehacientemente la consumación del proceso judicial particular.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) ROUILLON, A., "Procedimientos para la declaración de quiebra", Zeus, Rosario 1982, pp. 28 y 29.

(2) VAISER, L., "La teoría versus la práctica y el pedido de quiebra", LA LEY, 1993-D, 1010.

(3) HIGHTON, F., "El abuso de derecho en los pedidos de quiebra: el caso concreto del pagaré", LA LEY, 1975-D, 467.

(4) CÁMARA, H., "El concurso preventivo y la quiebra", Depalma, Buenos Aires 1978-1990, t. III, p. 1554.

(5) QUINTANA FERREYRA, F., "Concursos", Astrea, t. 3, Buenos Aires 1990, p. 80.

(6) CNCom., sala D, "Mazzino Data SA s/pedido de quiebra promovido por Bogutyn, Paula Mabel", 12/10/10.

(7) RICHARD, E. H., "No hay que fomentar el incumplimiento sobre la petición de quiebra por acreedor", nota al fallo "Mazzino Data S.A. s/pedido de quiebra promovido por Bogutyn, Paula Mabel", Errepar, Doctrina Societaria y Concursal, 2011.

(8) MARTORELL, E., "Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿es factible promover el

pedido de quiebra de un deudor al que se continúa ejecutando individualmente?", LA LEY, 1993-C, 874.

(9) HEREDIA P. "Tratado exegético de derecho concursal", Ábaco de Rodolfo Depalma, t. 3, Buenos Aires 2001, p. 184.

(10) JUNYENT BAS F. y MOLINA SANDOVAL, C.A., "Ley de Concursos y Quiebras comentada", Lexis Nexis, t. II, Buenos Aires 2003, p. 19.

(11) CNCom., sala A, "Club Social y Deportivo Argentinas Asociación Civil s/pedido de quiebra por Cerdaño, Julia Magdalena y otro", 20/12/2007.

(12) CNCom., sala A, "Obra Social para el Personal del Ministerio de Economía s/pedido de quiebra por Rey, Carlos Alberto", 16/9/2011.

(13) CNCom., Sala D, "Mazzino Data S.A. s/pedido de quiebra promovido por Bogutyn, Paula Mabel", 12/10/10.

(14) CNCom., sala C, "Yaryf S.R.L. s/pedido de quiebra por OSECAC", 12/11/2007.