Buenos Aires, miércoles 14 de agosto de 2019 • ISSN 1666-8987 • **Nº 14.690** • **AÑO** LVII • ED 284

EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director: Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:
Gabriel Fernando Limodio
Pablo María Garat
Luis María Caterina
Martín J. Acevedo Miño
Daniel Alejandro Herrera
Nelson G. A. Cossari

Lecciones de España sobre lo que hay que hacer para que el sistema concursal fracase permanentemente

por Miguel Eduardo Rubín

Sumario: 1. Otra forma de aprender del derecho comparado. – 2. Primera lección: Los sistemas proacreedor no son buenos, ni siquiera para los acreedores. – 3. Segunda lección: Antes de apurarse a modificar la ley hay que tratar de aplicarla racionalmente. – 4. Tercera lección: Cómo se deben importar (cuando hay que hacerlo) los institutos del derecho comparado. – 5. Cuarta lección: Para qué sirven las estadísticas y los estudios de economía. – 6. Quinta lección: Cómo hacer para acatar formalmente las normas de la Comunidad dejando todo más o menos como estaba. – 7. Sexta lección: La torre de Babel concursal.

1
Otra forma de aprender del derecho comparado

Hoy voy a encarar un estudio del derecho comparado concursal desde una perspectiva diversa: en lugar de analizar los méritos de algún ordenamiento foráneo, habré de examinar las razones por las cuales el sistema concursal español, a pesar de las numerosas reformas que sufrió en el pasado reciente, ha fracasado constantemente. De ello también se aprende.

Comencemos por ver a qué apuntó España, en esta materia, en los últimos tiempos.

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *Temas de derecho societario y concursal: inoponibilidad de la persona jurídica y extensión de quiebra*, por Hugo Darío Maciel, ED, 246-647; *La sociedad y los fraudes societarios*, por Efraín Hugo Richard, ED, 269-653; *Las personas jurídicas hoy: ¿será tan fácil como antes utilizarlas para cometer fraude? ¿Seguirán brindando impunidad a sus administradores, fiscalizadores y controlantes infieles?*, por Ernesto Eduardo Martorell, ED, 273-838; *En torno al rechazo del concurso preventivo de Oil Combustibles S.A. A propósito de la separación del "empresario de la empresa". Las confusiones de la Corte Suprema en orden a las diferencias entre el empresario y la empresa como finalidad del concurso preventivo y sus consecuencias disvaliosas*, por Francisco Junyent Bas, ED, 275-376; *¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del derecho concursal argentino (primera parte)*, por Miguel Eduardo Rubín, ED, 277-476; *¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del derecho concursal argentino (segunda parte)*, por Miguel Eduardo Rubín, ED, 277-559; *¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del derecho concursal argentino (tercera parte)*, por Miguel Eduardo Rubín, ED, 277-625; *¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del derecho concursal argentino (cuarta parte)*, por Miguel Eduardo Rubín, ED, 277-672; *¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del derecho concursal argentino (quinta parte)*, por Miguel Eduardo Rubín, ED, 277-703; *Las acciones "de clase" en los procesos concursales*, por Miguel Eduardo Rubín, ED, diarios nº 14.615 y 14.616 del 24-4-19 y 25-4-19, respectivamente. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

Sobre todo en épocas de crisis financieras profundas aparecen quienes creen que, en materia concursal, las fórmulas prodigiosas, capaces de lograr lo que no se puede conseguir con las herramientas del propio ordenamiento jurídico, se encuentran en el derecho comparado. En esa orientación, en las últimas décadas, en buena parte del mundo, hay cierta fascinación por algunos institutos concursales del *common law* y, en particular, por el ordenamiento estadounidense[1].

En los organismos de la Comunidad Europea esa tendencia se nota, incluso, en sus directivas y documentos oficiales[2]. Así, en las últimas negociaciones para elaborar una nueva Directiva Europea sobre Reestructuración Preventiva y Segunda Oportunidad[3] se incluyó el modelo de los llamados "Marcos de Restructuración Preventiva", explícitamente inspirado en el *Chapter XI* norteamericano[4].

Pues bien, más que por el influjo que ejercieron los organismos europeos y el Fondo Monetario Internacional[5] que por decisión propia, España trató de introducir en su legislación concursal el *fresh start* y el *discharge* estadounidenses[6]; es decir, la estrategia (bastante simple, por cierto) consistente en buscar que el deudor insolvente de buena fe cuente con una rápida salida de la crisis, de ser posible, a través de un acuerdo con sus acreedores o, en su defecto que, con igual velocidad, se ejecuten sus bienes, liberándolo del pasivo insoluto[7].

Ello conforma lo que se ha dado en llamar el "cambio de paradigma"[8], el que se ha descripto de este modo: "Uno de los objetivos más importantes de los sistemas concursales debe ser mantener las empresas viables en funcionamiento, llegando a impedir la liquidación prematura de empresas que sí puedan llegar a ser sostenibles beneficiando a los acreedores que pueden recuperar gran parte de su inversión, a los empleados que pueden mantener sus trabajos y a los proveedores y clientes que conservan su red". "Junto a ello, es necesario contar con sistemas judiciales ágiles y efectivos en casos de incumplimiento"[9].

Esos propósitos, en España, tropezaron con varios inconvenientes. Inicialmente mencionaré dos.

El primero: en los Estados Unidos, los buenos resultados del régimen concursal no tienen que ver con los méritos de la ley (que es bastante elemental), sino, fundamentalmente, con la actitud de los jueces (recordemos: del *common law*) que suelen ser muy activos y prácticos, pues, si bien, en general, son respetuosos de las normas, su estrella polar es la equidad, entendida como razonabilidad[10].

Quede en claro: en esa forma de trabajar de los jueces estadounidenses (a diferencia de lo que ocurre con muchos de sus colegas de otros lares) hay un espacio muy limitado para la prosopopeya dogmática.

Ello representa una dificultad para los países del derecho continental, donde se prefiere que la máxima responsabilidad del régimen jurídico esté en manos del legislador, por lo que le queda a los jueces (en teoría) la mera función de aplicar las leyes que aquel construye[11].

(1) Sin embargo, si bien es cierto que el sistema concursal estadounidense se nutre de algunas buenas ideas, no es la panacea ni mucho menos. Con las estadísticas en la mano comprobamos que sus procedimientos judiciales o extrajudiciales, aunque son bastante convenientes, están lejos de alcanzar los índices de eficiencia de los países líderes.

Me refiero a la tasa de recuperación (centavos de dólar), al tiempo promedio que dura el procedimiento, a su costo (medido en % del patrimonio), al resultado (considerando el porcentaje de cobro de los créditos) y al índice de fortaleza del marco regulatorio de la insolvencia que determinó el Banco Mundial para el año 2018, como parte de su Doing Business Report, disponible en https://espanol.doingbusiness.org/es/data/exploreeconomies/spain#DB_ri.

(2) Garcimartín, Francisco, *La narrativa de los "marcos de reestructuración preventiva" en el derecho europeo*, disponible en https://almacendederecho.org/la-narrativa-de-los-marcos-de-reestructuracion-preventiva-en-el-derecho-europeo/.

(3) Sobre la Directiva relativa a la Insolvencia de las Empresas, véase el comunicado de prensa del 11-10-18, disponible en https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/10/11/directive-on-business-insolvency-council-agrees-its-position/.

(4) Plana Paluzie, Àlex, *Propuesta de Directiva europea para las reestructuraciones de empresas*, disponible en https://www.expansion.com/juridico/opinion/2018/03/28/5abb7aee46163f142e8b4611.html.

(5) El FMI, sobre la situación de España, emitió, entre otros documentos, el Country Report nº 13/245 del 2013, el que puede verse en https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13245.pdf.

(6) López-Gutiérrez, Carlos - Torre-Olmo, Begoña - Sanfilippo-Azofra, Sergio, *¿Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia*, Revista Innovar, vol. 21, Nº 41, 2011, disponible en https://revistas.unal.edu.co/index.php/innovar/article/view/35397/35765.

(7) Este sistema es particularmente valedero para los consumidores sobreendeudados. Para ellos se sancionó, en el año 2005, la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (disponible en https://www.congress.gov/bill/109th-congress/senate-bill/256/text), considerada como un punto de inflexión en la política norteamericana en materia de insolvencia (Cuena Casas, Matilde, *Fresh start y mercado crediticio*, InDret, 3/2011, disponible en http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf).

(8) Así: Gurrea-Martínez, Aurelio, *Hacia un nuevo paradigma en el estudio y el diseño del derecho concursal en Iberoamérica*, documento preparado para el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF), Working Paper Series 7/2016, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2805303.

(9) Checa Prieto, Susana - Paredes Serrano, Cristina, *Retos de los procesos concursales ante el fenómeno de la globalización*, disponible en http://marketing.eae.es/prensa/SRC_ProcesosConcursales.pdf.

(10) Para comprobarlo véase Broude, Richard F., *The judge's role in insolvency proceedings: the view from the bench; the view from the bar*, American Bankruptcy Institute Law Rev., Nº 10, 2002, pág. 511, disponible en https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/abilr10&div=24&id=&page=.

(11) Debo reconocer que, por obra y gracia de la globalización, el *common law* y el derecho continental hace años que están convergiendo en modalidades híbridas. Al respecto Stürner, Michael, *Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?*, Revista Jurídica UNAM, Nº 15, 2007, pág. 177.

CONTENIDO

DOCTRINA

Lecciones de España sobre lo que hay que hacer para que el sistema concursal fracase permanentemente, **por Miguel Eduardo Rubín (Continuará en el próximo diario del 15 de agosto de 2019)** 1

JURISPRUDENCIA

Provincia de Buenos Aires

Abogado: Honorarios: regulación; falta de convenio; aplicación de las leyes 8904 y 14.967; superposición temporal; efectos. **Recurso de Apelación:** Regulación de honorarios: resolución sin sustanciación; efectos; costas **(C2ªCC La Plata, sala I, febrero 26-2019)** 5

Sociedad: Sociedad irregular o de hecho: socios; responsabilidad; cheque; ejecución; legitimación pasiva de los socios; admisibilidad **(CApel.CC Junín, junio 4-2019)** 5

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Estrategias de las obras sociales provinciales en relación con el precio de medicamentos, **por María Bernardita Berti García** 8

CUENTA Nº 13.547
CASA C
ARGE
CO

Segundo inconveniente: como comprobaremos con algo más de profundidad en este estudio, el *fresh start* en España fue enrevesado, ya que se cargó de exigencias que, frecuentemente, es difícil cumplir[12].

Pues bien, puesto el problema en su marco, veamos, concretamente, por qué el sistema concursal español viene naufragando hace tanto tiempo.

2
Primera lección: Los sistemas proacreedor no son buenos, ni siquiera para los acreedores

175 años tuvo que esperar España para desprenderse de la normativa concursal fernandina[13] que, básicamente, consistía en un mecanismo de liquidación de bienes en el mero interés de los acreedores[14].

No es que los operadores del derecho en España no hubieran anhelado remozar las normas decimonónicas. Es más, durante el siglo XX hubo varios proyectos de reforma[15] (el primero, de 1959[16]), entre los que cabe destacar el Anteproyecto de Ley Concursal del año 1983[17] y el de 1995, elaborado por Ángel Rojo[18].

Mas la resistencia al cambio, por un lado, y las críticas a los sucesivos proyectos, por el otro[19], impidieron que tales iniciativas se transformaran en ley[20].

Finalmente, cuando el hastío que generaba seguir rigiéndose por una normativa anticuada se hizo intolerable, se sancionó la ley concursal 22/2003[21], régimen que entró en vigor el 1-9-04[22].

***

La Ley 22/2003 introdujo algunas innovaciones[23], más que nada en el lenguaje técnico y en cuestiones que eran más preocupación de la doctrina que de los afectados directos por la insolvencia[24].

Fue así como se estableció un único procedimiento, denominado *concurso*, para comerciantes y no comerciantes, el que puede ser promovido por el deudor[25] o por uno o más acreedores[26].

El concurso sirve para intentar un acuerdo con los acreedores (denominado *convenio*) o para encarar la liquidación de los bienes del deudor[27].

Es cierto que el legislador, en la exposición de motivos[28], sostuvo que el convenio pasaba a ser la solución normal del concurso. Empero, ese anhelo no se veía reflejado en la normativa ni, mucho menos, en el uso que se le dio[29].

El objetivo de beneficiar a los acreedores siguió siendo tan predominante en el plexo concursal español del año 2003 que, incluso, se podía llegar al convenio sin necesidad de que el deudor prestara su consentimiento (arts. 99 y 103, LC)[30].

***

La Ley Concursal española (como vimos en la nota al pie nº 26) se nota que está llena de prejuicios. Parece que el legislador supusiera la existencia de fraude en cada rincón del proceso. Claro ejemplo de ello es la enorme lista de sujetos que son considerados *personas especialmente relacionadas en el concursado* del art. 93 de la LC[31].

Cuando el concursado es un ser humano, entran en esa categoría el cónyuge, ciertos parientes y una considerable cantidad de personas que son asimilados a ellos[32].

