

Manual Básico de Derecho Comercial

Derecho cambiario y concursal

Virginia S. BADO CARDOZO y

Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

*Manual elaborado en función de la convocatoria a docentes para la presentación de materiales de estudio básicos para estudiantes de la carrera de Abogacía y Notariado. Este Manual corresponde a la materia **Derecho Privado V (Comercial II)***

*«La salud de algunas palabras juntas
dura mucho más que el hombre que las reúne.»*

Los cuentos chinos, R. COURTOISIE

ÍNDICE

Abreviaturas.....	41
Primera Parte: Títulos valores.....	43
<i>CAPÍTULO PRIMERO: REGULACIÓN, CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES.....</i>	<i>43</i>
I. Régimen aplicable a los títulos valores.....	44
<i>A. Normas de Derecho interno.....</i>	<i>44</i>
<i>B. Normas de Derecho internacional privado.....</i>	<i>44</i>
<i>C. Estructura y alcance del Decreto Ley 14.701.....</i>	<i>45</i>
1. Organización general.....	45
2. Alcance de la regulación legal de los títulos valores.....	45
II. Concepto de título valor.....	47
<i>A. El título valor como documento.....</i>	<i>47</i>
1. Función del documento.....	47
<i>a. Constitución del derecho.....</i>	<i>47</i>
<i>b. Transmisibilidad del derecho.....</i>	<i>47</i>
2. Los títulos valores electrónicos.....	48
<i>B. El título valor como derecho: la teoría de la incorporación.....</i>	<i>48</i>
<i>C. El título valor como negocio jurídico unilateral.....</i>	<i>49</i>
III. Clasificación.....	49
<i>A. Títulos representativos de dinero.....</i>	<i>50</i>
1. Letra de cambio.....	50
2. Cheque.....	51
3. Vale.....	52
<i>B. Títulos representativos de mercaderías.....</i>	<i>53</i>
1. Carta de porte, conocimiento marítimo y conocimiento aéreo.....	53
2. Certificados de depósito y warrant.....	54
<i>C. Títulos valores representativos de derechos.....</i>	<i>54</i>
1. Certificados de prenda.....	54
2. Futuros y opciones.....	54
<i>D. Títulos valores representativos de una participación.....</i>	<i>55</i>
1. Acciones.....	55
2. Debentures u obligaciones negociables.....	56
3. Bonos.....	56

4. Cuotas partes de fondos de inversión.....	56
CAPÍTULO SEGUNDO: CARACTERES DE LOS TÍTULOS VALORES.....	57
I. Caracteres de todos los títulos valores.....	57
A. Referidos al documento.....	57
1. Necesariedad.....	57
2. Solemnidad.....	58
B. Referidos al derecho.....	58
1. Literalidad.....	59
2. Autonomía.....	59
C. Referidos a la obligación	60
1. Unilateralidad.....	60
2. Autonomía.....	60
3. Solidaridad entre los firmantes en el mismo acto.....	61
II. Caracteres de los títulos valores representativos de dinero.....	61
A. Abstracción.....	61
B. Solidaridad cambiaria.....	62
1. Análisis del concepto de solidaridad cambiaria.....	62
2. Diferencia entre la solidaridad cambiaria y la solidaridad entre los firmantes en el mismo acto	63
CAPÍTULO TERCERO: ACTOS RELACIONADOS CON LOS TÍTULOS VALORES.....	63
I. Libramiento.....	64
A. Menciones.....	64
1. Nombre del título.....	64
2. Fecha y lugar de creación.....	64
3. Derecho incorporado.....	64
4. Lugar y fecha de ejercicio del derecho	65
5. Firma del librador.....	66
B. Títulos valores incompletos	66
1. Requisitos para el completamiento de los títulos valores incompletos.....	66
2. El pacto de completamiento y las consecuencias de su desobediencia.....	66
II. Garantía.....	67
A. Formas de garantizar el pago de un título valor.....	67
1. El aval.....	67
a. Concepto.....	67
b. Caracteres del aval y de la obligación del avalista.....	67
* Unilateralidad	67

* Literalidad	67
* Solemnidad	68
* Autonomía.....	68
* Solidaridad	68
c. <i>Clases</i>	68
* Absoluto o relativo.....	68
* Total o parcial.....	68
d. <i>Diferencias con la fianza comercial</i>	68
* En cuanto a la obligación que garantizan.....	68
* En cuanto a la naturaleza jurídica	68
* En cuanto a los caracteres.....	69
III. Transmisión.....	69
A. Títulos hábiles para transmitir un título valor.....	69
1. Endoso.....	69
a. <i>Concepto y caracteres</i>	69
*Unilateralidad	69
*Literalidad	69
*Solemnidad	70
*Autonomía.....	70
*Solidaridad	70
b. <i>Formalidades y enunciaciones del endoso</i>	71
c. <i>Clases de endoso</i>	71
* De acuerdo a los derechos que transmite.....	71
* De acuerdo a sus formalidades.....	71
2. Cesión de créditos de papeles no endosables.....	71
a. <i>Concepto y procedimiento</i>	72
b. <i>Diferencias con el endoso</i>	72
IV. Pago.....	73
A. Pago por el principal obligado	73
B. Pago por otros obligados cambiarios.....	73
CAPÍTULO CUARTO: TÍTULOS VALORES DE CONTENIDO DINERARIO.....	74
I. Letra de cambio.....	74
A. Concepto.....	74
1. Elementos personales	74
a. <i>Librador</i>	75
b. <i>Girado</i>	75
c. <i>Beneficiario</i>	75

2. Función de la letra.....	75
B. Actos relacionados con la letra de cambio.....	76
1. Libramiento.....	76
<i>a. Formas de libramiento</i>	76
* A la vista.....	76
* A cierto plazo desde la vista.....	76
* A cierto plazo desde la fecha.....	77
* A fecha fija.....	77
<i>b. Efectos del libramiento</i>	77
* Garantía de la aceptación.....	77
* Garantía del pago	78
2. Aceptación.....	78
<i>a. Concepto y caracteres</i>	78
*Concepto.....	78
*Caracteres.....	78
<i>b. Formalidades de la aceptación</i>	80
* Formalidades de acto de presentación.....	80
* Formalidades del acto de aceptación.....	80
<i>c. Monto de la aceptación</i>	81
<i>d. Efectos de la aceptación</i>	81
* El aceptante se convierte en el principal obligado por el pago de la letra	81
* Refuerza el crédito en la medida en que garantiza el pago	82
* Comienza a correr el plazo en las letras a cierto plazo desde la vista	82
<i>e. Efectos de la falta de aceptación</i>	82
* Se produce el vencimiento anticipado de la letra de cambio	82
* Debe formalizarse el protesto por la falta de aceptación	82
* Responsabiliza al girado si el librador le proveyó de fondos	82
3. Pago.....	82
<i>a. Presentación al pago</i>	82
<i>b. Efectos del pago</i>	83
* Extingue la obligación cambiaria	83
* No extingue la relación fundamental entre el librador y el girado	83
* El girado puede rescatar la letra	83
<i>c. Efectos de la falta de pago</i>	83
* El tenedor debe protestar por falta de pago	83
* El girado se hace responsable frente al librador	83
4. Protesto.....	84
<i>a. Concepto</i>	84
<i>b. Protestos relacionados con la aceptación</i>	84

