

MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCION DE LA PROBLEMÁTICA DEL CONSUMIDOR SOBREINDEUDADO.-

Por Marcelo G. Barreiro.

Es detestable esa avaricia espiritual que tienen los que, sabiendo algo, no procuran la transmisión de esos conocimientos (Miguel de Unamuno).

Nos toca una vez más participar de un acontecimiento grato: el reconocimiento a la trayectoria de un dilecto amigo, profundo doctrinario, debatidor caluroso y republicano cabal, Francisco Junyent Bas o Pancho como nos gusta mentarlo. No es esta la primera vez¹ que nos honramos en ser parte de una celebración que tiene como eje a este docente por antonomasia y, suponemos y esperamos, que no será la última.

Difícil es referirnos a él a modo de reconocimiento sin destacar su profunda inteligencia, su obsesión por el estudio de las temáticas del Derecho Mercantil, su notable formación académica, su don de gente, o sus campechanos modos. Mas nos interesa en esta ocasión destacar una de sus virtudes cardinales, la generosidad en la transmisión del conocimiento. Generosidad y prodigalidad que identifican al maestro de alma.²

¹ Hemos participado del libro Dinámica Judicial y Acciones en las Sociedades y Concursos, E. Daniel Truffat – Carlos Molina Sandoval Coordinadores, Edit. Advocatus, , año 200, con “Apuntes sobre el incidente de revisión y la acción de dolo”, pag. 309.

² Y nunca mejor empleado el término: “generoso”, pues Pancho es en materia de transmitir sus muchos conocimientos un ser profundamente desprendido, lo contrario a un avaro, pues parece coincidir con Unamuno en que

Todos quienes hemos tenido la dicha de ser tocados académicamente por Pancho no podemos dejar de reconocer la profunda huella que dicha alma generosa nos ha dejado.

I. INTRODUCCION.

Desde hace varios años venimos dedicando ingentes esfuerzos a la necesidad de una reforma integral de la ley concursal que atienda diversas cuestiones de la “nueva agenda concursal”, entre ellas la imposibilidad de seguir adscribiendo al modelo de proceso “único” para toda situación de insolvencia, sin importar la magnitud del sujeto en problemas³. Dentro de este fenómeno⁴ que implica la necesidad de no atender con el mismo pesado y costoso proceso concursal (tanto rehabilitatorio como falencial) toda situación de insolvencia, no importa la magnitud del sujeto endeudado, hace ya más de cinco años comenzamos a hacer particular hincapié en la problemática del consumidor sobreendeudado⁵, atento que veíamos a éste como uno de los

³ A partir de nuestro trabajo conjunto con Javier A. Lorente **¿Qué ley de quiebras necesita el país hoy? (La reforma permanente de la ley de concursos y quiebras)**, publicado en la revista Plenario de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, AÑO I NRO. I, (nueva serie, noviembre de 2002), págs. 48 y sgtes.

⁴ Que sintetizamos en nuestra ponencia conjunta con Javier A. Lorente y E. Daniel Truffat titulada “Del traje de confección al de medida. Los procesos concursales deben tener una regulación diversa según su magnitud”, Tomo I, pág. 103, Edit. Ad Hoc., en **VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia**, organizado por la Universidad Nacional de Rosario, del 26 al 29 de setiembre de 2006, Rosario, Provincia de Santa Fe.

⁵ Ver Comunicaciones presentadas en el **“Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal”**, organizado por la Universidad Corporación Universitaria de la Costa C.U.C., en Barranquilla, Colombia, 12; 13 y 14 de octubre de 2005, que obran en los documentos del evento: **“Pautas para una reforma concursal”** y **“Concurso mínimo”**, este ultimo que tambien llevamos al **VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia**, organizado por la Universidad Nacional de Rosario, del 26 al 29 de setiembre de 2006, Rosario, Provincia de Santa Fe, a través de la ponencia “Una propuesta de regulación del concurso mínimo”, en coautoría con Lorente, Javier A., Truffat, E. Daniel, Tomo I, pág. 99, Edit.

ítems más notorios dentro de dicha “nueva agenda concursal”. A consecuencia de ello, postulamos la necesidad de regular una suerte de **“concurso mínimo”**, expresión que ya ha tomado carta de ciudadanía en la dogmática local.

El fenómeno del consumidor sobreendeudado, como veremos *infra*, es un fenómeno mundial, que adopta diversas formas de acuerdo al grado de desarrollo del mercado financiero del país de que se trate.⁶

La crisis financiera mundial desatada a partir de mediados del año 2007 puso la cuestión en el eje de la tormenta a nivel mundial pues, mas allá de la problemática macro derivada de los negocios financieros realizados por los grandes conglomerados de la banca con activos tóxicos, resulto evidente que la crisis fue una crisis de consumo (básicamente de productos financieros) derivada del sobreendeudamiento del publico consumidor que ante las contingencias posteriores no pudo continuar afrontando los pagos de aquellos productos adquiridos en épocas de “bonanza”.

II.- APUNTES SOBRE EL SOBRECONSUMO.-

Este es un tema al que hemos vuelto recurrentemente⁷, por lo que brevemente reiteraremos aquí algunas ideas esenciales para entender el fenómeno al que se aboca el presente trabajo.