Y si la concursada es persona jurídica, quedan comprendidos en dicha caracterización[33]: a) sus socios ilimitadamente responsables; b) quienes al momento del nacimiento del crédito sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera; c) si los socios son personas humanas, también se consideran personas especialmente relacionadas con la concursada su cónyuge, parientes o asimilados a ellos; d) los administradores de la cesante, sean de derecho o de hecho; e) sus liquidadores; f) sus apoderados con poderes generales, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso[34]; g) las sociedades que formen parte del mismo grupo que integra la concursada; h) los socios que también lo sean de sociedades que forman parte del mismo grupo; i) "Salvo prueba en contrario[35], se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso"[36].

A todos esos sujetos el art. 92, inc. 5º, de la LC los considera titulares de créditos subordinados[37]. Por lo tanto, según el art. 122, inc. 1º, de la LC, carecen de derecho a voto en la junta de acreedores que trate la propuesta de convenio[38].

Por si fueran pocas las interdicciones para votar, el mismo art. 122, inc. 1º, de la LC agrega otra para quienes "hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso"[39].

***

En síntesis, la filosofía del régimen concursal español del año 2003 y, sobre todo, la de quienes tuvieron que lidiar con él desde entonces (justiciables y jueces) seguía imbuida de la mentalidad proacreedor que reinaba hasta entonces[40].

(12) El deudor, en el procedimiento de calificación, no debe ser declarado culpable, tampoco puede ser condenado por el delito del art. 260 del cód. penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso. Además, debe satisfacer todos los créditos contra la masa, los privilegiados y, al menos, el 25 % de los créditos concursales ordinarios.

Por eso, en la práctica son pocos los que han alcanzado la exoneración de sus pasivos insolutos (Almenar Belenguer, Manuel, *El concurso de las personas físicas. La liberación del pasivo insatisfecho del deudor persona física y el principio de responsabilidad patrimonial universal: La segunda oportunidad*, disponible en https://elderecho.com/el-concurso-de-las-personas-fisicas-la-liberacion-del-pasivo-insatisfecho-del-deudor-persona-fisica-y-el-principio-de-responsabilidad-patrimonial-universal-la-segunda-oportunidad).

Sorprendentemente, para algunos, el *fresh start* español de los primeros tiempos era muy liberal en punto a sus requisitos (Cuena Casas, Matilde, *Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start*, Anuario de Derecho Concursal, N° 31/2014, pág. 123).

(13) El Código de Comercio tuvo una primera versión en 1829. Luego fue reformado en 1885.

El 26-7-1922 se promulgó la Ley de Suspensión de Pagos (disponible en https://legislacion.vlex.es/vid/ley-suspension-pagos-127140) que incorporó un instituto ineficaz, las más de las veces empleado por los deudores, no siempre con fines nobles, para anticiparse a uno o más pedidos de quiebra de sus acreedores (Mazón Verdejo, Eugenio, *La ley de suspensión de pagos debe modificarse*, disponible en https://elpais.com/diario/1982/08/20/economia/398642403_850215.html).

Hasta el año 2000 también entraba en juego en los procesos de insolvencia la no menos arcaica Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Esa realidad se modificó parcialmente cuando apareció la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, plexo que excluyó de su ámbito los procedimientos concursales y remitió a una Ley Concursal que, en realidad, por entonces no existía.

(14) Es cierto que el referido Código de Comercio de 1885 permitía al quebrado negociar con los acreedores alguna forma de superar su insolvencia o, llegado el caso, una manera concertada de liquidar sus bienes. Empero, ello se hacía en el exclusivo interés de los acreedores. Es decir, no se buscaba salvaguardar la actividad productiva del cesante (Palao Uceda, Juan, *El convenio en la ley concursal 22/2003, de 9 julio*, en *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Jaime Mairata Laviña [dir.], Icam, disponible en http://www.veritas-consulting.es/publicaciones/2003-11-CONVENIO-EN-LA-NOVISIMA-REGULACION.pdf.).

(15) Para una revista de tales propuestas, ver Jiménez Sánchez, Guillermo J., *El arduo y difícil proceso de la reforma del derecho concursal español. Desde el Código de Comercio de 1885 hasta los anteproyectos del siglo XX*, Anales del Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil, N° 5, 2002, pág. 59.

(16) Hubo, también, uno de 1978 y otro de 2000, que fue el antecedente inmediato de la ley.

(17) La Comisión que lo redactó estuvo a cargo de Manuel Olivencia Ruiz, Luis Vacas Medina, Jorge Carreras Llansana, Ángel Rojo Fernández-Río y Guillermo J. Jiménez Sánchez.

(18) Véase al respecto Beltrán Sánchez, Emilio M., *El convenio en la propuesta de anteproyecto de ley concursal del profesor Ángel Rojo*, en *La reforma del derecho concursal*, Dykinson, pág. 89.

(19) Algunas objeciones obedecían a razones políticas, otras eran de índole doctrinaria. Después de todo, no hay labor humana que no pueda ser criticada y, en realidad, es humano que quien no es convocado a elaborar el proyecto de ley sea proclive a cuestionarlo.

Sobre el particular, ver Jiménez Sánchez, Guillermo J., *Reformas y proyectos de reforma del derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de ese sector de nuestro ordenamiento jurídico*, en *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad de Valladolid, vol. 2, pág. 1643.

(20) Guillén Soria, José M., *Una aproximación a la nueva Ley Concursal: Desde la declaración del concurso al convenio (Estudio parcial de la nueva Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio de 2003)*, disponible en http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_31/art1-rev31.pdf.

(21) Ver https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813.

(22) Para entender el contexto en el que fue sancionada la ley, véase Alcover Garau, Guillermo, *La Ley 22/2003, de 8 de Julio, Concursal*, en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, vol. 1, pág. 43.

(23) Como la creación de Juzgados de lo Mercantil en las capitales de provincia u otras ciudades de importancia. Dichos juzgados pasaron a tener competencia exclusiva en una gran cantidad de cuestiones: competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, sociedades mercantiles y cooperativas, transporte nacional o internacional y derecho marítimo. En el año 2015 se agregaron las acciones colectivas relacionadas con negocios bancarios.

No obstante, por diversas razones, fundamentalmente recibieron causas concursales.

La acumulación de asuntos a juzgar, sumada al aluvión de causas concursales que tuvieron lugar en tiempos de dificultades económicas, hizo que esos juzgados se vieran desbordados. Tanto es así que, según las estadísticas oficiales, son los que más demoran en resolver los conflictos. La liquidación concursal de empresas insume, en promedio, casi cuatro años (Santos, María H., *Los juzgados mercantiles, los más saturados de España*, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/07/legal/1496844332_568461.html).

(24) Gadea, Enrique, *La nueva legislación concursal: introducción*, disponible en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/legislacion-concursal-introduccion-292238.

(25) En realidad, este es un derecho del deudor y, al mismo tiempo, una obligación suya que nace cuando hubiera conocido o debiera conocer su situación patrimonial de insolvencia (art. 5º) (Moralejo Imbernón, Nieves, *La adopción del convenio concursal*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 11, 2004, disponible en https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6177/6632).

(26) Siempre y cuando el acreedor no hubiera adquirido el crédito por acto entre vivos y a título singular durante los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud. Esa norma, como otras, es fruto del prejuicio, pues presume la ilicitud de la transferencia sin admitir prueba en contrario.

(27) Espinar Pérez, Estrella - Álvarez Rodríguez, César G., *Algunas novedades de la nueva Ley Concursal*, disponible en http://www.iberforomadrid.com/descargas/revista/rev_04_03_c.pdf.

(28) Que puede verse en http://leyconcursal.org/derecho-concursal/espana/ley-222003-de-9-de-julio-concursal/exposicion-de-motivos/.

(29) Marcos González, María, *La reforma concursal española ante la crisis económica*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá III, 2010, pág. 213, disponible en https://core.ac.uk/download/pdf/58908304.pdf.

(30) Lo único que podía hacer el deudor en tales supuestos era oponerse al convenio o solicitar la apertura de la liquidación de sus bienes (art. 128) (García Villaverde, Rafael, *El Anteproyecto de Ley Concursal español del 2000: las bases de una reforma esperada*, Actualidad Jurídica Aranzadi, año XI, N° 491, pág. 56).

(31) Cuestión que ha dado arduo trabajo a la jurisprudencia. Así, Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sentencia n° 239/2018, del 24-4-18, disponible en http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8377922/Concurso/20180511.

(32) Lista que incluye a "la pareja de hecho inscrita [del concursado] o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso" (apart. 1º), a "los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior" (apart. 2º), a "los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado" (apart. 3º), a las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas anteriormente "o sus administradores de hecho o de derecho" (apart. 4º), a "las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior" (apart. 5º) y a "las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho" (apart. 6º).

(33) Cada caso presenta una buena cuota de complicaciones. Para comprobarlo, ver Rubio Sanz, Javier, *Recuperaciones de deuda y personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica. Un análisis casuístico*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N° 49, 2018, pág. 92, disponible en https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5893/documento/art009.pdf?id=8345.

(34) Para favorecer los acuerdos extrajudiciales, la norma aclara: "Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio". "Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición".

(35) Nótese que este es el único supuesto en el cual la interdicción opera como una presunción *juris tantum*, pues, en los demás, la presunción es *juris et de jure*.

(36) Esta última norma genera un incordio casi imposible de superar: el cesionario de un crédito concursal ¿cómo hace para demostrar su buena fe en la operación que lo transformó en acreedor del cesante si el juez está obligado a presumir que es fraudulenta?

(37) Salvo una mínima excepción que contiene la misma norma.

(38) Pérez Benítez, Jacinto, *Las consecuencias de la subordinación. Efectos generales y especiales con respecto a los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor*, en *Tratado judicial de la insolvencia*, Pedro Prendes Carril y Alfonso Muñoz Paredes (dirs.), Aranzadi, t. II, pág. 1611.

(39) Para una buena comprensión de esta norma desde la perspectiva argentina, ver Bender, Ivana, *La cesión de créditos en los concursos preventivos*, Revista Argentina de Derecho Concursal, N° 6, diciembre/2013, IJ-LXIX-967.

(40) Acertadamente, se apuntó: "El sistema concursal español resulta antideudor en la medida en que no permite una efectiva segunda oportunidad para el deudor persona natural, impone un excesivo régimen de responsabilidad frente a los administradores sociales (al combinar la responsabilidad por insuficiencia de activo del derecho francés con la responsabilidad por daños del sistema inglés y alemán)

Tanto es así que buena parte de la doctrina objetó la (más teórica que real) lógica de la nueva ley[41].

El resultado práctico de esa combinación de factores no podía ser otro: España tiene el menor número de concurso por cada 10.000 empresas de toda Europa[42], lo que demuestra lo renuentes que son los directivos de las compañías en acudir a esa vía.

Ese *statu quo* no varió gran cosa con las sucesivas reformas legislativas. Para graficarlo acudiré a las memorias de un exjuez de Burgos: "En mi antiguo juzgado, de 400 concursos, solo tuve cuatro convenios, y de estos cuatro convenios, dos se incumplieron"[43].

A nivel nacional los guarismos no fueron mejores[44]. Desde que se sancionó la ley de 2003 hasta el momento en que escribo estas líneas, a pesar de las cuantiosas modificaciones legislativas, todas las estadísticas demuestran que, en España, entre un 89 % a un 93 % de las empresas que entran en el concurso terminan en la liquidación de bienes; es decir, menos de un 10 % consigue aprobar un convenio[45], lo que no siempre significa superar la insolvencia[46].

Hubo años peores. Durante 2013, de 9660 concursos solo el 6 % logró aprobar su convenio[47]. De los concursos del año 2018 menos del 3 % concluyeron en acuerdo[48].

Ello no significa que la tasa de recupero de los créditos en los procesos concursales haya sido razonable ni –mucho menos– que hubiera mejorado; circunstancia que se comprueba con recientes investigaciones comparativas entre numerosos países[49].

***

En otro estudio apunté[50] que, durante mucho tiempo, el *lobby* de los acreedores partía de la premisa de que un régimen que ponía en sus manos todo el poder sobre los bienes y el destino del deudor mejoraba su propia suerte[51]. Pero las grandes crisis financieras han demostrado que esa forma de ver las cosas no es la adecuada, pues no hay una relación directa entre esa política y las tasas de recobro del crédito[52].

Hoy, a partir del cambio de paradigma al que hice referencia en el capítulo primero de este mismo estudio, se ha comprendido que el sistema concursal mejora cuando se procura el equilibrio entre el deudor, los acreedores y los demás afectados por la insolvencia[53].

Es más, muchas veces, el facilitarle al deudor insolvente (sea persona humana o jurídica) mantenerse económicamente activo puede ser beneficioso para sus acreedores, pues estos últimos tendrán la oportunidad de salvar a un cliente y, de ese modo, mantener viva la posibilidad de recuperar el dinero que les adeuda[54].

3
Segunda lección: Antes de apurarse a modificar la ley hay que tratar de aplicarla racionalmente[55]

¿Cómo reaccionó España ante las sucesivas crisis económicas y financieras que la afectaron durante este siglo XXI? Generó una enorme cantidad de modificaciones a su legislación concursal[56] (y a otras normas que cruzan lo concursal)[57]; fiebre por las reformas que, más que un modo reflexivo de abordar el problema, fue la manera de dar respuesta al clamor de la opinión pública y a la presión de los organismos internacionales, como la Comisión Europea y el FMI[58].