* Protesto por falta de aceptación	84
* Protesto por aceptación parcial	84
* Protesto al girado que quiere aceptar pero no puede o no sabe firmar	84
* Protesto por aceptación condicional	84
* Protesto en caso de aceptación en que se incluye una modificación	84
* Protesto de letras a cierto plazo desde la vista, aceptadas sin indicar fecha	84
* Letras con obligación de presentar a la aceptación en un plazo determinado	85
* Letra con la mención «no aceptable».....	85
<i>c. Protestos relacionados con el pago</i>	85
* Protesto por falta de pago	85
* Protesto por pago parcial	85
<i>d. Formalidades</i>	85
* Presentación al escribano y acta de solicitud.....	85
* Protesto y acta de protesto.....	86
* Acta de protocolización.....	86
<i>e. Efectos</i>	86
* Efecto del protesto por falta de aceptación: vencimiento anticipado de la letra.....	86
* Efectos del protesto por falta de pago: formación del título ejecutivo.....	87
II. Vales.....	87
<i>A. Concepto</i>	87
<i>B. Enunciaciones del vale</i>	87
III. Cheques.....	88
<i>A. Cheque común</i>	88
1. Concepto.....	88
<i>a. El cheque como orden de pago de pago pura y simple</i>	89
<i>b. El cheque como orden librada contra un banco</i>	90
<i>c. La provisión de fondos y el giro en descubierto</i>	90
* Concepto de cuenta corriente bancaria.....	90
* Requisitos de la provisión de fondos.....	91
* Efectos de la inexistencia de provisión	91
2. Menciones del cheque.....	92
<i>a. Menciones impresas</i>	92
* Denominación.....	92
* Numeración.....	93
* Nombre del banco y domicilio.....	93
<i>b. Menciones que deben llenarse</i>	93
* Lugar de creación	93
* Fecha de creación.....	94

* Lugar de pago.....	94
* La expresión de si es a favor de persona determinada o al portador.....	94
* La orden incondicionada de pagar una suma determinada de dinero expresada en números y en letras.....	95
* Firma del librador.....	95
<i>c. Menciones facultativas.....</i>	<i>96</i>
* Cruzamiento.....	96
* Cheque para abono en cuenta.....	97
* Certificación: cheque certificado.....	98
<i>d. Cláusulas prohibidas.....</i>	<i>99</i>
* Intereses.....	99
* Plazo para el pago.....	99
* Exoneración de responsabilidad del librador.....	99
3. Causales de rechazo del cheque.....	99
<i>a. Causales de rechazo vinculadas a controles previos al pago.....</i>	<i>100</i>
* Control de la regularidad formal del cheque.....	100
* Control de la firma del librador y la cadena de endosos.....	100
* Control de la provisión de fondos.....	100
* Control de los plazos de presentación.....	100
* Control de la persona que se presenta al cobro.....	101
<i>b. Causales de rechazo vinculadas con avisos recibidos.....</i>	<i>101</i>
B. Cheque de pago diferido.....	101
1. Concepto.....	102
<i>a. Orden de pago.....</i>	<i>102</i>
<i>b. Cuenta corriente bancaria y provisión de fondos</i>	<i>102</i>
2. Diferencias con el cheque común.....	103
<i>a. Diferencias en cuanto a las enunciaciones y formalidades.....</i>	<i>103</i>
* Denominación: cheque de pago diferido.....	103
* La frase «Páguese desde el...».....	103
* Formalidades.....	104
<i>b. Diferencias en cuanto al régimen jurídico.....</i>	<i>104</i>
* Normas generales aplicables al cheque antes de la fecha estipulada.....	105
* Normas generales aplicables al cheque de pago diferido después de la fecha de presentación.....	105
<i>c. Normas especiales relativas al cheque de pago diferido.....</i>	<i>105</i>
* Presentación al cobro.....	106
* Fallecimiento e incapacidad sobreviniente del librador.....	106
CAPÍTULO QUINTO: ACCIONES Y EXCEPCIONES CAMBIARIAS.....	108
I. Acciones cambiarias.....	108

A. Concepto y clasificación de acciones.....	108
1. Concepto.....	108
2. Clasificación.....	108
<i>a. Acción cambiaria de cobro y de reembolso.....</i>	<i>108</i>
<i>b. Acción cambiaria directa y de regreso.....</i>	<i>108</i>
<i>c. Acción cambiaria ejecutiva y ordinaria.....</i>	<i>110</i>
* Acción cambiaria ejecutiva.....	110
* Acción cambiaria ordinaria.....	112
B. Cargas del portador del título valor para la conservación de las acciones cambiarias.....	114
1. Presentación de la letra de cambio a la aceptación y presentación al pago.....	114
<i>a. Razón de ser.....</i>	<i>114</i>
<i>b. Consecuencias del incumplimiento.....</i>	<i>114</i>
2. Título ejecutivo.....	114
<i>a. Letra de cambio.....</i>	<i>114</i>
<i>b. Vale.....</i>	<i>115</i>
* Consecuencias de la omisión de la intimación de pago.....	115
* Alcance del título ejecutivo.....	116
<i>c. Cheque.....</i>	<i>116</i>
* Contenido de la constancia.....	117
* Consecuencias de la omisión del banco en colocar la constancia.....	117
II. Excepciones o defensas.....	118
A. Excepciones cambiarias o materiales.....	118
1. Falsedad material.....	118
<i>a. Alcance de la excepción.....</i>	<i>118</i>
* La falsedad en la firma.....	119
* La falsedad en la declaración.....	119
* La antedatación o postdatación.....	119
<i>b. Diferencia entre la falsedad material y la alteración.....</i>	<i>120</i>
2. Pago.....	120
<i>a. Alcance de la excepción de pago.....</i>	<i>120</i>
<i>b. Prueba del pago.....</i>	<i>121</i>
3. Compensación.....	121
4. Prescripción.....	121
<i>a. Concepto y condiciones de ejercicio.....</i>	<i>121</i>
* Iniciativa de parte.....	122
* Oportunidad para oponer la prescripción.....	122
<i>b. Términos de prescripción.....</i>	<i>122</i>
* Letras de cambio.....	122