Ad Hoc. Al mismo tiempo que nosotros presentábamos aquel trabajo de principios del año 2005 en Barranquilla, aparecía una publicación del maestro Alegría “Los llamados pequeños concurso. Concursos de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos”, Suplemente de Derecho Concursal La Ley, octubre de 2005, pág. 5, que atendía a la necesidad de regular el fenómeno en nuestro país.

⁶ En nuestro país se da preferentemente en los pequeños asalariados y, sobre todo, en los empleados públicos, docentes y personal de fuerzas de seguridad como se encargan de demostrarlos los repertorios de jurisprudencia y trabajos doctrinarios que tuvieron su síntesis en la Comisión respectiva del Congreso Nacional Concursal que tuvo lugar en Mendoza en setiembre de 2009.

⁷ Ver por todos **“Una aproximación al fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor”**, trabajo presentado en IV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL “Crisis de la Economía Mundial y la Concursalidad” que tuvo lugar en Punta del Este, Uruguay, en noviembre de 2008.

Dijimos oportunamente en nuestro trabajo sobre el “Sobre consumo” que citamos en el párrafo anterior (causa necesaria de la posible posterior insolvencia) que éste: *Es la situación en que se encuentra una persona física que ha contraído deudas en exceso y no puede hacer frente a todas. Es un fenómeno actual, que signa las sociedades capitalistas de modo permanente. Los niveles de endeudamiento familiar están en crecimiento en el mundo conforme informan las estadísticas actuales.* ⁸ Buena parte de las familias dedican una parte significativa de su ingreso a solventar deudas en magnitud claramente por encima de lo aconsejable, de allí que una situación personal (despido, reducción de salario, enfermedad) o colectiva (la actual crisis inmobiliaria) pueden desembocar en el impago familiar.⁹

Esta situación de sobreendeudamiento deriva de un mundo ferozmente apuntado al consumo y al bienestar hipotético que aquel produciría, que lleva a todos los sujetos a gastar por encima de sus posibilidades, para lo cual la incidencia del crédito y el dinero plástico es fundamental.¹⁰ El mundo desea crecer a tasas siderales en la búsqueda de una suerte de mito de la eterna riqueza para lo cual el aumento de la producción es una necesidad que lleva a un también inexorable permanente aumento del consumo que solo puede costearse mediante la facilitación del acceso al crédito y al dinero plástico, en definitiva, del **sobreendeudamiento**. ¹¹ Nuevamente vemos azorados como buena parte

⁸ En España, por ejemplo, el volumen del crédito alcanzaba en 2006 los 650.000 millones de euros, tres veces más que en 1996, lo que supone un 114% de la renta bruta disponible.

⁹ Existen algunos indicadores elaborados por las organizaciones de protección de los consumidores que dan pautas para determinar cuando un sujeto o una unidad familiar están afectados por el fenómeno del sobreendeudamiento: a. cuando el volumen de la deuda contraída es al menos tres veces superior a su renta anual, b. cuando el total de la deuda supera el 75% del patrimonio neto del hogar; c. cuando el peso de la carga de su deuda supera el 35 % de los ingresos familiares mensuales.

¹⁰ Ver Junyent Bas, Francisco, “El empleado publico “sobreendeudado” y la pérdida de la fuente de trabajo”, trabajo publicado en La Ley 11.4.2010.

¹¹ Antonia Ribón (Socióloga Universidad de Cádiz) “El sobreendeudamiento de los consumidores: Un problema creciente”, habla claramente sobre la disociación que se produce en el consumidor ante el hecho de poder adquirir bienes y servicios sin relación

de los países europeos (Grecia, España, Portugal e Irlanda) en este año 2010 se encuentran expuestos a crisis de sobreendeudamiento – que los ponen en cercanías de un virtual default – a consecuencia de haber gastado por demás, financiándose con deuda para sostener una rueda de consumo y crecimiento desmedido que, a la postre, se ha visto no puede sostenerse.

Este sobreendeudamiento puede hacer eclosión transformando la situación del sujeto en insolvencia cuando por causas externas (sobreendeudamiento pasivo) o propias (sobreendeudamiento activo) dicha situación no puede resolverse con los ingresos normales del sujeto.

El fenómeno posee múltiples causas y múltiples responsabilidades – no todas de la misma magnitud -. Hay, es evidente, ante una situación de sobreendeudamiento crítico una triple responsabilidad a considerar: **Individual** (del propio sujeto en problemas que omitió ordenar y planificar sus cuentas), **Social** (el mercado no hace del otorgamiento responsable del crédito un objetivo en momentos de bonanza y alta liquidez), y **Estatal** (la exuberante publicidad sin control y la falta de mecanismos de ayuda adecuados al consumidor).

III.- LA ATENCION DE LA INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR.

No parece razonable extenderse acerca de la necesidad de regular esta peculiar problemática en una legislación propia, con características específicas, que tienda a solucionar la cuestión en corto tiempo y con bajos costos. No parece que dejar librada la situación a las

con el precio final, debido a la posibilidad de manejar instrumentos virtuales que funcionan como sucedáneos del dinero.

legislaciones de quiebras puras¹² o la legislación común (nuestro Código Civil o Comercial, en su caso) sean el modo de hacerlo, atento las especiales circunstancias sociales y familiares que se ponen en juego ante el fenómeno de la insolvencia del consumidor.