En suma, en 16 años, esto es, desde la sanción de la ley del año 2003, tuvieron lugar 28 modificaciones a la Ley Concursal[59].

Cuando se dictó el real decreto ley 4/2014 (al que luego me referiré), un autor se preguntó si era tan urgente y extraordinariamente necesaria la nueva reforma concursal[60]. La obvia respuesta vale para otras metamorfosis legislativas que vinieron luego.

***

En el año 2009, para tratar de mejorar una modalidad procesal, el real decreto ley 3/2009[61] introdujo al *experto independiente*[62], personaje que desapareció con el real decreto del 2014, al que luego me referiré[63].

En el año 2011 se dictó la ley 38/2011[64], reforma concursal nacida cuando concluía el período legislativo en el cual el Partido Socialista tenía mayoría parlamentaria[65]. Ese plexo normativo permitió, por primera vez, obtener acuerdos de refinanciación extrajudiciales validables judicialmente[66].

A tal fin, se agregaron dos meses al plazo del art. 5º de la LC previsto para que el deudor y sus acreedores pudieran negociar sin verse apestillados por las ejecuciones. También se admitió la subordinación convencional de acreedores[67].

Paralelamente, en el año 2012, siguiendo la orientación propugnada por los organismos comunitarios, se sancionó la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (ley 5/2012)[68] (que, como se verá seguidamente, tuvo incidencia en temas de insolvencia), el real decreto ley 24/2012[69] y la ley 9/2012[70] de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito[71].

***

---

y, extraordinariamente, todavía mantiene un 'etiquetado' de los deudores (inexistente en las principales legislaciones de nuestro entorno), en una práctica –como la calificación– que no tiene ningún fundamento más allá de perpetuar el estigma de la insolvencia" (Gurrea Martínez, Aurelio, *La proeza del legislador concursal español*, disponible en http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/la-proeza-del-legislador-concursal-espanol).

(41) Palao Uceda, Juan, *El convenio en la ley*..., cit.

En la misma línea: "Se considera que, para el interés general, es preferible que los acreedores obtengan satisfacción, y no fomentar, más allá de los límites objetivamente razonables, la conservación de las unidades productivas". "La conservación de la empresa a costa de los acreedores genera o, al menos, es susceptible de generar un efecto reflejo en las economías de esos acreedores, muchos de los cuales entrarán en situación de auténtica insolvencia..." (Rojo, Ángel, *La reforma de la legislación concursal*, en Ángel Rojo [dir.], Ana B. Campuzano [coord.], Marcial Pons y Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles de España, pág. 103).

(42) Gurrea Martínez, Aurelio, *El derecho concursal en España: problemas estructurales y propuesta de reforma*, Reus, pág. 44.

(43) Ortín, Alberto, *En mi juzgado llevé 400 concursos y solo se salvaron 4 empresas*, disponible en https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/ley-concursal-concursos-salvaron-empresas_0_1197181435.html.

(44) Desde el comienzo de la crisis del año 2008 y hasta el año 2017, 50.000 empresas pasaron por el concurso. De ellas, el 95 % desapareció, porcentaje muy superior al de los de otros países de Europa, como Alemania, Francia o el Reino Unido (donde los porcentajes de subsistencia oscilan entre el 20 % y el 30 %) (Goizueta, Javier, *El gran fracaso de la Ley Concursal*, disponible en https://blogs.elconfidencial.com/economia/tribuna/2017-06-08/gran-fracaso-ley-concursal_1395511/).

Para datos más recientes en la misma dirección pueden verse las conclusiones del IX Foro Concursal que tuvo lugar este año en Elche, disponible en https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/alicante/2019/06/07/5cf9421afdddff86948b4667.html. Y para recabar datos oficiales, ver https://www.infoconcursal.es/lstdeta/oDTTnjmCGjeM=/LA-SEDA-DE-BARCELONA-SA_concurso-de-acreedores.html

Hay que tener en cuenta que el Instituto Nacional de Estadística español anualmente prepara un estudio sobre el procedimiento concursal, cuya última publicación puede verse en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550.

(45) Así, de los 55.450 concursos iniciados desde 2008, únicamente 5023 han alcanzado un convenio entre la empresa deudora y sus acreedores (Checa Prieto, Susana - Paredes Serrano, Cristina, *Retos de los procesos*..., cit.).

(46) Vigil, Almudena, *Empresas en el limbo concursal*, disponible en https://elpais.com/economia/2017/05/19/actualidad/1495187627_161378.html.

(47) Ver http://www.jausaslegal.com/resources/doc/140515-situaciones-concursales-guia-de-buenas-practicas-3800908451085348021.pdf.

(48) Checa Prieto, Susana - Paredes Serrano, Cristina, *Retos de los procesos*..., cit.

(49) Estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y el Informe sobre "Resolución de la insolvencia" que el Banco Mundial preparó para el año 2018 como parte del ya mencionado Doing Business Report, disponible en https://espanol.doingbusiness.org/es/data/exploreeconomies/spain#DB_ri.

La investigación –reitero– tomó en cuenta el tiempo, el costo y el resultado de los procedimientos de insolvencia que afectan a las empresas instaladas en cada país considerado.

La tasa de recuperación computa los centavos por dólar cobrados por los acreedores en los procedimientos de reorganización, liquidación o ejecución (hipotecaria o medidas de administración) de la deuda.

Para que todas las hipótesis quedaran abarcadas, se consideraron, incluso, los casos en los cuales la empresa se vendía en funcionamiento y aquellos en los que los activos se enajenaron por separado.

En Europa, los países que más recuperan la inversión son Finlandia, Alemania y Noruega, con tasas por encima del 85 % (*Los procesos concursales 2015*, estudio del EAE Business School, disponible en https://www.eae.es/actualidad/noticias/el-numero-de-procesos-concursales-registrados-en-espana-cae-un-28-hasta-las-6.564-empresas-concursadas).

(50) Rubín, Miguel E., *¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del derecho concursal argentino (tercera parte)*, ED, 277-625.

(51) En esa línea, ver Ezcurra, Huáscar R., *La muerte del sistema concursal*, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual Nº 12, pág. 157, disponible en revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/download/94/101/.

(52) Alegría, Héctor, *Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*, LL, 2007-C-900.

(53) López-Gutiérrez, Carlos - Torre-Olmo, Begoña - Sanfilippo-Azofra, Sergio, *¿Puede una ley*..., cit.

(54) Couso Pascual, José R., *La reforma concursal y los acreedores financieros*, disponible en http://www.elnotario.es/.

(55) Retomaré aquí lo que escribí en Rubín, Miguel E., *Tendencia del derecho comparado a sacar las disputas concursales del ámbito judicial*, ED, 260-536.

(56) Solo comparable con la catarata de reformas al régimen concursal que, contemporáneamente, se dio en Italia, con resultados igualmente desalentadores. Véase sobre el particular Falcone, Giovanni, *Recientes evoluciones del derecho "preconcursal" italiano el acuerdo de reestructuración con acreedores financieros y el acuerdo de moratoria*, trad. al español por Javier Megías López, documento presentado ante el Congreso Internacional de Derecho Concursal, Madrid, abril/2015, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 24, 2016, pág. 581.

Como parte de esa vorágine reformadora, la ley 155 de 2017 le encargó al Gobierno nacional el dictado de un Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, encargo que el Ejecutivo cumplió a través del decreto legislativo 14 de 2019 (disponible en https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2019;14), el que entrará en vigor el 14-8-20, excepto para ciertas reglas que están vigentes desde el 16-3-19.

Para tener una idea del efecto que ocasionó esta enésima reforma, ver Parisi, Giacinto, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: riforma o controriforma?*, disponible en https://www.osservatorio-oci.org.

(57) Como la ley 26/2013 de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias.

(58) Para comprobarlo véase el informe de la Organization for Economic Cooperation and Development del año 2018. Al respecto, ver McGowan, Müge A. - Andrews, Dan, *Design of insolvency regimes across countries*, Economics Department Working Papers Nº 1504, disponible en http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=ECO/WKP(2018)52&docLanguage=En.

(59) A fin de comprender cómo y cuánto se legisla en España, ver Vigil, Almudena, *España publica diez veces más normas que Alemania*, disponible en https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/12/14/585189f0268e3e755d8b462b.html.

(60) García Bartolomé, David, *La última reforma de la ley concursal operada por el RD-Ley 4/2014: otra modificación concursal a "golpe" de decreto ley*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Nº 30, 2014-II, pág. 79.

(61) Al respecto, ver Thomàs Puig, Petra M., *La reforma concursal de 27 de marzo de 2009. Real decreto ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas Urgentes en Materia Tributaria, Financiera y Concursal ante la evolución de la situación económica. BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009*, Revista de Derecho de Sociedades, Nº 33, 2009, pág. 365.

(62) García-Villarrubia, Manuel, *Los acuerdos de refinanciación homologados y el riesgo de su rescisión*, Revista de Derecho Mercantil, Nº 15, 2014, disponible en https://elderecho.com/los-acuerdos-de-refinanciacion-homologados-y-el-riesgo-de-su-rescision.

(63) En España, tanto en materia concursal como en muchas otras, se ha hecho uso y abuso del real decreto ley para eludir el debate parlamentario (García Bartolomé, David, *La última reforma*..., cit.).

(64) Ver https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-15938-consolidado.pdf.

Al respecto, ver Hurtado, Santiago, *La Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal: Modificaciones esenciales introducidas*, disponible en https://www.diariojuridico.com/la-ley-382011-de-reforma-de-la-ley-concursal-modificaciones-esenciales-introducidas/.

(65) Por entonces, en España, se vivió la grave y generalizada crisis motivada por las ejecuciones de hipotecas que se habían tomado para la adquisición de viviendas. Fue por ello que, en los años 2012 y 2013, se sancionaron normas para frenar la tragedia social que tales ejecuciones traían consigo.

En esa dirección se dictaron los ya mencionados real decreto ley 6/2012 de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos, el real decreto ley 27/2012 de Medidas Urgentes para Reforzar la Protección de los Deudores Hipotecarios y la ley 1/2013 de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social.

(66) Los procedimientos pre- o paraconcursales en el derecho español, a raíz de las sucesivas reformas, han conformado especies y subespecies, a saber: i) el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación; ii) el procedimiento de acuerdos extrajudiciales de pago y iii) el procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio (Garcimartín Alférez, Francisco J., *Los procedimientos preconcursales en el Reglamento Europeo de Insolvencia. Apuntes sobre el nuevo régimen*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 22, 2015, pág. 95).

(67) Mairata Lauría, Jaime - Roldán Santías, Francisco, *Subordinación y grupo de empresas: cuestiones interpretativas*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 16, 2012; Pérez Millán, David, *La subordinación de créditos y los pactos de socios*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 18, 2013, pág. 143.

(68) Ver https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112.

Esta ley, cuyas Disposiciones Finales Séptima y Octava fueron reglamentadas por el real decreto 980/2013, tiene normas que son valederas para el mediador concursal, al que seguidamente me referiré.

Sobre tales disposiciones, ver Ortiz Hernández, Arturo, *Así queda el mediador concursal*, Newsletter de Lawyerpress del 16-12-13, disponible en http://www.lawyerpress.com/news/2013_12/1612_13_007.html.

(69) Ver https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-11247.

Al respecto, ver Aparicio González, Marisa, *Régimen jurídico de la reestructuración y resolución de entidades de crédito (real decreto ley 24/2012)*, disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/regimen_juridico_de_la_reestructuracion_y_resolucion_de_entidades_de_credito_real_decreto_ley_242012.pdf.

(70) Ver https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-14062.

(71) Carrasco Perera, Ángel, *Efectos de las medidas de reestructuración y resolución en las contrapartes de contratos de entidades financieras (Ley 9/2012)*, disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/ley-9-2012-efectos-de-las-medidas-de-reestructuracion-y-resolucion-en-las-contrapartes-de-contratos-de-entidades-financieras.pdf.

En el año 2013 se promulgó el real decreto ley 11/2013[72] de Protección de los Trabajadores a Tiempo Parcial y Otras Medidas Urgentes en el Orden Económico y Social[73], y aparecieron la ley 1/2013 de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social[74] y la ley 14/2013[75] de Emprendedores[76] que, a través de otra reforma a la Ley de Concursos[77], creó el Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP) como institución preconcursal[78], que dio entrada al *mediador concursal*[79].

De ese modo, buscando normar lo que en el derecho estadounidense no es más que una práctica carente de regulación federal[80], se trató de superar las asperezas de la Ley Concursal de entonces, que, entre otros trastornos, había provocado la saturación de los juzgados mercantiles[81].

El deudor no quedaba ni intervenido ni suspendido en sus facultades de administración y disposición patrimonial y, por lo tanto, se suponía, pasaba a ser algo parecido al *debtor in possession* del Capítulo 11 del Bankruptcy Code de los Estados Unidos[82].

Todos los acreedores quirografarios quedaban impedidos de promover acciones judiciales en contra del deudor. El Estado quedaba fuera de esa interdicción.

El mediador concursal estaba forzado a cumplir ciertos requisitos[83], pero, como podía ser elegido libremente por el deudor, se generaron algunas distorsiones, las que forzaron otras modificaciones del sistema[84].