* Vales.....	122
* Cheques.....	123
c. <i>Interrupción de la prescripción</i>	123
* Particularidades del cheque.....	124
d. <i>Recomienzo del plazo de prescripción</i>	124
e. <i>Interversión de la prescripción</i>	124
* Concepto.....	125
* La interversión en la legislación cambiaria	125
* Interrupción del plazo intervertido	126
5. Caducidad.....	127
a. <i>Concepto</i>	127
b. <i>Diversos casos de caducidad</i>	127
* Letra de cambio.....	127
* Vales.....	128
* Cheques.....	128
* Caducidad de inscripciones registrales de embargo.....	128
6. Espera o quita.....	128
a. <i>Concepto y requisitos</i>	128
b. <i>Efectos del excepcionamiento</i>	129
7. Usura.....	129
B. Excepciones procesales.....	130
1. Inhabilidad de título.....	130
a. <i>Hipótesis de inhabilidad formal del título</i>	130
* Título que no contenga todas las enunciaciones exigidas por el DLTV	130
* Inhabilidades relacionadas con la fecha.....	131
* Inhabilidades relacionadas con el vencimiento.....	131
* Inhabilidades relacionadas con la prestación debida.....	131
* Inhabilidades relacionadas con la firma.....	132
* Títulos valores con condiciones.....	132
* Falta de designación del girado y diferencia con el girado supuesto.....	133
* Falta de protesto en la letra de cambio.....	133
* Falta de la intimación en el vale.....	133
* Vales en que no se incluye la cláusula de mora automática.....	134
* Vales en que no se incluye la tasa de interés moratorio.....	134
b. <i>Hipótesis de inhabilidad material del título</i>	134
1. Inhabilidad por vicios de la voluntad.....	134
2. Inhabilidad por ejecución de un título valor incompleto y por violación del pacto de completamiento.....	138
3. Inhabilidad por causar el título valor.....	140

2. Falta de legitimación activa o pasiva del ejecutante o del ejecutado.....	140
<i>a. Falta de legitimación activa.....</i>	<i>141</i>
<i>b. Falta de legitimación pasiva.....</i>	<i>141</i>
* Alcance de la legitimación pasiva.....	141
* Suscriptores que carecen de legitimación pasiva	142
3. Falta de representación.....	142
<i>a. Situación del endosantario en procuración o en garantía.....</i>	<i>142</i>
<i>b. Efectos de la admisión de la excepción de falta de representación.....</i>	<i>142</i>
4. Litispendencia e incompetencia	143
<i>a. Litispendencia.....</i>	<i>143</i>
<i>b. Incompetencia</i>	<i>143</i>
C. ¿Pueden oponerse otras excepciones?.....	144
1. Posición que considera que la enumeración es taxativa.....	144
2. Posición que considera que la enumeración es enunciativa.....	144
3. Nuestra opinión.....	145
<i>a. Posibilidad de ampliar el elenco de excepciones cambiarias.....</i>	<i>145</i>
<i>b. Necesidad de aplicar un criterio restrictivo</i>	<i>145</i>
CAPÍTULO SEXTO: ACCIONES EXTRACAMBIARIAS.....	145
I. Concepto y regulación.....	145
A. Concepto.....	145
B. Regulación.....	146
II. Especies reguladas en el Decreto Ley de Títulos Valores.....	146
A. Acción causal.....	146
1. Concepto.....	146
2. Diferencias entre la acción cambiaria y la acción causal.....	146
3. Condiciones para el ejercicio de la acción	147
<i>a. Incumplimiento</i>	<i>147</i>
<i>b. Restitución del título</i>	<i>147</i>
<i>c. Existencia de un título no perjudicado</i>	<i>147</i>
<i>d. Existencia de acción causal no prescrita</i>	<i>148</i>
B. Acción de enriquecimiento injusto.....	148
1. Concepto y naturaleza jurídica.....	148
<i>a. Concepto.....</i>	<i>148</i>
<i>b. Naturaleza jurídica.....</i>	<i>148</i>
2. Presupuestos para el ejercicio de la acción.....	149
<i>a. Pérdida de todas las acciones.....</i>	<i>149</i>
<i>b. Empobrecimiento de portador</i>	<i>149</i>

<i>c. Enriquecimiento del demandado</i>	149
3. Prescripción de la acción.....	149
C. Acción de cancelación	150
1. Concepto.....	150
2. Presupuestos de la acción.....	150
<i>a. Otorgamiento de fianza</i>	150
<i>b. Prueba de los hechos invocados</i>	150
<i>c. Prueba del derecho sobre la letra</i>	150
3. Procedimiento y efectos.....	151
<i>a. Procedimiento</i>	151
* Demanda	151
* Auto de cancelación	152
* Publicaciones y notificaciones	152
* Oposición	152
<i>b. Efectos del auto de cancelación o de la sentencia que pone fin al contradictorio</i>	152
* Cancelación del título	153
* Autorización de pago	153
* Duplicado	153

Segunda parte: Derecho concursal.....153

CAPÍTULO PRIMERO: CONSIDERACIONES GENERALES.....154

I. Principios generales del Derecho concursal nacional154

A. Principio de conservación de la empresa viable.....155

B. Principio de universalidad patrimonial.....156

 1. Alcance de la afectación patrimonial del concursado

 2. Limitación o suspensión de la legitimación para administrar y disponer de los bienes afectados por el concurso

C. Principio de colectividad de los acreedores157

 1. Actuación colectiva u orgánica

 2. Pluralidad de los acreedores

D. Principio de igualdad.....158

 1. Consagración legal.....

 2. Excepciones.....

a. Clasificación legal de los acreedores.....

b. Otorgamiento de ventajas para ciertos acreedores.....

c. Alteración del orden de pagos.....