Como hemos desarrollado largamente en los trabajos apuntados, existen en el mundo dos sistemas diversos para tratar la insolvencia del consumidor (dentro del universo de países que, como sostenemos, dotan a la cuestión de una normativa propia): uno que afronta la cuestión desde la óptica del Derecho del Consumidor (sistema francés o el anteproyecto Chironi en Argentina), y otro que lo hace dentro de la problemática concursal (la ley de bancarrotas americana o nuestro anteproyecto de regulación del “concurso mínimo”¹³).

Desde el primer planteo de la cuestión por nuestra parte entendimos que, siendo que la cuestión - una vez desatada la insolvencia del consumidor - no es otra cosa que una hipótesis concursal, era mejor (por afinidad de la materia y por la posibilidad remitirnos a conceptos dogmáticos que hartamente conocemos y manejamos) regularlo como capítulo autónomo dentro de la legislación concursal, ***regulando un procedimiento saneatorio de la insolvencia del consumidor***.¹⁴

Sea cual sea el ámbito de regulación del procedimiento, este deberá propender, como hemos sostenido reiteradamente en consonancia con la principal doctrina nacional e internacional y las organizaciones que estudian la temática, a:

- Reducción de costos
- Simplificación de procedimientos

¹² *EL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO Y EL DERECHO A QUEBRAR*, por A propósito de la búsqueda de la rehabilitación y la limpieza del pasivo preexistente, Por Francisco Junyent Bas y Silvina Izquierdo, en *Semanario Juridico*, nro. 1734, 26 de noviembre de 2009, pag. 757, Córdoba.

¹³ Que hoy tiene estado parlamentario.

¹⁴ Junyent Bas e Izquierdo se pronuncian en idéntico sentido en el trabajo citado.

- Acortamiento de plazos
- **Aplicación de soluciones negociadas con amplia participación y mecanismos de mediación o conciliación (facilitador)**
- Posibilidad de imposición de la solución por el Juez ante la falta de acuerdo
- Reducción de la deuda en caso de deudor de buena fe ante la primera vez.

IV.- MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS Y PROCESOS CONCURSALES.-

La experiencia en el Exterior:

En el trabajo citado reiteradamente en éste, Miguel Rubin en base a su experiencia académica entre los días 7 y 9 de mayo de 2006 en Atenas, Grecia, en la Conferencia Anual del Comité de Insolvencia¹⁵ de la Internacional Bar Association, y en función de los trabajos allí presentados, da cuenta de que la materia en la legislación y práctica internacional se encuentra aun en estado embrionario. Sin perjuicio de ello destaca los avances realizados por el Canadá y los Estados Europeos, entre otros, y las recomendaciones de la U.E. a los miembros integrantes para avanzar en la temática.

Dentro de éstos, destaca los avances de las legislaciones Belga y Francesa (con su sistema de conciliación¹⁶). La ley de

¹⁵ Su nombre completo en inglés es Insolvency, Restructuring and Creditors' Rights Committee.

¹⁶ La ley de Salvaguardas francesa de 2005 (*Loi de sauvegarde des entreprises* n° 2005-845, del 26 de julio de 2005) regula un procedimiento de mediación ("*Conciliation Sommaire*") a cargo de un "conciliador", el que según Rubin, está previsto para personas que ejerzan una actividad comercial o artesanal, y que atraviesen una dificultad jurídica, económica o financiera actual o previsible. Este conciliador debe intentar arribar a un "acuerdo amigable" en tres meses ampliables a un mes mas, y durante el

Sauvegarde francesa, alcanza a “todas” las empresas, por lo que quedan comprendidos el comerciante individual, como la persona jurídica, el profesional, el agricultor o el artesano y en el procedimiento de conciliación intenta un “acuerdo amigable” extrajudicial con sus principales acreedores que no alcanza a los no acordantes.¹⁷ Según Dasso, *La función del conciliador es llevar a la convicción de los principales acreedores la conveniencia de aceptación de una propuesta razonable respecto del régimen del segundo procedimiento (la sauvegarde) en cuyo marco las exigencias para deudores y acreedores son mayores.*¹⁸

Pero es en la profusa experiencia de los Tribunales de EEUU, de la que Rubin da cuenta en el trabajo citado¹⁹, en donde mayores avances y logros sobre la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y los procesos de insolvencia se ha dado.²⁰

Vale la pena aquí rescatar algunos párrafos del trabajo de Rubin que destacan el modo en que esos mecanismos nacieron en la jurisprudencia norteamericana y son aplicados: “*Es muy interesante analizar no sólo cómo funciona, sino cómo se generó y cómo y porque está progresando. Digo esto no para sugerir que copiemos esa metodología o sus resultados (vía para llegar a modificaciones en nuestro ordenamiento que bastantes dolores de cabeza nos ha provocado y nos sigue provocando hoy), sino para que aprendamos a adaptar el Derecho Comparado a nuestra realidad, y cuando digo “realidad” estoy hablando*

tramite de dicho acuerdo amigable se suspenden todas las medidas de agresión patrimonial contra el deudor.”

¹⁷ Conf. Dasso, Ariel A. en “Las nuevas tendencias del derecho concursal -en ocasión del nuevo modelo francés - (Loi de Sauvegarde 845 de 26 de julio de 2005)”, en L.L. ejemplar del 3 de agosto de 2009, pags. 3 a 7.