Una vez electo, el mediador, dentro de los treinta días, debía conocer con exactitud la situación de la empresa y formular una propuesta de pagos, para luego buscar la adhesión de los acreedores[85]. No hacía falta incluir a todos los acreedores en la mediación[86].

Tampoco era necesario que el acuerdo respete la *par conditio creditorum*, aunque no era aconsejable obviarla, pues el concordato, posteriormente, podía ser objeto de impugnaciones judiciales que, entre otras razones, podían basarse en esa circunstancia[87].

Ningún acuerdo podía generar quitas superiores al 50 %, ni esperas más allá de los cinco años (art. 100, LC).

El nuevo ordenamiento fomentó soluciones hasta entonces consideradas heterodoxas, como la *capitalización de las deudas*[88] o su conversión en créditos participativos y las enajenaciones de bienes[89].

Si el deudor fracasaba en su intento de dejar atrás la insolvencia a través de la mediación y, luego, solicitaba el concurso por vía judicial, el mediador debía ser designado administrador concursal[90].

En el art. 178 bis de la LC se le dio carta de ciudadanía a la condonación de las deudas insolutas de las personas físicas, pero se exigieron tantos recaudos que su aplicación práctica quedó reducida a pocos supuestos[91].

***

La Ley de Emprendedores no había terminado de ponerse en práctica cuando, a comienzos del año 2014, las dificultades económicas del país sufrieron un rebrote. Fue por ello que, para tratar de solucionar problemas puntuales y para responder a las duras críticas por falta de flexibilidad del ordenamiento anterior[92], se sancionaron la ley 1/2014[93] de Protección de los Trabajadores a Tiempo Parcial y Otras Medidas Urgentes en el Orden Económico y Social, el real decreto ley 4/2014[94], el real decreto ley 11/2014 de Medidas Urgentes en Materia Concursal[95] y la ley 17/2014 de Medidas Urgentes en Materia de Refinanciación y Reestructuración de Deuda Empresarial[96].

El nuevo sistema legal, entre otras cosas, procuró evitar que las operaciones preconcursales, si luego el deudor entraba en concurso, pudieran ser dejadas sin efecto por medio de las acciones de reintegración[97].

La reforma del año 2014, asimismo, permitía que el procedimiento extrajudicial paralizara provisoriamente las ejecuciones que, anteriormente, obstaculizaban (o directamente impedían) el acuerdo con los acreedores[98]. Desde entonces, con la simple comunicación del deudor informando que había iniciado negociaciones para alcanzar un entendimiento con sus acreedores, se impedía la iniciación de las ejecuciones judiciales que pudieran afectar a los bienes necesarios para continuar su actividad empresarial[99].

También debían suspenderse las ejecuciones (iniciadas o a iniciarse) de los acreedores financieros incluidos en la Disposición Adicional Cuarta; pero, para ello, era necesario acreditar que los acreedores titulares de, por lo menos, el 51 % del pasivo, apoyaban el inicio de las negociaciones[100].

Asimismo, se implantó el derecho del deudor a impedir la publicidad en el Registro Público Concursal de todo lo que tuviera que ver con las negociaciones con sus acreedores, lo que traía aparejada alguna incongruencia[101].

Como anticipé, la mentada ley derogó la obligatoriedad de recurrir al experto independiente[102], sujeto que pasó a ser optativo (apart. 4º del nuevo art. 71 bis, LC).

Los nuevos acuerdos de refinanciación del mentado art. 71 bis de la LC vinieron con otras innovaciones, tanto para los que eran sometidos a homologación judicial[103] como para los que no pasaban por ese procedimiento.

***

(72) Ver https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-8556.

(73) En realidad, este real decreto se ocupó de cuestiones bien diversas, tales como la indemnización que el Estado pagaría a las víctimas de accidentes ferroviarios en el ámbito nacional y asuntos de derecho del trabajo. El art. 10 de esta normativa modificó los aparts. 2° y 6° del art. 64 de la LC en punto a cuestiones laborales en el marco de los concursos (Orellana Cano, Nuria A., *La extinción colectiva de contratos de trabajadores en sede concursal adaptado a la reforma del ET y de la LC por el real decreto ley 11/203, de 2 de agosto*, en *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia. Dada por especialistas*, Pedro B. Martín Molina [dir.], Dykinson, pág. 502).

(74) Ver https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5073.

Las ejecuciones hipotecarias generalizadas y sin miramientos hicieron que la opinión pública, tomando partido por los deudores, impulsara una Iniciativa Legislativa Popular tendiente a neutralizar el despotismo de los Bancos acreedores, la que fue firmada por un millón y medio de ciudadanos. La ley 1/2013 vino a poner paños fríos en ese contexto, y obtuvo resultados proporcionales a sus medias tintas (Agüero Ortiz, Alicia, *Medidas introducidas por la ley 1/2013, comparativa con el RDL 6/2012, y el soterramiento de la ILP1*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 6/2013, disponible en http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco).

(75) Ver https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-10074.

(76) Vale apuntar que esta ley introdujo, por primera vez, el instituto de la condonación de la deuda para personas físicas. Sin embargo, como anticipé, las condiciones que puso, en muchos casos, eran incumplibles (Gómez Pomar, Fernando, *Una nueva oportunidad perdida: la ley de emprendedores*, InDret, año 2013, N° 4, disponible en https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270099/357666).

(77) Que parte de la doctrina consideró un fiasco (Gómez Pomar, Fernando, *Una nueva oportunidad...*, cit.

(78) Soler Villadelprat, Eduard, *Mediación concursal para salvar empresas*, disponible en www.cincodias.com/tag/concurso_acreedores/a/; Ortiz Hernández, Arturo, *La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias*, disponible en www.gruposgiconsultores.com/node/683; Casanueva, Tomás J., *El mediador concursal en España. El desarrollo reglamentario de la figura del mediador concursal*, en diariojurídico.com del 22-5-14.

(79) La idea de la mediación concursal se venía impulsando en Europa hacía bastante tiempo (Wessels, Bob, *Mediation in restructuring and insolvency*, disponible en https://www.insol-europe.org/download/documents/772).

(80) Me ocupé de este tema en Rubín, Miguel E., *Tendencia del derecho...*, cit.

(81) De la Vega, Pablo, *¿Por qué todos los concursos acaban en liquidación?*, disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/por-que-todos-los-concursos-acaban-en-liquidacion; Enciso Alonso-Muñumer, María T., *Acuerdo extrajudicial de pagos y segunda oportunidad*, disponible en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/acuerdo-extrajudicial-pagos-oportunidad-519433874.

(82) Quijano González, Jesús, *El acuerdo extrajudicial de pagos*, documento presentado ante el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal y II Congreso de Quiebra del Caribe, San Juan de Puerto Rico, del 13 al 15 de octubre de 2016, publicado en *Estudios de Derecho Empresario. Escuela Comercialista de Córdoba y sus proyecciones*, vol. especial N° 10 de la Revista Informática del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, N° II, 2016, disponible en https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/revista_iidc/volumen_especial_IIDC.pd.

(83) Podía ser una persona humana o jurídica, en tanto estuviera inscrita en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

Permitir que las personas jurídicas sean mediadoras fue un guiño que se le dio a las grandes corporaciones de abogados y contables que existen en España. Al respecto, ver Melero Bosch, Lourdes V., *¿Hacia la societarización de la administración concursal?*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 15, 2011, disponible en http://laleydigital.laley.es.

El mediador debía cumplir los requisitos del art. 27.1 de la LC para el ejercicio del cargo de *administrador concursal*: (i) ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que acredite formación especializada en derecho concursal; (ii) ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en materia concursal o (iii) ser persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal. También se le exigía al mediador que contrate un seguro de responsabilidad civil.

(84) En efecto, posteriormente, con la ley 14/2013, ante sospechas de que las designaciones pudieran ser amañadas, los mediadores debieron ser desinsaculados de manera "secuencial", es decir, por el orden en el que estaban anotados en la lista del registrador.

(85) La propuesta debía presentarse con un plan de viabilidad que aclarara cuáles eran los recursos necesarios, los medios y las condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos que asumían los terceros sobre el particular.

(86) En estos acuerdos se podían incluir pactos adicionales (distintos de los de refinanciación) como compromisos de suministro de materias primas o de mercaderías.

(87) Asimismo, el AEP podía ser impugnado judicialmente (arts. 239 y 242, LC).

(88) Me permito recordar que la *capitalización de la deuda*, que en España era considerada virtualmente imposible, en el derecho argentino existe hace más de veinte años (art. 43, LCQ).

(89) Empero, los bienes o derechos del deudor no se podían dar en pago a los acreedores (art. 100, LC), limitación que no existe en la mayoría de los ordenamientos del derecho comparado y que tampoco tenía sentido. En suma, ¿por qué prohibir, por ejemplo, que el deudor, bajo vigilancia del tribunal, pacte el reparto de algunos (o todos) sus bienes entre los acreedores en lugar de que sean subastados en condiciones que suelen ser turbias?

No por nada, con la reforma de la ley 38/2011, esa restricción en gran medida desapareció. Desde entonces es factible la dación en pago, en la medida en que sea autorizada por el juez y tenga lugar en el marco de la realización de bienes o en el de una ejecución de créditos con privilegio especial (art. 155.4, LC).

Más tarde, con la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por el real decreto ley 11/2014 y la ley 9/2015, en la fase de liquidación, la entrega de bienes para cancelar deudas pasó a permitirse con mayor amplitud (González Suárez, Carmen, *La cesión de bienes y derechos en el concurso de acreedores*, disponible en https://elderecho.com/la-cesion-de-bienes-y-derechos-en-el-concurso-de-acreedores).

(90) Llamativamente, el art. 242.2.1ª de la LC disponía que el administrador concursal no debía recibir remuneración alguna por este segundo cometido, salvo que, en circunstancias excepcionales, el juez lo dispusiera. Ello permite inferir que el honorario no guardaba relación con el trabajo profesional, lo que ha motivado cuestionamientos (De Peña Villarroya, José M., *El mediador concursal: ¿profesional retribuido o colaborador social sin ánimo de lucro?*, disponible en http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/el-mediador-concursal-profesional-retribuido-o-colaborador-social-sin-animo-de-lucro-).

(91) Estupiñán Cáceres, Rosalía, *Exoneración de deudas y "fresh star". Ley concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014*, documento presentado ante el Congreso Internacional de Derecho Concursal, Madrid, marzo/2014, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 22, 2015, pág. 393; Gutiérrez Ibañes, David, *Fresh start, ¿una segunda oportunidad?*, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/01/01/empresas/1388598658_393964.html.

(92) Se ha dicho que estas reformas, introducidas de manera casi sorpresiva, también se formularon para dar algún tipo de respuesta a las recomendaciones de la Comisión Europea sobre el Derecho de la Insolvencia de los Estados miembros y al informe del Fondo Monetario Internacional que se había publicado en esos días, en el cual se instaba a España a mejorar la Ley Concursal mediante la búsqueda de alguna forma de salvación para las pequeñas y medianas empresas y los trabajadores autónomos (García Bartolomé, David, *La última reforma...*, cit.).

(93) Ver https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-2219.

Como vimos, esta temática había sido abordada por el real decreto ley 11/2013 y, luego de dictada esta ley, sus preceptos volvieron a ser modificados hasta llegar a la versión actual que data del 22-1-16 (disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-8556).

(94) Atienza López, José I., *Real decreto ley 4/2014 de 7 de marzo: la reforma de la reforma de los acuerdos de refinanciación en el preconcurso*, disponible en http://www.espacioasesoria.com/.

(95) Ver https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-9133.

(96) Nebot Seguí, Rafael, *Nuevas reformas de la ley concursal*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, N° 3, agosto/2015, pág. 611, disponible en http://www.revista-aji.com/articulos/2015/611-626.pdf.

(97) De su lado, el primer apartado del nuevo art. 71 bis establecía que "no serán rescindibles los acuerdos", mientras que el apartado segundo disponía que "tampoco serán rescindibles aquellos actos", expresiones que denotaba el interés del legislador por resguardar esta clase de mecanismos de refinanciación.

(98) No obstante, la reforma fue portadora de numerosos defectos. Así, por ejemplo, establecía que la mediación concursal, para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, no podía solicitarse si el deudor tenía entre sus acreedores a alguno que estuviera concursado (art. 231.5, LC), limitación que, sin justificación, dejaba afuera del sistema a un porcentaje muy alto de deudores.

El nuevo régimen también agregó esta norma: "Desde la presentación de su solicitud, el deudor se abstendrá de solicitar la concesión de préstamos o créditos, devolverá a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno". Vale tener en cuenta que la Ley Antifraude española limita el pago en efectivo a €2500.

(99) La ley no aclaró en qué consisten los "bienes necesarios para la continuidad de la actividad del deudor", lo que pasaría a ser fuente de conflictos (Gurrea Martínez, Laura de la L., *La problemática paralización de las ejecuciones tras la reforma del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, e-Dictum, N° 32, agosto/2014, disponible en https://dictum-abogados.bthemattic.com/files/2014/08/Doctrina-e-dictum-32-b.pdf).

(100) Alternativa no exenta de inconvenientes (García-Villarrubia, Manuel, *El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal*, Revista de Derecho Mercantil, N° 52, 2017, disponible en https://www.uria.com/de/publicaciones/buscador-publicaciones.html?id=5300&pub=Publicacion).