E. Principio de preeminencia de las mayorías.....160

CAPÍTULO SEGUNDO: LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO.....	160
I. Competencia.....	160
A. Juez competente.....	160
1. Competencia en primera instancia.....	160
<i>a. Competencia de los Juzgados Letrados de Concursos.....</i>	<i>160</i>
<i>b. Competencia de los juzgados del interior de la República.....</i>	<i>161</i>
2. Competencia en segunda instancia.....	161
B. Fuero de atracción.....	162
1. Concepto.....	162
2. Alcance.....	162
C. Extensión de la competencia a las acciones sociales de responsabilidad.....	163
II. Legitimación para solicitar la declaración de concurso.....	163
A. Legitimación del deudor.....	163
1. Naturaleza de la solicitud.....	163
2. Plazo para la presentación.....	164
3. Representación.....	164
<i>a. Representación de las personas jurídicas.....</i>	<i>164</i>
<i>b. Representación por apoderado.....</i>	<i>164</i>
4. Documentación que debe acompañar la solicitud de concurso	164
<i>a. Memoria.....</i>	<i>165</i>
<i>b. Inventario.....</i>	<i>165</i>
<i>c. Relación de acreedores.....</i>	<i>165</i>
<i>d. Estados contables, memoria del órgano de administración e informes.....</i>	<i>165</i>
* Estados contables	166
* Informes de auditoría	166
<i>e. Testimonio de los estatutos.....</i>	<i>166</i>
<i>f. Testimonio de la resolución que aprueba la presentación.....</i>	<i>167</i>
B. Legitimación de acreedores.....	167
1. La existencia de un crédito impago como condición de la legitimación activa y presunción relativa de insolvencia.....	167
2. Ventajas para el acreedor instantáneo.....	167
C. Legitimación de administradores, liquidadores e integrantes del órgano de contralor interno.....	167
1. Administradores.....	167
2. Liquidadores.....	167
3. Integrantes del órgano de contralor interno.....	168
D. Legitimación de socios.....	168

E. Otros legitimados.....	168
1. Codeudores, fiadores o avalistas del deudor.....	168
2. Bolsas de valores e instituciones gremiales de empresarios.....	168
3. Herederos, legatarios y albaceas.....	169
F. Declaración de oficio.....	170
III. Presupuestos de la declaración de concurso.....	170
A. Presupuesto objetivo.....	170
1. Concepto económico de insolvencia.....	170
2. Concepto legal del estado de insolvencia	170
3. Irrelevancia de la existencia de pluralidad de acreedores.....	172
B. Presupuesto subjetivo.....	172
1. Personas jurídicas concursables	172
a. Deudor persona jurídica civil.....	172
b. Deudor persona jurídica comercial.....	172
c. Categorías excluidas.....	173
* Estado, entes autónomos, servicios descentralizados y gobiernos departamentales	173
* Entidades de intermediación financiera	174
* Personas públicas no estatales.....	174
* Sociedades y contratos de colaboración sin personería jurídica.....	174
2. Personas físicas concursables.....	175
a. Concepto de «actividad empresarial».....	175
* Actividad profesional	176
* Actividad económica	177
* Actividad organizada	178
* Finalidad de la actividad empresarial.....	180
c. Personas físicas excluidas.....	183
* Deudores excluidos por no realizar actividad profesional ni económica	183
* Deudores excluidos por no tener una finalidad productiva ni de intercambio de bienes o servicios	184
* Deudores excluidos por carecer de organización	185
IV. Efectos de la declaración del concurso.....	185
A. Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor.....	185
1. Cese o clausura de la actividad del deudor.....	185
a. Regla general	186
b. El cese o la clausura como excepción.....	189
2. Suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso.....	189

<i>a. Hipótesis de limitación y suspensión de la legitimación</i>	189
* Limitación de la legitimación.....	189
* Suspensión de la legitimación.....	190
<i>b. Alcance temporal de la limitación o suspensión de la legitimación</i>	190
* Momento a partir del cual opera la limitación o suspensión de las facultades del deudor.....	190
* Momento en que se restablecen las facultades del deudor.....	190
3. Efectos generales de la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso.....	191
<i>a. Consecuencia de la realización de actos respecto a los cuales la LC suspende las facultades del deudor</i>	191
* Actos de administración o disposición sobre la masa activa.....	191
* Cobranza de deudas.....	191
* Otros actos.....	192
<i>b. Sustitución procesal del deudor</i>	192
<i>c. Régimen de los órganos de la persona jurídica deudora en caso de suspensión de la legitimación para disponer y obligar la masa</i>	192
4. Efectos generales de la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar la masa del concurso.....	192
<i>a. Sometimiento al control del interventor</i>	192
* Concepto de «operaciones ordinarias del giro».....	192
* Actos que no se consideran operaciones ordinarias del giro	193
<i>b. Exigencia de autorización del interventor</i>	193
<i>c. Consecuencia de la ausencia de autorización</i>	194
* Ineficacia frente a la masa.....	194
* Nulidad.....	194
5. Régimen de los órganos de la persona jurídica deudora en caso de limitación de la legitimación para disponer y obligar la masa del concurso.....	196
<i>a. Órgano de administración</i>	196
<i>b. Reunión de socios o asambleas</i>	196
* Exigencia de autorización para la convocatoria	196
* Alcance de las facultades del interventor respecto a las asambleas y reuniones de socios.....	197
<i>c. Órgano de control interno</i>	197
B. Efectos de la declaración del concurso sobre los acreedores	197
1. Acreedores afectados por la declaración del concurso	197
2. Acreedores no afectados por la declaración del concurso.....	198
3. Moratoria provisional.....	199
<i>a. Prohibición de promover nuevos juicios</i>	199
<i>b. Continuidad de los procesos judiciales de conocimiento o arbitrales</i>	200
<i>c. Prohibición de nuevas ejecuciones y suspensión de las ejecuciones en curso</i>	200

* Prohibición de nuevas ejecuciones.....	200
* Suspensión de ejecuciones en curso.....	200
* Situación de los créditos prendarios e hipotecarios.....	200
* Situación de los créditos laborales.....	200
C. Efectos sobre los créditos.....	201
1. Conversión a moneda nacional.....	201
2. Reajuste de las obligaciones.....	201
3. Suspensión del devengamiento de los intereses.....	201
<i>a. Intereses.....</i>	<i>201</i>
<i>b. Fundamentos de la suspensión.....</i>	<i>201</i>
<i>c. Excepciones a la suspensión.....</i>	<i>202</i>
4. Prohibición de compensación.....	202
<i>a. La compensación.....</i>	<i>202</i>
<i>b. Excepción a la prohibición.....</i>	<i>202</i>
5. Suspensión del derecho de retención.....	203
<i>a. Alcance de la suspensión del derecho de retención.....</i>	<i>203</i>
<i>b. Derecho de retención conferido a algunos acreedores en la regulación de ciertos contratos.....</i>	<i>204</i>
* Contrataciones en las que se prevé un derecho de retención.....	204
* Compatibilidad con la LC.....	204
<i>c. Derecho de retención conferido por la Ley de responsabilidad laboral en los procesos de descentralización empresarial.....</i>	<i>206</i>
<i>d. Derecho de retención sobre sueldos.....</i>	<i>207</i>
6. Suspensión de la prescripción y caducidad.....	208
<i>a. Suspensión de plazos de prescripción y caducidad de acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración de concurso.....</i>	<i>208</i>
<i>b. Suspensión de plazos de prescripción y caducidad de acciones sociales de responsabilidad.....</i>	<i>208</i>
D. Efectos de los concursos sobre los contratos.....	211
1. Presupuestos de la relación contrato-concurso.....	211
<i>a. Contratos posteriores a la declaración de concurso.....</i>	<i>211</i>
<i>b. Contratos anteriores a la declaración de concurso.....</i>	<i>211</i>
2. Efectos sobre los contratos con obligaciones del concursado pendientes de ejecución.....	211
<i>a. Conceptos de rescisión y resolución.....</i>	<i>212</i>
<i>b. Mecanismo rescisorio previsto en el art. 68 de la LC.....</i>	<i>213</i>
<i>c. Rescisión de cesiones de créditos y contratos garantizados con derechos reales o fideicomisos en garantía.....</i>	<i>213</i>
3. Derechos reconocidos a la parte in bonis.....	215
<i>a. Derecho a exigir una manifestación del síndico o el deudor.....</i>	<i>215</i>