¹⁸ No es una etapa típica concursal pues no convoca a “todos” los acreedores sino a los principales.

¹⁹ y que pudimos oír de primera mano de los jueces Stong y Drain y del liquidador Keneth Drys quienes tuvimos el privilegio de asistir a la ya referida Jornada de Derecho Concursal Internacional del 12 de abril de 2010 organizada por el IADC.

²⁰ Buena parte de la información que vuelca Rubin en su trabajo la ha tomado de: “*Mediation in Bankruptcy*” “*The Federal Judicial Center Survey of Mediation Participants*”, “*Report to the Advisory Committee on Bankruptcy Rules of the Judicial Conference of the United States*”, documento preparado por Robert J. Niemic en 1998.

de datos, no de percepciones subjetivas de los proyectistas de las normas.²¹ Lo primero que hay que destacar del régimen estadounidense (en tanto sistema del Common Law) es que no hay ninguna ley de procedimientos alternativos de resolución de conflictos para los procesos de insolvencia. Tampoco hay una ley federal de procedimientos judiciales, aunque hay normas sobre cuestiones puntuales²². Todo comenzó en la segunda parte de la década del 80' cuando el Federal Judicial Center (órgano consultivo de los tribunales federales) produjo un informe acerca del programa de mediación para la Corte de Bancarrotas del distrito Sur de California, pionero en la materia. Desde entonces ese Centro ha ayudado a otras Cortes de Bancarrota a desarrollar encuestas entre abogados, jueces y mediadores, mecanismo que le permitió formar criterio sobre posibles normas de procedimiento en materia de mediación”.

Los Tribunales norteamericanos tienen una suerte de manual que rige la aplicación de la mediación en cada caso el que determina la hipótesis aplicable ante un supuesto fáctico determinado, lo que no impide llegar a la mediación por pedido de partes o, aún, por decisión del propio Tribunal como determinación *ad hoc*, ante un supuesto concreto no previsto.²³

En este sentido, el Juez Drain explicó en la Jornada Académica del IADC (que tuvo lugar el 12.4.2010) reiteradamente referida, como ante la avalancha de casos de insolvencia con consumidores o personas físicas con impago de una deuda hipotecaria, creó en su Tribunal un Programa voluntario para “Mitigación de la

²¹ Esta referencia a datos nos hace recordar nuestra vieja proposición que ya estaba en el citado “Que ley de quiebras....”, acerca de la necesidad de contar con estadísticas reales y serias que nos permitan realizar análisis de campo con fundamentos al pretender reformar la ley concursal.

²² Así por ejemplo, existen varias leyes que establecen reglas para las apelaciones en los Tribunales de Quiebras. Todos esos procedimientos deben seguir las Normas Federales de Procedimiento de Apelación.

No obstante, bien entendido el Código de Bancarrotas, constituye, desde nuestra óptica y en gran medida, un ordenamiento procesal.

²³ Conforme Rubin, trabajo citado.

perdida”, en donde instó mecanismos conciliatorios que permitieron que - entre los que adhirieron a ellos - hubiera un 40% de acuerdos que evitaron la liquidación de los bienes. Ante el pedido del deudor de entrar al programa y el acuerdo de los acreedores en idéntico sentido, el Juez Drain dicta una resolución que regula la metodología en la que el intento conciliatorio tendrá lugar. El mecanismo no contiene riesgo pues los activos están resguardados y si al cabo de transcurrido el plazo otorgado no existe acuerdo, el procedimiento continua conforme los tramites ordinarios. Las facultades de los jueces federales de equidad de la ley norteamericana claramente habilitan tal suerte de soluciones.

Un trabajo del profesor brasilero Paulo Colombo Arnoldi²⁴ realiza un fuerte elogio que la adopción de mecanismos mediatorios en los procesos concursales podría traer al sistema concursal brasilero, por lo que postula se incorpore específicamente el mecanismo en los procesos regulados por la ley 11.101.

Nuestro país.-

La doctrina nacional ha sido reacia desde antaño a propender a la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en los procedimientos concursales.

Nuestra legislación nacional que regula la mediación (ley nacional 24.573) en su inc 9) del art. 2º excluye expresamente a los **concursos preventivos** y quiebras de este sistema (lo mismo hacen diversas legislaciones provinciales que regulan el mecanismo, vgr. Santa Fe (ley 11162, 3.f.), Mendoza y Buenos Aires).

²⁴ “A adoção do instituto da mediação nos processos de recuperação de empresas como forma de simplificar e reduzir os custos processuais”, en “Crisis de la economía mundial y concursalidad”, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pág. 207.

No mejor suerte tiene el arbitraje para quien la ley concursal solo prevé dos normas no muy claras, *incompletas e inadecuadas*²⁵, con vacíos profundos, y un tratamiento jurisprudencial no siempre adecuado.

Esta situación de orfandad sobre el punto está de a poco siendo abordada por la doctrina²⁶ y el mundo Académico²⁷, con destino de desterrarla.

Sin perjuicio de este paulatino cambio, en nuestro país la aplicación de estos mecanismos al procedimiento concursal madre, es decir, a la negociación de los acuerdos concursales parece, aún, harto dificultosa, básicamente porque la ley 24.522 no lo prevé.

Pero ello no empuja el hecho de que estos mecanismos pueden aplicarse a diversas instancias dentro del conflicto plurisubjetivo caracterizado por el multiproceso – dentro del proceso concursal madre – que la solución judicial del conflicto que la insolvencia implica.