(101) El art. 233.3 de la LC disponía, para este tipo de acuerdos, el deber de comunicar su promoción a los Registros Públicos de Bienes, al Registro Civil y a los demás registros públicos que correspondan. Ese débito se mantuvo, lo que generó conflicto con el señalado derecho del deudor de evitar la publicidad del inicio de negociaciones previsto en el nuevo art. 5° bis, párr. 3°.

(102) Extremo que hace palpable las bruscas marchas y contramarchas que se han dado en esta materia.

(103) Con este régimen el deudor es el único que puede solicitar la homologación del acuerdo.

En el año 2015 se dictaron el real decreto ley 1/2015[104], la ley 5/2015[105] de Fomento de la Financiación Empresarial[106], la ley 9/2015[107] de Medidas Urgentes en Materia Concursal[108], la ley 11/2015 de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión[109], la ley 20/2015 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras[110], la ley 25/2015[111] de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de la Carga Financiera y Otras Medidas de Orden Social[112] y la ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público[113].

De ese conjunto de normas se destaca la ley 25/2015, que, aunque incorporó algunas medidas para favorecer los acuerdos[114], mantuvo muchas rigideces[115], por lo que recibió una andanada de críticas[116].

***

Ninguna de las reformas que acabo de reseñar cumplió el objetivo de mejorar sensiblemente el sistema concursal. En efecto, se estima que, en esos tiempos, como ocurría antiguamente, el 90 % de las empresas que se declararon en concurso seguía cayendo en la liquidación de bienes. Según las estadísticas del Registro de Economistas Forenses del año 2013, 65.000 empresas (15.000 grandes y medianas y 50.000 micropymes) estaban en riesgo de desaparecer por problemas financieros. Ese año marcó un nuevo récord en el número de concursos de acreedores: 8934 casos de sociedades y 726 de personas físicas[117].

No obstante, es justo reconocer que ninguna de las modificaciones legislativas contó con suficiente tiempo como para generar una experiencia considerable que permitiera establecer sus reales bondades o defectos.

La doctrina tampoco ayudó[118]. Si bien los autores (algunos a regañadientes) admitían que el derecho concursal español debía adaptarse a los nuevos postulados del derecho concursal europeo[119] y, más genéricamente, a lo que se percibía que era la tendencia en boga del derecho concursal internacional, buena parte de ellos, con diversos argumentos, combatió las reformas[120].

(Continuará en el próximo diario del 15 de agosto de 2019)

(104) De Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de Carga Financiera y Otras Medidas de Orden Social, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-2109.

(105) Ver https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4607.

(106) Arnal Martínez, Judith - Bravo Álvarez, Antonio J., *Un breve estudio de la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial*, Boletín Económico de ICE, N° 3067, 1 al 30 de septiembre 2015, pág. 29, disponible en https://www.researchgate.net/publication/331964535.

(107) Ver https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-5744.

(108) González Díaz, Begoña, *Nuevo parche al sistema concursal*, disponible en http://www.vaciero.es/derecho-concursal/junio-2015/nuevo-parche-al-sistema-concursal_1413_248_1646_0_1_in.html.

(109) Ver https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-6789.

(110) Ver https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-7897.

(111) Ver https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8469.

(112) Es decir, la ley retomó la temática del real decreto ley 1/2015. El hecho de que ambas normativas se titularan como de "Segunda Oportunidad" buscó evocar al *fresh start* del derecho anglosajón (Navazo Campos, Andrea, *Fresh start*, ¿una segunda oportunidad?, disponible en http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/fresh-start-una-segunda-oportunidad).

La misma denominación aparece en la ya mencionada Recomendación de la Comisión Europea 2014/135/UE y en el Reglamento UE 848/2015 (González-Vallés, Julio R., *La ley de la segunda oportunidad para emprendedores*, disponible en https://www.bufetecasadeley.com/la-ley-la-segunda-oportunidad-emprendedores/).

(113) Ver https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf.

(114) En esa dirección se modificó el art. 238 de la LC, que permitió que el acuerdo extrajudicial de pagos pudiera ser aprobado por los acreedores titulares del 60 % del monto de los créditos en la medida en que la espera no sea superior a cinco años y la quita no exceda del 25 %. En esta variante también se incluyó la posibilidad de la conversión de deuda en préstamos participativos. Y si el acuerdo era aprobado por los acreedores titulares del 75 % del pasivo, la espera podía ser de cinco a diez años y la quita superior al 25 %.

(115) El mismo art. 238 de la LC retuvo el absurdo requisito de elevar el acuerdo a escritura pública, así como el engorroso procedimiento a cargo del notario.

Además, entre otras cosas, mantuvo el vetusto procedimiento de *calificación del concurso*, equivalente a nuestra *calificación de conducta* (ambas tomadas de las Ordenanzas de Bilbao de 1737), de la que nos liberamos en 1995 cuando se sancionó la ley 24.522. De hecho, en España hace años que se viene proponiendo su abrogación (Gurrea Martínez, Aurelio, *El derecho concursal en España: problemas estructurales y propuesta de reforma*, Reus, pág. 79; del mismo autor, *La incomprensible vigencia de la sección de calificación en el derecho concursal español del siglo XXI*, disponible en https://hayderecho.expansion.com/2017/07/03/la-incomprensible-vigencia-de-la-seccion-de-calificacion-en-el-derecho-concursal-espanol-del-siglo-xxi/).

(116) Por ejemplo, Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, *Otra reforma más de la Ley Concursal: ¡la séptima versión de 2015!*, La Ley España, N° 8673, disponible en http://laleydigital.laley.es; Cuena Casas, Matilde, *La oportunidad perdida de regular un eficaz régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente (a propósito de la Ley 25/2015)*, disponible en https://www.abogacia.es/2016/04/07/el-aparente-regimen-de-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente-a-proposito-del-rdl-12015/.

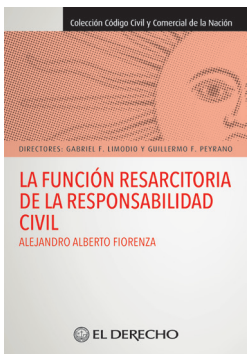
(117) Empero, la tendencia alcista vivida desde 2007 –con 1147 concursos declarados– hasta 2013 –con 9660– había comenzado a revertir. El número de deudores concursados disminuyó un 29 % en el primer trimestre de 2014.

(118) En un estudio del año pasado se cuestionó cuál debía ser el sistema de administración del proceso concursal (a cargo de quién debía ser puesto, con cuáles atribuciones, etc.). Incluso se especuló si no había que volver a alguna modalidad del pasado (Martín Zamarriego, Alejandro, *Los diseños de la administración concursal*, disponible en https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/).

(119) Adaptación que significa aceptar prácticas ajenas a las propias y hasta modificaciones del idioma con el que se redactan las normas en España (Blini, Lorenzo, *Entre traducción y reescritura: eurolecto español y discurso legislativo nacional*, disponible en https://www.academia.edu/38074673/ENTRE_TRADUCCI%C3%93N_Y_RE-ESCRITURA_EUROLECTO_ESPA%C3%91OL_Y_DISCURSO_LEGISLATIVO_NACIONAL).

(120) Así, García Bartolomé, David, *La última reforma...*, cit.

FONDO EDITORIAL



COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Alejandro Alberto Fiorenza

LA FUNCIÓN RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El Derecho
2018
502 páginas
ISBN 978-987-3790-82-9

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

JURISPRUDENCIA

Abogado:

Honorarios: regulación; falta de convenio; aplicación de las leyes 8904 y 14.967; superposición temporal; efectos. **Recurso de Apelación:** Regulación de honorarios: resolución sin sustanciación; efectos; costas.

1 – En relación con las regulaciones de honorarios ante la superposición temporal de la aplicación de las leyes 8904 y 14.967, a los efectos de determinar los estipendios profesionales en el supuesto de tareas realizadas por los letrados, a falta de convenio corresponde regularlos con la ley vigente a la fecha de la iniciación del proceso (art. 1º, decreto ley 8904/77).

2 – Si bien el art. 57, párr. 1º, de la ley 8904 establece que los recursos de apelación entablados contra las regulaciones de honorarios se resuelven sin sustanciación, ello no importa coartar la posibilidad de la contraparte –el profesional o el obligado al pago– a expresarse, no en respuesta a un memorial (que no existe ni corresponde sustanciar si existiese), sino en defensa de su derecho al honorario, debiendo tal escrito ser agregado y tenido en cuenta a la hora de resolver.

3 – Ni el recurso de apelación deducido contra los honorarios regulados en primera instancia por altos o bajos ni su contestación generan costas. M.A.R.

60.201 – C2ºCC La Plata, sala I, febrero 26-2019. – B. G. M. A. s/abrigo.

La Plata, 26 de febrero de 2019

Autos y *Vistos*: *Considerando*:

I. A fs. 366 el señor juez *a quo* reguló los honorarios del Dr. A., resolución que fue apelada a fs. 369 por la condenada en costas, Fiscalía de Estado, considerando elevados los mismos, recurso concedido el 11/10/18.

El Dr. A. presentó una contestación del memorial espontáneamente y el juez "a quo" el 24-10-2018 no hace lugar a la presentación por no existir memorial que contestar. Interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio a fs. 275 y vta., agraviándose por que el "a quo" no aceptó la contestación de agravios y ello vulneraría su derecho de defensa y el principio de bilateralidad.

La revocatoria fue rechazada y la apelación concedida a fs. 376.

II. Pasando al tratamiento del agravio cabe señalar que el art. 57, 1er. párr. de la Ley 8904 establece que los recursos de apelación entablados contra las regulaciones de honorarios se resuelven sin sustanciación ("Honorarios de Abogados y Procuradores", Juan Manuel Hitters-Silvina Cairo, pág. 642, LexisNexis/2007).

Sin embargo, ello no importa coartar la posibilidad de la contraparte –el profesional o el obligado al pago– a expresarse, no en respuesta a un memorial (que no existe, ni corresponde sustanciar si existiese), sino en defensa de su derecho al honorario (CC0100 SN 12317 I 05/07/2016, "Talpey Trading S.A. c/ Hiltonia S.A. s/ Cobro de Pesos"). Tal escrito debe ser agregado y será tenido en cuenta a la hora de resolver, mas no generará honorarios pues ni el recurso de apelación por altos o bajos de los honorarios regulados en primera instancia, ni su contestación, no generan costas (CC0100 SN 11541 I 22/05/2014, "Rizzi, Stella Maris c/ Rizzi, Carlos Alberto s/ Incidente de determinación y cobro de alquileres"; y 2848 RSI-497-10 I 14/12/2010, "Ruiz Díaz Mario José c/Scoppa Roberto Alfredo y otros s/Daños y perjuicios ").

III. Abordando la queja en relación a las regulaciones de honorarios efectuadas al abogado del niño, cabe decir en principio que la superposición temporal de la aplicación de las leyes 8904 y 14.967, a los efectos de determinar los estipendios profesionales en el supuesto de tareas realizadas por los letrados, a falta de convenio, corresponde regular con la ley vigente a la fecha de la iniciación del proceso (art. 1 dec. ley 8904/77).

Por ello, teniendo en cuenta los argumentos vertidos se confirma el auto apelado de fs. 374. Se confirma asimismo la resolución de fs. 366, aclarada a fs. 368, en cuanto fija los honorarios del doctor P. S. A. (Tº LXI Fº 167), por el proceso de restitución de derechos del niño, en la suma de cinco mil cuatrocientos pesos, por las tareas realizadas con relación a la guarda provisoria, en la suma de cinco mil cuatrocientos pesos, por la actuación sobre autorización para salir del país en la suma de nueve mil pesos; y teniendo en cuenta la labor efectuada como administrador de los fondos ingresados por alimentos y el contenido económico de los mismos ($9895,06) se modifica el estipendio del doctor P. S. A., en la suma de dos mil pesos (arts. 9º, I, 14, 16, 21, 32 dec.ley 8904/77 con más aporte legal). Reg. Not. Dev. – *Ricardo D. Sosa Aubone. – Jaime O. López Muro*.

Sociedad:

Sociedad irregular o de hecho: socios; responsabilidad; cheque; ejecución; legitimación pasiva de los socios; admisibilidad.

1 – Los integrantes de una sociedad irregular o de hecho quedan obligados en forma directa y solidaria frente a los acreedores del ente que conforman, sin necesidad de una previa condena contra la sociedad o de excutir sus bienes (conf. arts. 23 de la Ley de Sociedades –19.550–, y 705 y concs. del cód. civil).

2 – Mientras que los ejecutados, en tanto socios de la sociedad de hecho sobre cuya cuenta corriente se libraron los cheques en ejecución, quedan obligados en forma directa y solidaria frente a los acreedores del ente que conforman, sin necesidad de una previa condena contra la sociedad o de excutir sus bienes, cabe concluir que la excepción de falta de legitimación pasiva por ellos opuesta debe ser rechazada, pues su legitimación pasiva surge por ser ellos integrantes de dicho ente.