* Trámite.....	215
* Requisitos de procedencia.....	216
<i>b. Derecho a solicitar la rescisión judicial o el otorgamiento de garantías.....</i>	<i>216</i>
* Exigencia de garantías.....	216
* Acreditación del riesgo.....	217
<i>c. Derecho a indemnización.....</i>	<i>217</i>
4. Nulidad de los pactos de resolución anticipada fundados en la insolvencia o el concurso de la contraparte.....	217
5. Contratos de trabajo	218
<i>a. Continuidad de las relaciones laborales.....</i>	<i>218</i>
<i>b. Despidos.....</i>	<i>218</i>
<i>c. Obligaciones laborales del adquirente de la empresa.....</i>	<i>219</i>
* Sobre la expresión «venta en bloque de la empresa en funcionamiento».....	219
* Continuidad de las relaciones laborales en caso de venta de la empresa.....	221
6. Contratos del personal de alta dirección.....	223
<i>a. Concepto de personal de alta dirección.....</i>	<i>224</i>
* Directores.....	224
* Gerentes generales.....	224
* Personas con facultades de decisión.....	225
<i>b. Aplazamiento del pago.....</i>	<i>225</i>
CAPÍTULO TERCERO: SÍNDICOS, INTERVENTORES Y AUXILIARES.....	226
I. Nombramiento del síndico o del interventor.....	226
A. Aceptación.....	226
1. La aceptación como carga.....	226
2. No aceptación	226
3. Renuncia.....	227
B. Recusación.....	227
II. Naturaleza jurídica del síndico o del interventor.....	228
A. Teorías de la representación.....	228
1. Representación de los acreedores.....	229
2. Representación del deudor.....	230
3. Representación de múltiples partes.....	231
B. Teorías de la actuación por derecho propio	232
III. Estatuto jurídico	233
A. Requisitos para ser síndico o interventor.....	233
1. Condiciones subjetivas previstas en la LC para ser síndico o interventor en Montevideo.....	233

<i>a. Profesionalidad</i>	233
<i>b. Registración</i>	234
2. Condiciones subjetivas previstas en la LC para ser síndico o interventor en el interior de la República.....	235
3. Inexistencia de incompatibilidad o prohibición.....	235
B. Retribución	236
1. Caracteres generales de la retribución.....	236
<i>a. Prededucibilidad</i>	236
<i>b. Exclusividad</i>	236
2. Determinación y percepción de la retribución.....	236
<i>a. Retribución por la etapa de convenio</i>	236
* Retribución básica.....	236
* Circunstancias que aumentan o reducen la retribución.....	237
* Percepción de la retribución en la etapa de convenio.....	238
<i>b. Retribución por la etapa de liquidación</i>	238
* Determinación de la retribución por la etapa de liquidación.....	238
* Percepción de la retribución en la etapa de liquidación.....	239
* Retribución complementaria.....	239
<i>c. Recursos</i>	239
3. Modificación y pérdida de la retribución.....	239
<i>a. Modificación de la retribución</i>	239
<i>b. Pérdida de la retribución</i>	239
C. Rendición de cuentas	240
1. Rendición de cuentas del síndico.....	240
<i>a. Rendición de cuentas a solicitud de la comisión de acreedores</i>	241
<i>b. Rendición de cuentas al suspenderse o concluirse el proceso</i>	241
<i>c. Rendición de cuentas en caso de cese antes de la conclusión del concurso</i>	241
2. Rendición de cuentas del interventor.....	241
3. Aprobación de las cuentas.....	242
<i>a. Contenido y formalidades de la rendición de cuentas</i>	242
<i>b. Procedimiento de aprobación de las cuentas</i>	243
4. Sanción por rechazo de las cuentas.....	243
D. Responsabilidad	244
1. Estándar de conducta exigido a los síndicos e interventores.....	244
2. Prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa.....	245
<i>a. Ámbito objetivo de la prohibición</i>	245
<i>b. Ámbito subjetivo de la prohibición</i>	246
<i>c. Ámbito temporal de la prohibición</i>	246

<i>d. Sanción en caso de infracción</i>	246
3. La acción concursal de responsabilidad contra síndicos e interventores.....	246
<i>a. Legitimación</i>	246
* Legitimación pasiva.....	246
* Legitimación activa.....	247
<i>b. Elementos de la responsabilidad concursal de síndicos, interventores y auxiliares</i>	247
* Hecho ilícito.....	247
* Culpa.....	248
* Daño.....	248
* Nexo causal.....	248
<i>c. Particularidades del régimen previsto en el art. 35 de la LC</i>	249
* Procedimiento.....	249
* Prescripción.....	249
* Privilegio previsto para el accionante.....	249
4. Separación del cargo.....	250
<i>a. Justa causa</i>	250
<i>b. Recursos</i>	250
<i>c. Nuevo nombramiento</i>	250
IV. Auxiliares	251
<i>A. Función de los auxiliares</i>	251
<i>B. Procedimiento para obtener la autorización</i>	251
<i>C. Retribución de los auxiliares</i>	252
CAPÍTULO CUARTO: FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA	252
I. Concepto doctrinario de masa activa	253
<i>A. Masa activa de hecho y de Derecho</i>	253
<i>B. Precisión</i>	254
<i>C. Concepto legal de masa activa</i>	254
II. Composición de la masa activa de Derecho	255
<i>A. Bienes incluidos</i>	255
<i>B. Bienes excluidos</i>	255
<i>C. Bienes adquiridos por el cónyuge del deudor</i>	255
1. Presunción legal.....	255
<i>a. Fundamentación</i>	256
<i>b. Alcance de la presunción legal</i>	256
<i>c. Ámbito de aplicación de la presunción</i>	256