Desde ya – en nuestro criterio - nada impide que existan mecanismos alternativos (mediación o conciliación) a aplicar en juicios iniciados por el concursado o fallido o iniciados contra él o en los incidentes concursales.

En la etapa **concursal preventiva**, es obvio que siendo que el fallido no pierde la administración y disposición de sus bienes mantiene las facultades para transar, conciliar o, incluso, allanarse. Ello

²⁵ Según Molina Sandoval, Carlos, “El arbitraje en los procesos concursales”, en *Dinámica Judicial y Acciones en las Sociedades y Concursos*, E. Daniel Truffat – Carlos Molina Sandoval Coordinadores, Edit. Advocatus, pag. 32, año 2007.

²⁶ Vgr. el muy buen trabajo de Rubin, Miguel, “Mediación en los procesos concursales. La experiencia en el Derecho Comparado y la posibilidad de su aplicación en nuestro medio”, publicado en suplemento de *Derecho Concursal de La Ley*, dirigido por Héctor Alegría, ejemplar del 28/9/2006.

²⁷ Vgr. la “Jornada de Derecho Concursal Internacional” organizada por el Instituto Argentino de Derecho Comercial (IADC), que tuvo lugar el 12 de abril de 2010 en Buenos Aires, con la participación de jueces, abogados y doctrinarios nacionales y extranjeros, que contó con un panel específico que abordó la temática de “Medios alternativos de resolución de disputas concursales. El rol de los jueces en EEUU y Argentina para facilitar el uso de estos medios alternativos de modo efectivo y eficiente para las partes”.

siempre y cuando dicho ejercicio sea hecho conforme las pautas que la ley 24.522 postula en sus arts. 15; 16 y 17, y en caso de que el pleito sea uno de los continuados no atraídos (conforme el actual texto del art. 21 LCQ), en los mismos se de la participación de la sindicatura que la ley prevé, y se cumplan las mismas pautas antes referidas en la toma de decisión.

Y a los efectos de instar la posibilidad de arribar a tales soluciones, nada impide que los magistrados intervinientes postulen la posibilidad de intentar mecanismos conciliatorios alternativos para solucionar dichos conflictos micro en el marco del conflicto macro de la insolvencia. A ello lo abona la amplia facultad prevista por el art. 274 LCQ que designa al Juez como director del proceso que pudiendo disponer todas las medidas de ***impulso de la causa***, pudiendo entre otras cosas disponer la comparecencia del concursado en los casos de los arts. 17 (que entre otras cosas regula la ineficacia de los actos realizados por el concursado en violación al régimen de autorización del art. 16) y 102 LCQ.

Pero, en nuestro criterio, nada impide que el Tribunal interviniente inste en tales casos (juicios atraídos o incidentes en trámite ante la sede concursal) mecanismos conciliatorios como modos de resolución del conflicto sometido a consideración judicial. Y ello debido a que el Juez cuenta con el referido art. 274 LCQ, y también con la ya expuesta norma del art. 278 del mismo, ordenamiento que estipula la aplicación subsidiaria en los procesos concursales de los ordenamientos procesales locales.²⁸

Y, es en virtud de éstos, que ejerciendo las facultades previstas en los arts. 36 podría el Juez, en cualquier instancia del proceso: 2) *Intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente*

²⁸ Esta posibilidad fue largamente sostenida y argumentada por los jueces D'alessandro y Hualde, en sus intervenciones en el tercer panel de la Jornada del IADC del 12 de abril de 2010 ya referida reiteradamente.

procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos. En cualquier momento del proceso podrá disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación, y 3) Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria. En todos los casos la mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento.

¿Porque no ejercer esa facultad en un juicio atraído o un incidente de revisión o de verificación tardía? Nada lo impide, en nuestro criterio, pues, en definitiva es el mismo juez que sentenciará el que juzgara la razonabilidad del acuerdo transaccional que de la utilización de dicho mecanismo alternativo resulte.²⁹

En la **quiebra**, el art. 182 prevé expresamente la posibilidad de transigir o comprometer en árbitros los juicios que el síndico deba iniciar en nombre de “la masa” siempre y cuando esta decisión sea deferida a la correspondiente autorización judicial. Es evidente, asimismo, que el caso es analogable a aquel en que la falencia sea demandada por un tercero, pudiendo el funcionario transar o comprometer en árbitros la causa si para ello cuenta con la debida autorización judicial.

Esta norma permite entonces, con la judicial autorización del magistrado interviniente³⁰, arribar a acuerdos transaccionales de

²⁹ Favier Dubois (h), uno de los autores que mas ha trabajado el tema de la transabilidad de estos incidentes nos ilustra acerca (“La transacción de acciones en el proceso de quiebra. Una categoría muy útil de los negocios concursales”, que puede consultarse en la pagina web de su estudio: www.favierduboisspagnolo.com.ar) de que en los autos “Geserco S.A. s/conc.prev. s/inc. de rev por Abbot Laboratories Argentina”, la C.N.Com., Sala C, con fecha 6-7-06, se homologó un acuerdo conciliatorio en una revisión consistente en el desistimiento del principal reclamo en base a la razonable composición de los intereses en juego y por no advertirse menoscabo de los principios concursales indisponibles.