3 – En tanto que se reconoce la personalidad jurídica a las sociedades no constituidas regularmente –sean irregulares o de hecho–, corresponderá sustanciar exclusivamente con esta el litigio propiamente cambiario, pues operan razones de buen orden procesal destinadas a evitar que, en la discusión

del debate cambiario, se puedan generar debates ajenos a este aspecto. Fundado en tal reconocimiento del carácter de sujeto de derecho, como en el principio de literalidad propio de los títulos valores, la litis *deberá desenvolverse entre el tercero y la sociedad no constituida regularmente que surja firmante de tales instrumentos* (del voto en disidencia parcial del doctor Guardiola). R.C.

60.202 – CApel.CC Junín, junio 4-2019. – Tomas Hnos. y Cía. S.A. c. F. M. y S. C. A. S.H. y otros s/cobro ejecutivo.

En la ciudad de Junín, a los 4 días del mes de junio del año dos mil diecinueve, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, doctores Juan José Guardiola, Ricardo Manuel Castro Durán y Gastón Mario Volta, en causa nº JU-8997-2015 caratulada: "Tomas Hnos. y Cía. S.A. c/ F. M. y S. C. A. S.H. y otros s/cobro ejecutivo", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Volta, Castro Durán y Guardiola.

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a. ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el señor juez doctor *Volta*, dijo:

I. Que en la sentencia dictada a fs. 196/201 el Sr. Juez de grado hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título en la que encuadrara la falta de legitimación pasiva opuesta por los ejecutados C. A. S. y M. F., y en consecuencia rechazó la ejecución interpuesta por Tomas Hnos. y Cía. S.A., con costas a cargo de la ejecutante vencida.

Para así resolver consideró que habiéndose desistido del reclamo incoado contra la sociedad de hecho libradora de los cheques en ejecución ("F. M. y S. C. A. S.H"), no resulta posible proseguir la ejecución contra las personas físicas que la integraran, sin la previa condena judicial contra el ente societario.

Dicha resolución motivó el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante en fecha 23/10/18, el cual es debidamente fundado mediante la presentación electrónicamente efectuada en fecha 1/11/18.

La crítica allí desarrollada se dirige en primer término a señalar que conforme al régimen establecido por la ley 19.550 los socios de una sociedad de hecho deben responder ilimitada y solidariamente frente a las deudas del ente, pudiendo los acreedores accionar directamente contra la sociedad o cualquiera de los socios de forma indistinta.

Por tal razón y reuniendo los cartulares en ejecución la totalidad de los recaudos legales exigidos es que solicita se haga lugar al recurso, y consecuentemente se ordene llevar adelante la ejecución.

En subsidio, solicita la revisión de la imposición de costas, las que estima que en todo caso deben ser soportadas por el orden causado.

Que habiéndose corrido traslado del memorial el mismo es resistido mediante la réplica electrónicamente presentada en fecha 15/11/18, por lo que una vez firme el llamado de autos y sorteado el orden de votación, la cuestión ha quedado en estado de ser resuelta (doctr. art. 263 y ccdtes. del C.P.C.C.).

II. En tal labor, y atento a las importantes modificaciones introducidas al régimen de las sociedades irregulares introducidas por la ley 26.994 que entrara en vigencia a partir del 1/08/15, es dable precisar que el caso de autos habrá de ser resuelto conforme al texto originario de la ley 19.550, vigente al momento de libramiento y vencimiento de los cheques en ejecución (doctr. art. 7 del C.C.C.).

III. Precisado ello, no puede soslayarse la existencia de un importante debate doctrinario y jurisprudencial existente en torno a como deben interpretarse los arts. 23 y 56 de la Ley de Sociedades, y a la posibilidad de que los acreedores de la una sociedad de hecho puedan o no dirigir sus acciones en forma directa contra sus socios, sin la previa condena de la sociedad, especialmente en el ámbito de un proceso ejecutivo.

Así, se observa que para una posición: "... los terceros que contraten con la sociedad no constituida regularmente –irregular o de hecho–, podrán accionar contra la sociedad para lograr el cumplimiento forzoso del contrato o prescindiendo de ella accionar directamente contra los socios (sin perjuicio de las acciones –limitadas– de éstos entre sí).

Entendemos que los terceros podrán dirigir así su acción legal contra la sociedad o los socios a su opción, según lo estimen conveniente..." mientras que por el otro: "... la jurisprudencia de la ciudad de Buenos Aires y alguna otra se ha postulado en sentido adverso. Así se ha sostenido que si bien la responsabilidad de los socios de las sociedades no constituidas regularmente surge de su participación en este ente, la sociedad es quien debe ser citada a juico por sus obligaciones, más allá de esa responsabilidad pues ello es coherente con el principio que reconoce en forma uniforme, personalidad diferenciada a las sociedades de hecho e irregulares. Los terceros carecerán así de opción para demandar a ésta o a los socios, debiendo hacerlo primero contra la sociedad, reservando para una etapa posterior la extensión a sus socios de la sentencia que se dicte..." (Muguillo "Sociedades Irregulares o de hecho", págs. 63/4).

Llegado a este punto, y sin perjuicio de reconocer el mérito de la postura adoptada por el sentenciante de grado en el pronunciamiento en revisión, adelanto que habré de propiciar la recepción de la posición contraria.

Y es que siguiendo a Nissen, considero que: "... En primer lugar, el hecho de que las sociedades irregulares o de hecho sean sujetos de derecho, contando con un patrimonio propio –lo cual es una manifestación de la personalidad jurídica de que gozan–, no implica que, por esa sola circunstancia, la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus integrantes por las obligaciones sociales recién nazca ante el fracaso de la ejecución iniciada contra la sociedad. Este derecho se denomina 'beneficio de excusión', que la Ley Nº 19.550 no concede a los socios de las entidades no constituidas regularmente sino a los integrantes de las sociedades denominadas 'personalistas' (sociedades colectivas, de capital e industria y para los socios solidarios en las comandita), siempre y cuando éstas estuvieren regularmente constituidas (art. 7 de la Ley Nº 19.550).

En segundo lugar, el art. 56 de la Ley Nº 19.550, que establece que la sentencia que se pronuncia contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación con su responsabilidad y puede ser ejecutada contra ellos, no es aplicable a las sociedades irregulares o de hecho, pues además de que el art. 23 del ordenamiento societario descarta la aplicación de aquella solución a las sociedades no constituidas regularmente, el referido art. 56 es incompatible con el régimen de responsabilidad de los integrantes de esta clase de sociedades previsto por el primer párrafo del art. 23, que ninguna referencia hace a una eventual 'subsidiariedad' de la responsabilidad de dichos socios, como lo hace expresamente el art. 125 para los integrantes de las sociedades colectivas.

Queda finalmente aquel argumento que funda la necesidad de agotar la ejecución contra la sociedad con carácter previo a demandar a los socios, el hecho de evitar que en dicho juicio ejecutivo se ventilen contiendas originadas en la calidad de socio del o los sujetos demandados. Este argumento que se basa en la especial naturaleza de los juicios ejecutivos, no resulta tampoco convincente, pues nada obsta a la ordinarización de este tipo de procesos cuando se presenten ese tipo de cuestiones, pues si se trata de abrir a prueba el juicio cuando el juzgador no tiene claro si uno de los demandados integra el elenco de socios del ente demandado, es lo mismo que lo haga en el marco del juicio ejecutivo, antes de dictar sentencia contra la sociedad, o en el marco de un incidente luego de dictado ese pronunciamiento. Esta es una cuestión que solo interesa al acreedor de la sociedad deudora, que podrá desistir de la acción promovida contra uno de los demandados, cuando las defensas esgrimidas por éstos pudiere demorarles el dictado de una sentencia contra la entidad (arts. 704 y 705 del Cód. Civ.)..." (Nissen, Ricardo A. "¿Que hay de nuevo jurisprudencialmente en materia de sociedades irregulares o de hecho?" Pub: IJ Editores - Argentina, 12-11-2009 Cita: IJ-XXXVII-921).

Conforme a lo hasta aquí expuesto soy partidario de la posición que considera que los integrantes de una sociedad irregular o de hecho, quedan obligados en forma directa y solidaria frente a los acreedores del ente que conforman, sin necesidad de una previa condena contra la sociedad o de excutir sus bienes (conf. art. 23 de la Ley de Sociedad –19.550–, y arts. 705 y ccdtes. del Cód. Civ.).

En cuanto a la posibilidad de tener por acreditada la existencia de la sociedad de hecho integrada por los aquí demandados en el ámbito de la presente ejecución, considero que los términos en que quedara trabada la *litis* resultan por sí solos suficientes, para tener por acreditada su existencia, sin necesidad de ordinarizar el trámite (doctr. art. 354 y ccdtes. del C.P.C.C.).

IV. En efecto, las presentes tienen por objeto la ejecución de los cheques Nº: ..., y ... (obrantes a fs. 12 y 14), librados en la cuenta corriente nº... a nombre de "F. M. y S. C. A. S.H.", CUIT nº..., los que llevan dos firmas sin aclarar, y que fueran rechazados por falta de fondos por el Banco Galicia.

Puntualmente al fundarse la demanda la ejecutante sostuvo que: "La legitimación pasiva de los demandados surge de ser los mismos los socios de la sociedad de hecho (aquella de los arts. 21, 23 y cc y ss de la ley 19.550, en la que los socios son responsables ilimitados y solidarios frente a las deudas de la organización y en la que los acreedores pueden accionar contra la sociedad o contra cualquiera de los socios de forma indistinta, respondiendo éstos con todo su patrimonio si fuera necesario) "F. M. y S. C. A. S.H...." (sic. fs. 22 vta.).

Ahora bien, de los contestes obrantes a fs. 95/6 y 108/9 (Sres. S. y F. respectivamente) surge que en ningún momento los accionados desconocieron la calidad de integrantes que se les atribuía en la sociedad de hecho que lleva sus nombres, incumpliendo cabalmente de ésta forma la carga impuesta por el art. 354 inc. 1 del C.P.C.C., por lo que no cabe más que tener por reconocida la condición de integrantes de la sociedad de hecho que se les atribuye en la demanda.

En efecto, no debe perderse de vista "... pesa sobre el demandado el imperativo de negar categóricamente la configuración de los extremos fácticos aducidos por la actora cuando entienda que ellos no tuvieron lugar..." y que el incumplimiento de dicha carga "... acarrea consecuencias disvaliosas para los intereses del demandado ya que genera una presunción de veracidad respecto de los hechos pertinentes..." (Camps, "Código Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", T. I, págs. 663/4).

Por el contrario, la defensa de los ejecutados se limitó a fundar su falta de legitimación pasiva en la falsedad de la firma que se les atribuía –aspecto del que me ocuparé más adelante–, y en la circunstancia de que los cheques en ejecución habrían sido librados en la cuenta corriente nº... (mismo número de cuenta que la inserta en los cheques en ejecución), cuya titularidad estaría en cabeza de "Las Acacias S.R.L." cuit nº ... (mismo número de cuit impreso en los cheques en ejecución) que entre los dos codemandados constituyeran en marzo del año 2008, tal como surgiría del contrato constitutivo que adjuntan a sus respectivos contestes.

Llegado a este punto, es dable señalar que tales manifestaciones resultan a todas luces insuficientes, no solo para desmentir la condición de socios de la sociedad de hecho que lleva sus nombres, sino también para desvirtuar la literalidad de los instrumentos en ejecución, en los que figura como titular de la cuenta sobre la que se libraran los cheques al ente "F. M. y S. C. A. S.H".

No debe perderse de vista que: "... En el marco de los procesos ejecutivos, el actor somete a juicio no una pretensión fundada en hechos sujetos a prueba en el transcurso del pleito, sino un título que trae aparejada ejecución (art. 518 y sgtes. del C.P.C.C.). De tal modo, el demandante no funda su derecho en hechos sino en un documento al que la ley confiere principio de autenticidad, en la especie cheques (art. 521 inc. 5to. del citado cuerpo normativo), emergiendo la prueba de su derecho de los propios cartulares, que revisten la calidad de autónomos, literales y abstractos..." (Sumario Juba: B2902175, CC0001 QL 7261 RSI-160-4 I 24/06/2004).

Y es que el hecho de que los demandados hayan formado otra sociedad, que tendría el mismo nº cuit y la misma cuenta corriente que el inserto en los cartulares en ejecución en que los ejecutados sustentan la inhabilidad de título opuesta, a todas luces resulta irrelevante y extraño al objeto de las presentes actuaciones, en las que se los demanda en su condición de socios de la sociedad de hecho claramente individualizada en los cheques como única titular de la cuenta corriente, sin comprometer de modo alguno a los intereses de la nueva sociedad.

En cuanto a la falsedad de la firma que se les atribuye a los demandados, resulta oportuno recordar que la prueba pericial caligráfica ofrecida por los mismos ha sido declarada negligente en el pronunciamiento obrante a fs. 178/9, razón por la que no cabe más que tener por auténticas las firmas insertas en los cheques en ejecución atribuidas a los socios F. y S. (conf. art. 375, 547 y ccdtes. del C.P.C.C.).

En relación a este punto, no puede soslayarse que es doctrina del superior Provincial que: "... En el proceso

compulsorio el ejecutado no tiene la posibilidad de desconocer simplemente su firma; y si afirma que la atribuida es falsa, debe probarlo porque así se lo exige el art. 547 del Código Procesal Civil y Comercial...." y que: "... Resulta inapropiado acudir al art. 375 del Código Procesal Civil para imponer al ejecutante la prueba de la autenticidad de la firma inserta en el documento ejecutado, porque tiene preeminencia, por especialidad, lo dispuesto en el art. 547 del mismo Código..." (SCBA, Sumario Juba B22139; B14067, entre otros).