* Ámbito material.....	256
* Ámbito temporal.....	256
2. Condiciones para que opere la presunción.....	257
3. Excepción.....	257
IV. Inventario de la masa activa.....	258
A. Concepto de inventario.....	258
B. Función del inventario.....	258
C. Diligencia de inventario.....	258
1. Contenido del inventario.....	259
a. Bienes.....	260
b. Derechos.....	260
2. Relación entre el inventario y la masa activa	260
3. Valoración.....	260
a. Asesoramiento de expertos independientes	260
b. Condiciones de la valoración	261
V. Conservación y administración de la masa activa.....	261
A. Conservación de la masa activa.....	262
B. Administración de la masa activa.....	262
1. Limitaciones.....	262
2. Facultades extraordinarias.....	262
a. Administración de las cuentas bancarias del deudor.....	262
b. Rehabilitación de contratos que hubieran caducado o hubieran sido resueltos.....	263
CAPÍTULO QUINTO: FORMACIÓN DE LA MASA PASIVA.....	264
I. Verificación de los créditos.....	265
A. Comunicación a los acreedores.....	265
1. Condiciones de la comunicación.....	265
a. Plazo.....	265
b. Contenido.....	265
c. Destinatarios.....	265
2. Función de la comunicación.....	266
B. Solicitud de verificación de los créditos.....	266
1. Naturaleza jurídica y caracteres de la insinuación.....	266
a. La insinuación como acto necesario.....	267
b. La insinuación como opción.....	267
2. Condiciones de la insinuación.....	268
a. ¿A quién se dirige la presentación?.....	268

<i>b. Plazo de presentación</i>	268
3. Excepciones a la carga de verificar.....	269
<i>a. Créditos reconocidos por sentencias judiciales o laudos arbitrales, y créditos laborales</i>	269
<i>b. Créditos contra la masa</i>	269
<i>c. Acreedores reivindicantes</i>	270
4. Insinuación tardía u omisión en la insinuación.....	270
<i>a. Procedimiento de verificación tardía</i>	270
<i>b. Pérdida de los pagos ya realizados</i>	271
5. Consecuencias de la falta de verificación o de la insinuación tardía.....	271
<i>a. Imposibilidad de asistir a la junta de acreedores</i>	271
<i>b. Indiferencia de su crédito respecto del cómputo de las mayorías para obtener un convenio anticipado</i>	271
<i>c. Costos de la verificación</i>	272
C. Contenido de la insinuación	272
1. Indicación de la causa.....	272
<i>a. La indicación de la causa cuando el insinuante presenta un título valor de contenido dinerario</i>	272
* Posición que niega la carga de indicar la causa	273
* Posición que sustenta que la carga del insinuante se limita a la indicación de la causa de su crédito.....	274
* Posición que sustenta que el insinuante debe aportar prueba sobre la causa del crédito.....	275
<i>b. La indicación de la causa cuando el insinuante es portador mediato de un título librado por el concursado</i>	276
<i>c. Insinuación acompañada con cheques</i>	277
2. Indicación de la cuantía.....	277
3. Solicitud de calificación	278
4. Documentación acreditante de la existencia del crédito	278
5. Constitución de domicilio.....	278
II. Preparación de la lista de acreedores	278
A. Contenido	278
1. Nómina de los acreedores «que forman la masa pasiva».....	278
<i>a. Orden alfabético</i>	278
<i>b. Indicaciones</i>	278
* Causa.....	279
* Calificación.....	279
* Vencimiento.....	280
* Cuantía.....	280
2. Nómina de acreedores excluidos.....	280

<i>B. Puesta de manifiesto y comunicación</i>	281
III. Efectos de la aprobación judicial	281
<i>A. Alcance de la aprobación judicial</i>	281
<i>B. Consecuencias de la conformación de la masa pasiva</i>	282
1. Legitimación para participar en la junta de acreedores.....	282
2. Legitimación para adherir a la propuesta anticipada de convenio.....	282
3. Legitimación para participar del producido de la liquidación.....	282
<i>C. Recursos contra la sentencia que aprueba la lista de acreedores</i>	283
IV. Clases de créditos	283
<i>A. Créditos con privilegio especial</i>	283
<i>B. Créditos con privilegio general</i>	284
1. Alcance de la categoría «créditos con privilegio general».....	284
<i>a. Acreedores laborales</i>	285
<i>b. Créditos por tributos</i>	285
<i>c. Crédito del promotor del concurso</i>	285
<i>d. Crédito de acreedores que ejercitaren acciones en interés de la masa</i>	286
2. Consecuencias de esta categorización.....	286
<i>C. Créditos quirografarios</i>	286
<i>D. Créditos subordinados</i>	287
1. Alcance de la categoría «créditos subordinados».....	287
<i>a. Multas y sanciones pecuniarias</i>	288
* Costas.....	288
* Recargos por mora.....	288
<i>b. Créditos de personas especialmente relacionadas</i>	290
2. Consecuencias de esta categorización.....	292
<i>a. Privación del derecho de voto</i>	292
<i>b. Exclusión para el cálculo de las mayorías en convenios y acuerdos</i>	292
<i>c. Postergación en el cobro</i>	292
<i>d. Cancelación de las garantías</i>	292
<i>E. Créditos del Estado y de los entes públicos</i>	293
CAPÍTULO SEXTO: CONVENIOS Y ACUERDOS	293
I. Convenios	293
<i>A. Concepto</i>	293
<i>B. Características</i>	293
<i>C. Clases de convenios</i>	294