³⁰ “El síndico otorgante de poder especial al letrado apoderado sólo puede conferirle facultades expresas- en el caso, renunciar a privilegios- **con autorización del juez del concurso (art. 182, ley 24522)** en tanto tal funcionario está facultado sólo para celebrar actos de conservación y administración del patrimonio, quedando excluido lo

cualquier tipo para llegar a los cuales podrá recurrirse a mecanismos alternativos de resolución de los conflictos, judiciales o no judiciales. Y, todo ello, avalado por auto judicial con el que el acuerdo “homologado” tendrá el carácter de cosa juzgada.³¹

Sabido es que los actos de transacción no dependen de la decisión personal del síndico, puesto que su legitimación al efecto se integra, inexorablemente, con la autorización judicial (Quintana Ferreyra y Alberti, "Concursos", t. III, Ed. Astrea, p. 324; C. Nac. Com., sala D, ED 72-617). Y aquí, si bien puede oírse al fallido no pueden ser sus planteos los que motiven la admisión o el rechazo, (conf. Quintana Ferreyra y Alberti, "Concursos" cit., p. 326). La autorización judicial es una función exclusiva y excluyente del Juez de la quiebra en tanto director del proceso (art. 274, ley 24522). Esta autorización debe ser previa al otorgamiento del acto transaccional atento que el funcionario carece de facultades dispositivas respecto del patrimonio del fallido.

Y claro resulta también, en nuestro criterio, que no existe óbice para que ello así suceda, pues contando el acto procesal que realice el síndico, que define la cuestión, con la autorización judicial del art. 182 LCQ, no entendemos posible cuestionar la posibilidad de utilizar mecanismos de resolución del conflicto en disputa alternativos.

En auxilio de nuestra postura podemos referir un fallo, que cita Favier Dubois (h) en el trabajo mencionado, de la Sala D de la

que hace a actos de disposición, que el legislador descarga en el órgano jurisdiccional. La nulidad que implica tal omisión, es sustancial y no procesal". (Civ. y Com. San Nicolás, 15/09/1998, "Frigorífico Ramallo S.A. s/ Quiebra -Incidente de verificación tardía promovido por Indexer S.A.", Citar Lexis N° 14/121924).

³¹ Un derecho reconocido en una sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada configura un bien que, en principio, se incorpora al patrimonio del beneficiario del fallo, del cual no puede ser privado sin riesgo de transgredirse los principios constitucionales que resguardan la propiedad. La única alternativa entonces para vulnerar dicho valor procesal, es la existencia de dolo en la causa en la que se dictó la sentencia pues, en tal caso, no es lícito, naturalmente, hablar de cosa juzgada regularmente juzgada (conf. Palacio, Lino E., "La cosa juzgada fraudulenta y los límites temporales de su impugnación", LL 1997-E-584 y ss.).

Cámara Nacional en lo Comercial, en autos, "Venezia José María s/ Quiebra c/ El Assir José s/ Ord.", en el que con fecha 31.05.99, se resolvió que "...si bien podría sostenerse que ninguna transacción debería ser realizada por el síndico ni autorizada por el juez de la quiebra, pues ellos actúan sobre patrimonios ajenos a cuyos titulares -en el caso, a los acreedores verificados en la quiebra accionante- no cabría imponer un sacrificio o una pérdida económica; empero, la regla positiva de la L.C. 182 párr. 2º indica todo lo contrario, al disponer que el funcionario concursal necesita de "...Autorización del Juez para transigir...". Esa norma prevé la posibilidad de arribar a lo que la ley procesal denomina modo "anormal" de conclusión de un proceso. Ello es del todo razonable cuando -como en el caso- surge que los accionados realizaron un sacrificio y aceptaron una pérdida en referencia a su originaria posición de resistencia total a las pretensiones deducidas por la sindicatura".

Y concluye el autor en su muy buen trabajo, que a ello no resulta óbice la existencia del denominado orden público concursal o "interés concursal"³², pues en tal caso – y sobre ello coincidimos – "entendemos que el orden público concursal debe ser entendido en el sentido de que se considera cumplido con la intervención judicial en tutela de los acreedores. ³³ En el caso particular de la transacción de la acción de extensión de quiebra, se suman argumentos derivados de que se trata de una acción "facultativa" para el síndico, que no requiere conformidad de los acreedores para su inicio, donde existen importantes

³² Ver nuestra comunicación titulada **"El interés concursal"** presentada en el "Segundo Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal", organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, en la ciudad de Mérida, República Federativa de México, los días 8; 9 y 10 de noviembre de 2006, que obran en los documentos del evento y en su web: www.iidciberoamericano.com/editor/index.php

³³ Truffat, E.Daniel "Transacción homologada (LCQ 182, párrafo 2º) en una acción de extensión de quiebra", en Rev.de las Sociedades y Concursos, Bs.As., Ed. Ad Hoc, Marzo Abril 2001, nro.9, pag.99.

riesgos y es necesario atender a principios de eficiencia y reducción de costos.³⁴

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, no debemos dejar de recordar con Rubin que: “La norma, en algunos casos, ha sido exacerbada por los tribunales. Así por ejemplo se ha fallado que en una acción iniciada por el síndico de una quiebra en los términos de la ley 24522 arts. 120, 142 y 182, y en el Cód. Civil art. 961, resulta improcedente recurrir a la mediación previa pues significaría reconocerle al síndico una atribución de negociador del interés de los acreedores que el ordenamiento no le confiere”³⁵.