V. Es por lo hasta aquí expuesto que habré de proponer a éste Tribunal hacer lugar al recurso de apelación en tratamiento, y consecuentemente mandar llevar adelante la ejecución promovida por Tomas Hnos. y Cía. S.A., contra C. A. S. y M. F., hasta tanto los mismos hagan íntegro pago del capital reclamado de $766.598,38, con más los intereses a la tasa activa en operaciones de descuento a treinta días que percibe el Banco de la Provincia de Buenos Aires (conf. art. 565 del Cód. Com. y art. 41 de la ley 24.452) desde la fecha de la mora acaecida el día de presentación al cobro (1/06/2015) y hasta su efectivo pago.

Las costas de ambas instancias, por el orden causado al tratarse de una cuestión de dudoso derecho (doctr. art. 68, 274 y ccdtes. del C.P.C.C.).

Tal es mi voto.

También a la misma primera cuestión, el Sr. Juez doctor *Castro Durán* dijo:

Que se adhiere y hace suyo todos los fundamentos y conceptos doctrinarios y legales dados por el Sr. Juez preopinante en primer término, Dr. Volta, votando en consecuencia en el mismo sentido.

Así lo voto.

A la misma primera cuestión, el Sr. Juez doctor *Guardiola* dijo:

I. Como punto de partida encuentro oportuno aclarar que comparto el voto que abre el acuerdo en cuanto que los presentes actuados deben resolverse conforme lo previsto por la ley 19.550, ello así teniendo en cuenta la fecha que fueron librados los cheques en ejecución (arg. art. 7 del CCyCN) como así también que el tema traído a revisión ha generado posturas doctrinarias y jurisprudenciales encontradas, sin embargo adelanto que disiento de la solución propuesta al mandar llevar adelante la ejecución, pasando a explicar las razones que me llevan a expedirme en tal sentido.

En primer lugar no puedo dejar pasar por alto que más allá de la discusión acerca de la responsabilidad de las sociedades de hecho y sus socios (arg. arts. 21 al 26 ley 19.550) nos encontramos ante la ejecución de dos títulos circulatorios, precisamente dos cheques de pago diferido (ver fs. 14/16) debiendo tener presente que son sus caracteres la literalidad, autonomía, independencia, abstracción, completitividad, etc.

Adunado a ello, no puede soslayarse (a diferencia de otros títulos de crédito que pueden completarse en cualquier clase de papel como por ejemplo el pagaré que cumpliendo los requisitos previstos en el decreto ley 5965/63 es hábil su ejecución) que los cheques deben librarse contra fórmulas preimpresas que entrega el banco a los titulares de sus cuentas corrientes bancarias a través del "pacto de cheque" donde debe contener entre otras cosas el número de orden impreso en el cuerpo del cheque (arg. art. 54 inc. 2 ley 24.452) ya que si le falta carece de valor como cheque (BCRA, Comunicación "A" 6639 texto ordenado al 25/01/19, punto 3.2.1.2).

He realizado esta breve introducción porque aquí no puede haber ningún tipo de duda al respecto que los cheques glosados fueron librados contra la cuenta corriente Nro. ... a nombre de "F. M. Y S. C. A. SH" (sin perjuicio de que contenga dos grafías sin especificar a quién pertenece, el actor se la atribuye a F., ver fs. 128 vta.) razón por la cual, al haber desistido el actor de la acción contra la mencionada sociedad (que surge de la fórmula preimpresa de los cheques traídos) bien resolvió el *a quo* en hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título ensayada.

Es decir que la existencia, o constancia en el formulario de cheque del nombre del titular de la cuenta (en este caso la sociedad de hecho) sobre la que se emite evita la existencia de toda duda (Villegas, Carlos, El Cheque, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 194).

Sabido es que la excepción de inhabilidad de título tiende a enervar la acción ejecutiva, cuando el instrumento invocado no es suficiente e idóneo como título que trae aparejada ejecución, en este supuesto porque se ejecuta a quien no resulta obligado, conforme al título.

Es que precisamente se está persiguiendo una acción cambiaria en un proceso ejecutivo de dos cheques de pago diferido, libranzas que insisto corresponden a una sociedad de hecho.

En virtud de los principios propios de los títulos circulatorios o títulos valores y de su ejecución, señalaba bien Roberto A. Munguillo ("Sociedades irregulares o de hecho", Gowa p. 68) con arreglo a que se reconoce "la personalidad jurídica a las sociedades no constituidas regularmente –sean irregulares o de hecho– corresponderá sustanciar exclusivamente con ésta el litigio propiamente cambiario, pues operan razones de buen orden procesal destinadas a evitar que en la discusión del debate cambiario, se puedan generar debates ajenos a este aspecto. Fundado en tal reconocimiento del carácter de sujeto de derecho, como en el principio de literalidad propio de los títulos valores, la *litis* deberá desenvolverse entre el tercero y la sociedad no constituida regularmente que surja firmante de tales instrumentos".

Sobre el tópico sostenía ya hace tiempo el Dr. Alberti que "La adecuación del juicio ejecutivo a una tramitación, atenta a los aspectos extrínsecos de los títulos, y de los instrumentos sustentatorios de las excepciones (arg. arts. 531 y 544, inc. 4, cód. procesal) parece excluir que sean emplazados a título de obligados quienes no hubieran firmado el instrumento de adeudo, personas cuya vinculación con el débito perseguido requerirá una evidencia extraformal. Fue por lo tanto adecuado a derecho denegar la intimación de pago y citación para la defensa, respecto de las tres personas individuales mencionadas en fs. 14, puesto que el cheque insoluto copiado en fs. 6 ostenta una firma" (CNCom., sala D, agosto 10-1988, Chamorro Pablo J. c. Estudio de Asesoramiento Empresario - propiedad de Brogno, Roberto N. y otros, ED 135-481).

La doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritaria adoptó ese criterio.

Así se ha resuelto que "La responsabilidad personal del socio de una sociedad irregular deviene como consecuencia de su participación en ella y es precisamente la sociedad –todo lo irregular que se quiera– constituida en objeto de la obligación cambiaria, quien puede y debe ser citada a juicio sin perjuicio de la responsabilidad de sus socios que bien puede ser perseguida en el mismo juicio y en la instancia respectiva. Resulta entonces coherente con el principio que reconoce personalidad a las sociedades irregulares el sustanciar con esta el litigio propiamente cambiario reservando para una etapa ulterior la extensión de la sentencia a sus socios. Señálase en este último aspecto que operan incluso razones de buen orden procesal destinadas a evitar en la instancia en que se debate el derecho cambiario, cuestiones engorrosas, en tanto podrían implicar la condición misma de socio, que constituye una situación de hecho ajena por lo tanto a la estrictez del derecho propiamente cambiario". (CNCom., Sala D, Tejidos Cohen SCA c/ D'Angiola, Daniel, 17/06/76, www.csjn.gov.ar/jurisprudencia; Sala E, 06/09/95, Banco Credicoop Coop. Ltdo. c/ Rusenas, Rubén).

Por su parte la Cámara de Apelaciones en Documentos y Locaciones de Tucumán, sala III, ha resuelto "que librados los cheques contra la cuenta corriente de 'Gonzalez Navas J y D SH' cabe presumir que ésta es la deudora de la obligación y en consecuencia procede responsabilizar por ella a los socios con los alcances que la LSC prevé (esto es, solidariamente) pero sólo en la medida de existencia de una condena judicial contra el ente.

No es lo mismo demandar a título personal a las personas físicas que constituyen una sociedad que accionar contra la sociedad a los fines de comprometerla como legitimada pasiva y poder eventualmente responsabilizar solidariamente a cualquiera de sus socios en los términos del art. 23 de la ley 19.550" (P., S. S. c. González Navas, José Alberto s/Cobro ejecutivo, LLNOA 2014 [septiembre], 821).

En el comentario a este fallo sostiene Manuel Usandizaga (Responsabilidad de los socios en las sociedades de hecho. Literalidad de los títulos ejecutivos, La Ley online AR/DOC/3020/2014) que "la decisión de la sala III es correcta con fundamento en la literalidad y la abstracción que caracteriza a los títulos cambiarios, rasgos esenciales de ellos, y que tiene repercusiones de índole procesal, en tanto resulta cuestionable que en el marco de un juicio ejecutivo se demande a una persona que no haya suscripto el respectivo instrumento". Y seguidamente hace hincapié que esta posición es sostenida por Verón, quien no obstante pronunciarse a favor de la responsabilidad directa de los socios por deudas de las sociedades de hecho, expresó que 'es improcedente en un juicio ejecutivo la demanda individual contra los socios de una sociedad de hecho por una obligación cambiaria de ésta'.

Quienes en relación a la legitimación pasiva de los integrantes de una sociedad de hecho, en posición que comparto, puntualizaban las reglas de la solidaridad que de conformidad a los arts. 23 ley 19.550 y 705 del derogado código civil permiten exigir el pago en forma conjunta o contra cualquiera de ellos, dejaban a salvo su rigor en materia cambiaria por las limitaciones procesales específicas (Guillermo Cabanellas de las Cuevas "Derecho Societario. Parte General" Heliasta p. 521; Juan Cruz Salvatierra "Ejecución de sentencia contra integrantes de una sociedad de hecho no demandados y otras cuestiones" LLBA 2008, junio, 474).

Ya desde antiguo se sostenía que "con arreglo al principio que reconoce de modo uniforme personalidad a las sociedades irregulares o de hecho, corresponde sustanciar con éste el litigio propiamente cambiario, reservando para una etapa ulterior la extensión de la sentencia a los socios. Operan en este último aspecto hasta razones de buen orden procesal destinadas a evitar en la instancia en que se debate el derecho cambiario cuestiones engorrosas que podrán aplicar la condición misma del socio, situación ajena por tanto a la estrictez del derecho específicamente cambiario" (CNCom., Sala A, Paludi, Guillermo c/ Camilo Alvarez y Cía., S.R.L., 14/10/1980 - La Ley, 1981-A, 6 - ED, 91-826; CNCom., Sala B, Pochat, Roberto M. c/ Scott, Jorge J. y otros - Octubre 14-1980 - ED, 91-826).

Y que "La responsabilidad personal de los socios de una sociedad irregular deviene como consecuencia de sus participación en ella, y es precisamente la sociedad constituida en sujeto pasivo de la obligación cambiaria quien debe ser citada a juicio, sin perjuicio de la responsabilidad de los socios, quien bien puede ser perseguida en el mismo juicio y

EDICTOS

REMATES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 89 a cargo de la Dra. **María Laura Ragoni**, Secretaría única a cargo de la Dra. **María Magdalena Julián**, sito en Talcahuano 550 piso 6° de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comunica por dos días que en los autos "SOCIEDAD MILITAR SEGURO DE VIDA INSTITUCION MUTUALISTA C/ DABALIONI PEDRO Y OTRO S/ EJECUCION HIPOTECARIA" (Expte. 105.072/2002) que la Martillera **Viviana Andrea Curti** DNI: 25.675.880 rematará el día 21 de Agosto de 2019 a las 11:00 hs en Jean Jaures 545 de Capital Federal, el inmueble sito en la Pcia. de Buenos Aires, Ciudad y Partido de Bahía Blanca, Nomenclatura Catastral: Circunscripción: II, Sección: D, Manzana: 289dd, Parcela: 19, Matrícula 51251, con frente a la calle Godoy Cruz n° 1451. Superficie: 327,90 m^2. Según constatación practicada por la martillero a fs. 277/80, se pudo constatar que se trata de una vivienda que consta de living-comedor, cocina, 2 dormitorios, baño y pequeña habitación en entrepiso. Entrada de garaje, parque al fondo y galpón. Se encuentra en buen estado de conservación y ocupado por el Sr. Pedro Dabalioni, en carácter de propietario, conjuntamente con su hijo. DEUDAS: ABSA: fs. 408/9 $47.249,73 al 27/12/18. ARBA: fs. 410/4 $9.396,40 al 14/01/19. Municipalidad: fs. 440/3, tasa por alumbrado, limpieza y conservación $18.252,46, Tasa de salud $4.580,24 y Juicio N° 16132 $7.809,41 al 22/01/19. SIN BASE. Dejando constancia que se hizo saber a la martillera que no deberá aceptar ofertas menores a $10.000. SENA: 30% COMISION: 3% ARANCEL 0,25% (Ac. 10/99 CSJN), 1,2% Sellado Ley. En el acto de suscribir el boleto de compraventa se exigirá de quien o quienes resulten compradores la constitución de domicilio dentro del radio de la Capital Federal, bajo apercibimiento de que las sucesivas providencias se le tendrán por notificadas en la forma y oportunidad previstas en el art. 133 del Código Procesal. No procede la compra en comisión. Dentro del quinto día de aprobado el remate, el comprador, sin necesidad de intimación alguna, deberá depositar el saldo de precio en el Banco de la Nación Argentina, sucursal Tribunales, en una cuenta a nombre de la suscripta como pertenecientes a estos autos, bajo apercibimiento de declararlo postor remiso (art. 584 del Cód. Procesal). El adquirente en subasta judicial no se encuentra obligado a afrontar las deudas que registre el inmueble por impuestos, tasas y contribuciones devengadas antes de la toma de posesión, cuando el monto obtenido en la subasta no alcance para solventarlas, con excepción de las deudas que por expensas comunes registre el bien, cuando el inmueble se encuentre sujeto al régimen de propiedad horizontal (CNCiv., en pleno, "Servicios Eficientes S.A. c/ Yabra, Roberto s/ ejecución hipotecaria", del 18-2-99). Visitas: 15 y 16 de agosto de 10 a 12 hs. Buenos Aires, 17 de julio de 2019. **María Magdalena Julián**, sec.