1. Convenio extrajudicial.....	294
<i>a. Requisitos.....</i>	294
<i>b. Oposición al convenio extrajudicial.....</i>	295
<i>c. Sentencia.....</i>	295
2. Convenio judicial.....	296
<i>a. Oportunidad.....</i>	296
<i>b. Forma.....</i>	297
<i>c. Documentos que deben acompañar la propuesta.....</i>	298
* Plan de continuación.....	298
* Plan de liquidación.....	299
* Testimonio de la resolución social que aprueba la propuesta.....	299
<i>c. Oposición a la aprobación del convenio.....</i>	299
* Legitimados a oponerse.....	299
* Causas de oposición y plazo de ejercicio.....	300
* Trámite de la oposición.....	301
* Sentencia.....	302
B. Contenido de los convenios.....	302
1. Análisis de las fórmulas de pago dispuestas en la LC.....	303
<i>a. Quitas y esperas.....</i>	303
<i>b. Cesión de bienes a los acreedores.....</i>	303
<i>c. Constitución de una sociedad con los acreedores quirografarios.....</i>	304
<i>d. Capitalización de pasivos.....</i>	304
<i>e. Creación de un fideicomiso.....</i>	304
<i>f. Reorganización de la sociedad.....</i>	305
<i>g. Administración de todo o parte de los bienes en interés de los acreedores.....</i>	306
<i>h. Contenido previsto en el n° 2 del art. 174.....</i>	306
<i>i. Cualquier otro contenido lícito y combinaciones.....</i>	306
2. Prohibiciones legales y aspectos prácticos.....	307
<i>a. Prohibición de propuestas condicionales.....</i>	307
<i>b. Prohibición de revocar la propuesta.....</i>	307
<i>c. Monto a pagar.....</i>	308
<i>d. Previsiones respecto al eventual incumplimiento.....</i>	308
<i>e. Cláusulas relacionadas con la ejecución de lo convenido.....</i>	309
C. Consideración y votación de las propuestas de convenio.....	309
1. Consideración de la propuesta de convenio.....	309
2. Votación de la propuesta de convenio.....	309
<i>a. Régimen general.....</i>	310
<i>b. Quita superior a la mitad de los créditos quirografarios o espera superior a diez años.....</i>	310

<i>c. Pago íntegro en un máximo de dos años o pago inmediato de créditos vencidos con una quita inferior al veinticinco por ciento</i>	310
<i>c. Propuestas de convenios con ventajas</i>	311
D. Obligatoriedad y efectos de los convenios	311
1. Obligatoriedad.....	311
2. Efectos.....	313
* <i>Extinción de los créditos comprometidos</i>	313
* <i>Subsistencia de las garantías personales</i>	313
* <i>Extinción de la suspensión o de la limitación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso</i>	313
* <i>Convocatoria a la asamblea de socios o accionistas</i>	313
E. Cumplimiento e incumplimiento del convenio	314
1. Cumplimiento.....	315
2. Incumplimiento.....	315
II. Acuerdos	315
A. Consideraciones preliminares	316
1. Concepto y naturaleza jurídica.....	316
2. Caracteres.....	317
3. Diferencias y semejanzas con los convenios.....	317
<i>a. Diferencias</i>	317
<i>b. Semejanzas</i>	318
B. Clases de acuerdos	319
C. Aspectos comunes a la forma puramente privada y judicial	319
1. Legitimación activa para proponer el acuerdo.....	319
2. Mayorías exigidas para la aprobación del acuerdo.....	320
<i>a. Régimen general</i>	320
<i>b. Mayoría exigida en caso que el acuerdo proponga ventajas en favor de determinados acreedores</i>	321
3. Régimen de cumplimiento e incumplimiento del acuerdo.....	322
D. Acuerdo puramente privado	322
1. Presupuestos para la instrumentación del acuerdo puramente privado.....	322
<i>a. Requisito de validez</i>	322
<i>b. Requisito de eficacia</i>	323
2. Obligatoriedad y efectos del acuerdo.....	323
<i>a. Posiciones doctrinarias sobre la obligatoriedad del acuerdo</i>	323
<i>b. Posiciones doctrinarias sobre los efectos del acuerdo</i>	324
3. Procedimiento.....	325
<i>a. Notificación a los acreedores no firmantes</i>	325

<i>b. Protocolización</i>	325
<i>c. Oposiciones</i>	325
* Sujetos legitimados.....	325
* Plazo para plantear la oposición.....	326
<i>d. Causales de oposición</i>	326
* Contenido contrario a la Ley.....	326
* Inviabilidad objetiva del acuerdo.....	327
* Ocultación o exageración fraudulenta del activo o del pasivo.....	327
<i>E. Acuerdo sometido a homologación judicial</i>	328
1. Procedimiento.....	328
<i>a. Solicitud de homologación y auto de admisión</i>	329
<i>b. Efectos del auto de admisión</i>	330
<i>c. Oposición a la aprobación del acuerdo</i>	330
<i>d. Trámite de la oposición y homologación del acuerdo</i>	330
2. Efectos del acuerdo homologado y efectos del rechazo del acuerdo.....	331
<i>a. Efectos del acuerdo homologado</i>	331
<i>b. Efectos del rechazo del acuerdo</i>	332
CAPÍTULO SÉPTIMO: JUNTA DE ACREEDORES	332
I. Constitución de la junta de acreedores	332
<i>A. Lugar y fecha de celebración</i>	332
1. Lugar.....	332
2. Fecha y hora.....	332
<i>B. Quórum</i>	333
1. Hipótesis de inasistencia de acreedores a la junta.....	333
2. Hipótesis de concurrencia de un único acreedor.....	334
3. Hipótesis de asistencia de acreedores que no alcancen las mayorías requeridas para la adopción de resoluciones.....	334
<i>C. Presidencia y secretaría de la junta</i>	335
1. El juez como presidente de la junta.....	335
2. El actuario como secretario de la junta.....	335
<i>D. Lista de asistentes</i>	335
1. Función de la lista.....	335
2. Formación de la lista.....	336
3. Contenido de la lista.....	336
<i>a. Síndico o interventor</i>	336
<i>b. Deudor</i>	336
* Asistencia del concursado persona física.....	336

* Asistencia de administradores o liquidadores por la persona jurídica concursada.....	337
* Consecuencias de la inasistencia.....	337
<i>c. Acreedores.....</i>	337
* Legitimación para asistir.....	337
* Representación voluntaria.....	337
* Representación legal.....	338
<i>d. Asistentes autorizados judicialmente.....</i>	339
II. Prórroga, postergación o suspensión de la junta.....	339
<i>A. Prórroga por solicitud del deudor.....</i>	<i>339</i>
<i>B. Prórroga por imposibilidad de agotar el orden del día.....</i>	<i>340</i>
1. Alternativas ante la imposibilidad de agotar el orden del día.....	340
2. Resolución judicial.....	341
3. Extensión de la prórroga.....	341
<i>C. Postergación de la junta por resolución judicial.....</i>	<i>341</i>
<i>D. Suspensión de la junta.....</i>	<i>342</i>
III. Funcionamiento de la junta.....	343
<i>A. Orden del día.....</i>	<i>343</i>
1. Competencias de la junta previstas en el art. 122.....	343
<i>a. Consideración del informe del síndico o del interventor.....</i>	<i>343</i>
* Memoria explicativa de la historia económica y jurídica del deudor.....	343
* Estado de la contabilidad del deudor.....	344
* Memoria de la tramitación del concurso de acreedores.....	345
* Relación de los bienes y derechos que deban ser objeto de reintegración.....	345
* Forma más conveniente de proceder a la liquidación de la masa activa.....	345
* Tasación a valor de liquidación de la empresa en partes.....	345
* Valoración de la masa activa.....	346
<i>b. Consideración de la propuesta de convenio.....</i>	<i>346</i>
<i>c. Nombramiento de la comisión de acreedores.....</i>	<i>346</i>
2. Otras cuestiones que se pueden tratar en la junta.....	346
<i>a. Cese o clausura de la actividad.....</i>	<i>346</i>
<i>b. Denuncia de infracciones en la constitución o en la celebración de la junta.....</i>	<i>347</i>
<i>c. Solicitud de liquidación de la masa activa.....</i>	<i>347</i>
<i>B. Adopción de resoluciones.....</i>	<i>347</i>
1. Mayorías.....	347
<i>a. Acreedores que deben ser considerados para el cómputo.....</i>	<i>347</i>
<i>b. Mayoría necesaria para la adopción de resoluciones.....</i>	<i>347</i>