Como sostiene Graziabile³⁶: “Los procesos concursales son recursos técnicos contruidos por el legislador para la solución de una litis de alta complejidad, la litis concursal³⁷ y en sus estructuras, se diversifican en diversas exteriorizaciones a raíz de la variedad de pretensiones y peticiones que contiene, desplegando así sus contenidos litigiosos”³⁸.

Como proceso plurisubjetivo y multiprocedimental que todo concurso preventivo o quiebra resulta, entendemos que no existe obstáculo o valladar para utilizar mecanismos alternativos de resolución de los conflictos para intentar solucionar las hipótesis antes referidas.

Ahora bien, en punto a la aplicación de dichos mecanismos para cumplir el objetivo básico del proceso concursal: arribar al acuerdo

³⁴ Juzgado de Concursos y Sociedades Nro.2 de Córdoba, 5-9-00, en autos “Extensión de quiebra solicitada por la sindicatura en Diaz Lozada SRL s/quiebra pedida”, en Rev.de las Sociedades y Concursos, Bs.As., Ed. Ad Hoc, Marzo Abril .2001, nro.9, pag.87, donde se autorizó una transacción en una extensión de quiebra.

³⁵ Del dictamen fiscal 85362, seguido por la CNCom., Sala “B”, 30/03/2001, “*Industria Maderera Fueguina Andina S.A. s/Quiebra v. García Fernández, Vicente s/Ordinario*”, Lexis Nexis Documento N°: 11.33014.

³⁶ “BREVE TEORIZACION SOBRE EL PROCESO CONCURSAL -naturaleza, caracteres, principios y tipos-“.

³⁷ Garaguso, Horacio P., Moriondo Alberto, Garaguso, Guillermo H. F. *El Proceso concursal. El concurso como proceso* Ad-Hoc t. III 2000 p. 20.

³⁸ Morello, Augusto M., Tessone, Alberto J., Kaminker, Mario E. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados* t. VIII Concursos, Ley 24.522 Editora Platense, Abeledo Perrot 1998 p. 4.

preventivo en el caso del concurso preventivo o liquidar los bienes en el caso de la quiebra³⁹, la cuestión no resulta tan clara. Tal posibilidad tiene aun dificultades de instrumentación básicamente fundadas en la inexistencia de una norma expresa que habilite tal solución, y en la inaplicabilidad a este tipo de procesos del mecanismo de mediación que expresamente prevén las normas locales y nacionales que regulan tal instituto.

Existe un proyecto de ley denominado **“Sistema de recomposición patrimonial adecuado para el país”**⁴⁰ que postula la aplicación del APE a las personas físicas, amén de a los Grupos Económicos, y pretende regular un nuevo capítulo IV. Procedimiento para Pequeños Deudores” con algunas modificaciones no demasiado sustanciales, salvo que dentro del régimen vigente sobre pequeños concursos y quiebras, permite la mediación concursal. Ello lo hace con carácter opcional o facultativo y lo denomina “Mediación concursal previa” por un plazo de 60 días desde la aceptación del cargo por el mediador, quien deberá colaborar con el deudor y sus acreedores en la búsqueda de un acuerdo acerca del repago de las deudas de aquel, teniendo el Tribunal amplias facultades para decidir la metodología a seguir en la búsqueda de dicho acuerdo. Este mecanismo suspenderá por ese lapso las acciones individuales y los pedidos de quiebra (lo cual es obvio, porque sino difícilmente podría tener andamio). Ante el

³⁹ Aunque no resulta improbable suponer la posibilidad de acordar mecanismos liquidatorios a través de formulas alternativas que busquen la mejor y mas económica y rápida liquidación, de hecho los llamados a Mejoras de Precio con modalidades diversas, tan comunes en nuestros Tribunales, son una creación pretoriana que sin violentar la ley concursal, se dirigen en esa búsqueda.

⁴⁰ Es el proyecto de ley (S.-3.244/03). Existe un comentario critico de este proyecto realizado por CAMAÑO, Rosa A., DÍAZ, Horacio Daniel y MISINO, Benito, miembros del Área Reformas a la Ley Concursal, Mediación y Negociación Concursal, de la Comisión de Sindicatura Concursal.

fracaso de la mediación el deudor podrá solicitar entonces se ordene la apertura de su concurso preventivo.

Resulta muy claro el mensaje a las Cámaras que precede el proyecto, que sostiene: "Creemos fundamental poner a disposición de la comunidad toda una serie de institutos flexibles que resulten de fácil implementación y que faciliten la negociación entre las partes pero que, asimismo, generen un marco de seguridad jurídica reduciendo costos de negociación, que adquieren gran importancia en los procesos denominados informales".⁴¹

V.- MECANISMOS ALTERNATIVOS Y CONCURSO DEL CONSUMIDOR.-

Hemos visto ya la necesidad de incorporar legislativamente la posibilidad de recurrir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos en los procesos concursales, como modo de atender más adecuadamente los principios de celeridad, economía de costos y de tiempos y propensión a la auto composición de intereses, que debe primar en todo proceso colectivo de insolvencia.

Dicha necesidad es mucho más palpable en los pequeñísimos concursos o "concursos mínimos" como nos gusta denominarlos, en donde lo que está en juego es la insolvencia de un consumidor.