I. 13-8-19. V. 14-8-19 368

INTERIOR: Bahía Blanca: Notas Jurídicas: Tel. (0291) 4527524 / La Plata: Tel. (011) 4349-0200, int. 1181 / Mar del Plata: Jorge Rabini Tel./Fax (0223) 4893109 / Córdoba: Alveroni Libros Jurídicos (0351) 4217842
Mendoza, San Juan, San Luis: José Graffigna Tel. (0261) 1534849616 / S. S. Jujuy: Librería Universitaria Tel./Fax (0388) 4237963 / San Miguel de Tucumán: Bibliotex Tel. (0381) 4217089
Noreste: Jorge Thea Tel. (011) 1564660335 / Patagonia: Nelson Ramírez Tel. (011) 1564629553

Buenos Aires, miércoles 14 de agosto de 2019 | Nº 14.690 | AÑO LVII

EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Av. Alicia Moreau de Justo 1400 - PB, Contrafrente - Depto. de Ediciones de la UCA, editoriales EDUCA y El Derecho

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:
Tel.: (011) 4349-0277
E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

en la instancia respectiva" (CNCom., Sala B, Marzcovich, Jorge c/ Instituto de la Danza y otros -Febrero 25-1980. Red, 14-1000, citado en Ley de Sociedades Comerciales, Horacio Roitman, Tomo I, La Ley, año 2006, p. 465).

"En las sociedades de hecho, al ser ésta la deudora de la obligación, corresponde responsabilizar por ella a los socios con los alcances que la ley 19.550 prevé, sólo en la medida de la existencia de una condena judicial contra el ente" (CNCom., Sala C, Coop. de Crédito Credinor Ltda, c/Techos Quilmes y otro s/ ejecutivo, 7/05/99, RSyC Nº1, p. 176).

"Los deudores de la sociedad irregular no son deudores de los socios (doctr. art. 1712, Cód. Civil) y, *a contrario sensu*, los acreedores de la sociedad no lo son de los socios, con lo cual los terceros que se han vinculado con la sociedad carecen de opción para demandar a ésta o a los socios, debiendo hacerlo primero contra la sociedad. Ello así, porque la deudora de la obligación es solamente la sociedad, incumbiendo a los socios una obligación por la responsabilidad solidaria que legalmente se les impone respecto del pasivo social" (CNCom., Sala A, 20/04/1998, Orofrutal S.A. c/ Impierpasq S.A. y otros, La Ley, 1998-F, 216; C3ªCiv. y Com., Mendoza, noviembre 26-1998, Atuel Fideicomisos S.R.L. c/ Boutique Etoile S.R.L., LLGran Cuyo, 1997-781).

"Si bien es cierto que en virtud de lo establecido por el art. 56 de la ley 19.550, la sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad y puede ser ejecutada contra ellos, sin que quepa a éstos la posibilidad de invocar el beneficio previsto por la citada norma ni las limitaciones que se funden en el contrato social (art. 23 de la ley 19.550), ello presupone la existencia de una sentencia condenatoria previa contra el ente societario. Aún dentro del marco de las sociedades irregulares o de hecho, corresponde diferenciar las obligaciones de la sociedad de la de sus componentes, en tanto los deudores de aquella no lo son de los socios en forma personal, circunstancia que impide que los terceros puedan otra entre demandar al ente o a los socios individualmente por las obligaciones sociales, debiendo previamente obtener una condena judicial contra la sociedad" (CNCom., Sala C, 2/05/2001, Coafi S.A. c/ Automotores Jarama Sociedad de Hecho y otros s/ejecutivo, citado en Ley de Sociedades Comerciales, Horacio Roitman, Tomo I, La Ley, año 2006, p. 468).

También la sala F de la Cámara Nacional Comercial sigue la postura que debe obtenerse en principio una condena contra la sociedad de hecho teniendo en cuenta la diversa personalidad del ente respecto de quienes la forman.

Al respecto afirman que "Librado un cheque contra la cuenta corriente de una sociedad de hecho cabe presumir que ésta es la deudora de la obligación y, en consecuencia, procede responsabilizar por ella a los socios con los alcances que la LSC prevé (esto es, solidariamente) sólo en la medida de la existencia de una condena judicial contra el ente. No es lo mismo demandar a título personal a las personas físicas que constituyen una sociedad, que accionar contra la sociedad a los fines de comprometerla como legitimada pasiva y poder eventualmente responsabilizar solidariamente a cualquiera de sus socios en los términos del art. 23 de la ley 19.550" (CNCom., sala F, marzo 6-2012 - S., R. c. Y., A.M. s/Ejecutivo, ED, año 2012, tomo 248, fallo 57.362, p. 197).

Podría extenderme en la lista de fallos (v. gr. CApel. Civ. y Com. Santa Fe Sala I La Ley Litoral 2011, noviembre, 1125 y hasta el de la SCBA 18/11/2008 "Banco Provincia DBA v. Bertone Néstor" en el cual no obstante tratarse de una sentencia no definitiva se dijo que "en el estrecho marco cognoscitivo del proceso ejecutivo, no resultando el ejecutado ni librador ni endosante de los títulos de crédito traídos a ejecución, resultan inatendibles las consideraciones acerca de su alegada membresía a la sociedad de hecho endosante") pero creo que lo dicho es suficiente para fundamentar mi posición en cuanto a que tratándose de una acción cambiaria ensayada ejecutivamente (donde consta en los propios cheques que se trata de una SH) debió perseguirse la misma contra la sociedad de hecho y en el supuesto de tener acogida favorable, hacerla extensiva a los socios por el principio de solidaridad. Mal puede, según entiendo, hacerse caso omiso de la legitimación pasiva que debe surgir del propio título que se pretende ejecutar para condenarse personalmente a quienes tienen una responsabilidad cuyo presupuesto es la existencia de una obligación social que ha sido establecida sin la participación procesal del ente.

Me permito solo agregar que la profunda reforma de la ley 26.994 en la materia lejos está de venir a corroborar, por vía de una interpretación extensiva a cuestiones anteriores controvertidas, la posición contraria ya que la responsabilidad de los socios ha dejado de ser directa y solidaria.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, comparto que las costas de ambas instancias deben imponerse en el orden causado, al existir posturas encontradas (arts. 7 CCyCN., 21/26, 56 ley 19.550, arts. 68, 542 inc. 4 del C.P.C.C).

Así lo voto.

A la segunda cuestión, el Señor Juez doctor *Volta*, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC–, corresponde:

I. Hacer lugar al recurso de apelación en tratamiento, y consecuentemente, mandar llevar adelante la ejecución promovida por Tomas Hnos. y Cía S.A., contra C. A. S. y M. F., hasta tanto los mismos hagan íntegro pago del capital reclamado de $766.598,38, con más los intereses a la tasa activa en operaciones de descuento a treinta días que percibe el Banco de la Provincia de Buenos Aires (conf. art. 565 del Cód. Com. y art. 41 de la ley 24.452) desde la fecha de la mora acaecida el día de presentación al cobro (1/06/2015) y hasta su efectivo pago.

II. Con costas de ambas instancias por el orden causado (doctr. art. 68, 274 y ccdtes. del C.P.C.C.). (Por unanimidad).

III. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (doctr. art. 31 de la L.H.).

Así lo voto.

Los Señores Jueces doctores *Castro Durán* y *Guardiola*, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

Autos y *Visto*:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del C.P.C.C.–, *se resuelve*:

I. Hacer lugar al recurso de apelación en tratamiento, y consecuentemente, mandar llevar adelante la ejecución promovida por Tomas Hnos. y Cía. S.A., contra C. A. S. y M. F., hasta tanto los mismos hagan íntegro pago del capital reclamado de $766.598,38, con más los intereses a la tasa activa en operaciones de descuento a treinta días que percibe el Banco de la Provincia de Buenos Aires (conf. art. 565 del Cód. Com. y art. 41 de la ley 24.452) desde la fecha de la mora acaecida el día de presentación al cobro (1/06/2015) y hasta su efectivo pago.

II. Con costas de ambas instancias por el orden causado (doctr. art. 68, 274 y ccdtes. del C.P.C.C.). (Por unanimidad).

III. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (doctr. art. 31 de la L.H.).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen. – *Gastón M. Volta. – Ricardo M. Castro Durán. – Juan J. Guardiola* (en disidencia parcial) (Aux. Let.: Carolena J. Clavera).

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Estrategias de las obras sociales provinciales en relación con el precio de medicamentos

El Consejo de Obras y Servicios Sociales Provinciales de la República Argentina (COSSPRA) se encuentra trabajando en los últimos meses en pos de lograr una regulación de precios para la compra de medicamentos.

Conforme surge de la información brindada en su sitio web, el Consejo es una institución civil sin fines de lucro, que nuclea a las 24 obras sociales provinciales y garantiza cobertura en salud a sus 7.200.000 afiliados. Configurado como Confederación en el año 1973, consiguió la adhesión de los Estados provinciales en 1976.

La institución, que posee un marcado concepto federal, tiene entre sus objetivos la interrelación entre las obras sociales y la coordinación de convenios de atención recíprocos para mejorar el sistema de salud y la atención de sus afiliados.

En una entrevista brindada por su presidente, Martín Baccaro, expresó que actualmente se encuentran trabajando con cada provincia para lograr dentro de este año la firma de un convenio marco para la compra conjunta de medicamentos, para lograr una reducción concreta en sus precios y, finalmente, la regulación de aquellos a través de una política nacional.

A la consecución de este objetivo señalado, se celebraron en el transcurso de este año importantes jornadas y reuniones en las que se destacaron, principalmente:

- El alto porcentaje que representa en el presupuesto anual la compra de medicamentos, que ronda el 30 %.

- La necesidad de buscar nuevas formas de negociar el precio de los medicamentos y establecer una política nacional que regule los precios atendiendo al carácter de bien social y lograr así una reducción de gastos de los afiliados.

- La diversidad existente entre cada obra social en cuanto a su presupuesto, marco legal y autonomía y la conveniencia de trabajar en conjunto para eliminar las desigualdades en las cotizaciones que imperan en cada provincia.

- Los beneficios que implica la realización de compras conjuntas de medicamentos, como las efectuadas por PAMI que según indicó su director ejecutivo, Sergio Cassinotti, "permitieron ahorros enormes que rondan el 80 %, 70 % y 50 %".

- La importancia del intercambio de experiencias entre las provincias en esta materia. Soledad Rodríguez, presidenta del IAPOS Santa Fe y referente del COSSPRA, explicó que en la compra conjunta de medicamentos "los avances consisten en compartir las experiencias. Comunicar qué trabajos lleva cada organización adelante, según su legislación y jurisdicción, para poder hacer compras conjuntas en el marco nacional nos permite avanzar y lograr finalmente el objetivo que sería muy beneficioso para todas las provincias".

- La necesidad de mejorar la forma en que los beneficiarios acceden a los medicamentos ambulantes debido al alto incremento que tuvieron con motivo de la inflación.

- La posibilidad de crear un Observatorio de Precios de Medicamentos, tal como ya existe en otros países.

- La importancia de la capacitación vinculada a la auditoría. En este sentido, existe un proyecto para dictar en distintos lugares del país cursos para profesionales en la materia, donde se puedan analizar distintas historias clínicas y ver casos vinculados con discapacidad, medicamentos de alto costo, entre otros.

Aguardamos la concreción de una regulación de los medicamentos que, en el marco del respeto de las competencias provinciales en materia sanitaria, promueva medidas efectivas que garanticen la concreción del derecho a la salud. Derecho que es de raigambre constitucional, y fundamental a la dignidad de la persona humana.

MARÍA BERNARDITA BERTI GARCÍA
www.centrodebioetica.org
24 de junio de 2019

VOCES: SEGURIDAD SOCIAL - MEDICINA PREPAGA - PROVINCIAS - BIOÉTICA - OBRAS SOCIALES - MEDICAMENTOS - MÉDICO - PROFESIONES LIBERALES - HOSPITALES Y SANATORIOS - PERSONA - DERECHOS HUMANOS - SALUD PÚBLICA - FARMACÉUTICOS

Sitios consultados: http://www.cosspra.com.ar/cosspra-se-reune-mendoza-debatir-medicamentos/; http://www.cosspra.com.ar/obras-sociales-provinciales-conjunto-invertimos-1-260-millones-medicamentos/; http://www.cosspra.com.ar/participar-la-compra-conjunta-medicacion-la-hemofilia-una-posibilidad-concreta-puntapie-inicial-sumarnos-la-modalidad/; http://www.cosspra.com.ar/objetivo-este-ano-firmar-convenio-marco-la-compra-conjunta-medicamentos/; http://www.cosspra.com.ar/osep-indice-precios-medicamentos/.