⁴¹ El autor del proyecto de ley indica que *en este proceso se han tomado como fuentes de consulta, el anteproyecto de reformas de la ley 24.522, elaborado por la comisión creada por la resolución del Ministerio de Justicia 89/97, en la que participaron destacados especialistas nacionales y otros trabajos internacionales, como "Consumer Debt Report", Report of Findings and Recommendations elaborado por la International Federation of Insolvency Professionals (INSOL Internacional), entre otros.*

Hemos visto ya como existe un proyecto de reforma de la ley concursal que incorpora la “mediación previa” como posibilidad opcional en los casos de pequeños concursos.

También nuestro proyecto de regulación del concurso mínimo postula la posibilidad –con ventaja de economía de recursos- de unificar todo el andamiaje informativo y negocial, en derredor del accionar de un delegado del Tribunal, al que podría denominarse **“mediador”, “conciliador” o “facilitador”**⁴² (rol que bien podría ser encarado por los mismos contadores que integran la lista de Sindicaturas “B” –es decir, síndicos individuales y no integrantes de estudios -). Este facilitador deberá ser una suerte de figura mixta entre el *mediador evaluativo* (que realiza un análisis del mérito de las posiciones de las partes⁴³) y el *mediador facilitador* (que intenta crear un clima propicio para el acuerdo), dentro de la clasificación de estos roles que nos da Rubin en su trabajo ya citado.

¿Ahora bien, no existe alguna chance de poder atender estas cuestiones – aunque más nos sea mínimamente – con el texto legal vigente? Entendemos que en los procesos pequeñísimos de consumidores sobreendeudados con poco pasivo y pocos acreedores sí.

Nos resulta razonable pensar que los magistrados intervinientes en ejercicio de sus potestades oficiosas inquisitorias e instructorias de dirección del proceso (art. 274 LCQ), con la posibilidad de la aplicación del 278 LCQ y del art. 36 incisos 2 y 3 del C.P.C.C., como se ha visto, podrían disponer algún mecanismo que intente – en estos concursos mínimos – una suerte de construcción de una solución

⁴² En la comunicación que acompañó el anteproyecto de ley, aludimos indistintamente bajo cualquier de estos tres nombres al tercero auxiliar que debe designarse para colaborar con el deudor y el Tribunal en el intento de obtener una solución. En el proyecto de texto legal de “concurso mínimo” que, como anexo, acompañó al presente denominamos a dicho auxiliar “conciliador”, por una evidente razón de unificación expresiva.

⁴³ Recordemos que en nuestro proyecto el facilitador es, a la vez, quien monitorea el proceso de reconocimiento de los créditos.

acordada y consensuada, con la participación del síndico en carácter de facilitador.

Para ello se nos ocurre que (lo que deberá disponerse en el propio auto de apertura del concurso para evitar sorpresas⁴⁴) una vez dictada la resolución del art. 36 LCQ, se decrete una suspensión del trámite procesal por el plazo de 30 días hábiles judiciales, al solo efecto de instar a las partes (que deberán ser requeridas al efecto), a obtener un acuerdo amigable, dándole forma al procedimiento concursal negocial de manera netamente consensual, con la intervención del síndico - facilitador.

En caso de que se entienda que tal circunstancia produciría una demora en los procedimientos, puede subsanarse ello disponiendo que los periodos de exclusividad duren el mínimo de ley, para utilizar el periodo excedente en conceder ese plazo de negociación o conciliación en busca de un acuerdo amigable.

No creemos que tal determinación afecte derecho alguno. En procesos con cuatro o cinco acreedores, con valores de pasivo en juego que no superan los \$ 200.000, y donde muchas veces está en juego la vivienda familiar del deudor (cifra que arbitrariamente consideramos), resulta de toda razonabilidad intentar – hasta tanto una reforma legislativa regule un procedimiento propio para el concurso mínimo que responda a las características que hemos referido mas arriba – una solución consensuada que permita la construcción de una salida a la situación de insolvencia en la que todos los involucrados se hallen comprometidos.

Si se entendiera que ello importa un exceso en las atribuciones del magistrado – lo que no consideramos que sea así como se ha visto -, podría instarse a las partes a prestar su conformidad con tal procedimiento de inicio (para el propio deudor al notificarse del auto

⁴⁴ Quizás una acordada de la respectiva Cámara podría avalar la posibilidad de regular uniformemente la cuestión.

de apertura) y al momento de insinuarse en el caso de los acreedores, solo haciendo operativo el sistema en caso de ser conformada su participación por todos los intervinientes.

Es en estos procesos menores (mínimos como nos gusta llamarlos) donde entendemos que mejor podrán articularse estos mecanismos consensuales, resultando de toda utilidad la intervención de un tercero facilitador, con facultades dispuestas al efecto⁴⁵, a los fines de obtener una solución que intente resolver el conflicto plurisubjetivo del modo más equitativo posible.

Es en este ámbito de menor cuantía pero de gran significación social donde mejor pueden utilizarse mecanismos alternativos de negociación (atento la poca cantidad de acreedores involucrados) y el texto legal actual no creemos sea óbice para intentar lo antes expuesto.

⁴⁵ Podría el Tribunal determinar reglamentariamente las facultades que el facilitador posee en el marco de tal negociación.