2. Votación	348
3. Impugnación y recursos.....	348
CAPÍTULO OCTAVO: COMISIÓN DE ACREEDORES.....	349
I. Constitución de la comisión de acreedores.....	349
<i>A. Oportunidad.....</i>	<i>349</i>
<i>B. Integración de la comisión</i>	<i>350</i>
<i>C. Elección de los miembros de la comisión de acreedores.....</i>	<i>350</i>
<i>D. Aceptación.....</i>	<i>350</i>
II. Funcionamiento de la comisión de acreedores.....	351
III. Estatuto de los miembros de la comisión.....	351
<i>A. Carácter gratuito del cargo.....</i>	<i>351</i>
<i>B. Separación de los miembros de la comisión de acreedores.....</i>	<i>352</i>
CAPÍTULO NOVENO: CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.....	352
I. El incidente de calificación.....	353
<i>A. Apertura del incidente de calificación.....</i>	<i>353</i>
1. Casos en que procede la apertura del incidente.....	353
2. Casos en que no procede la apertura del incidente.....	354
<i>a. Concurso voluntario.....</i>	<i>354</i>
<i>b. Aprobación de un convenio no gravoso o liquidación de una masa solvente.....</i>	<i>354</i>
<i>B. Comparecencia de los interesados.....</i>	<i>354</i>
1. Plazo.....	354
<i>a. Cómputo del plazo.....</i>	<i>354</i>
<i>b. La publicación.....</i>	<i>355</i>
2. Legitimación activa.....	355
<i>C. Informe del síndico o del interventor.....</i>	<i>355</i>
1. Plazo.....	356
2. Requisitos y contenido del informe.....	356
<i>a. Identificación de las personas afectadas por la calificación.....</i>	<i>356</i>
<i>b. Exposición de los hechos relevantes para la calificación.....</i>	<i>357</i>
<i>c. Prueba de los hechos invocados.....</i>	<i>357</i>
<i>d. Propuesta de resolución.....</i>	<i>357</i>
<i>D. Dictamen del Ministerio Público.....</i>	<i>358</i>
1. Plazo.....	358
2. Consecuencias de la omisión del Ministerio Público.....	359
II. La calificación culpable.....	359

A. Regla general.....	359
1. Producción o agravación de la insolvencia.....	359
2. Imputación al deudor o a los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada.....	360
3. Imputación en grado de dolo o culpa grave.....	362
B. Presunciones absolutas de culpabilidad	362
1. Naturaleza de los supuestos previstos en el art. 193.....	362
2. Análisis de los presupuestos de culpabilidad	364
<i>a. Alzamiento del deudor y salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor.....</i>	<i>364</i>
* Alzamiento.....	364
* Salida fraudulenta de bienes o derechos.....	365
<i>b. Incumplimiento o falsedad en la teneduría de libros.....</i>	<i>365</i>
<i>c. Otras presunciones absolutas.....</i>	<i>367</i>
C. Presunciones relativas de culpabilidad	368
1. Alcance de las presunciones relativas.....	368
2. Análisis particular de las presunciones.....	369
<i>a. Incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso.....</i>	<i>369</i>
* Sujeto pasivo del deber de solicitar la declaración de concurso.....	369
* La solicitud de concurso como carga de los administradores sociales.....	370
* Oportunidad para solicitar la declaración de concurso.....	371
* Incumplimiento del deber de solicitar el concurso y nexo causal con la generación o agravamiento de la insolvencia.....	371
<i>b. Incumplimiento del deber de cooperación.....</i>	<i>372</i>
<i>c. Incumplimiento de la obligación de preparar los estados contables.....</i>	<i>372</i>
D. Calificación del concurso en caso de incumplimiento del convenio).....	372
1. El incumplimiento del convenio como supuesto de culpabilidad del concurso.....	372
2. Imprevisión respecto al acuerdo privado de reorganización.....	373
III. Sentencia de calificación.....	374
A. Contenido de la sentencia que declara la culpabilidad.....	374
1. Declaración de culpabilidad.....	374
2. Determinación de las personas afectadas y sus cómplices.....	375
<i>a. Administradores de derecho.....</i>	<i>375</i>
<i>b. Administradores de hecho.....</i>	<i>376</i>
* Concepto.....	377
* Elementos configurativos de la administración de hecho.....	378
<i>c. Liquidadores.....</i>	<i>381</i>
* La liquidación.....	382
* El liquidador de derecho.....	382

* El liquidador de hecho.....	382
<i>d. Integrantes del órgano de control interno.....</i>	382
<i>e. Cómplices.....</i>	383
3. Inhabilitación.....	383
<i>a. Alcance objetivo.....</i>	383
<i>b. Alcance temporal.....</i>	384
<i>c. Alcance subjetivo.....</i>	384
4. Pérdida de créditos de los cómplices y condena a reintegrar bienes y derechos e indemnización de los daños y perjuicios causados.....	384
<i>a. Condena a la pérdida de derechos que tuvieron los cómplices.....</i>	384
<i>b. Condena a reintegrar bienes y derechos.....</i>	385
<i>c. Condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.....</i>	385
5. Responsabilidad de los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control, por el déficit concursal.....	386
<i>a. Cobertura del déficit patrimonial en caso de liquidación.....</i>	386
<i>b. Cobertura del déficit patrimonial en caso de convenio.....</i>	388
* Hipótesis en que se hubiera acordado una quita.....	388
* Hipótesis en que se hubiera acordado una espera.....	388
CAPÍTULO DÉCIMO: LIQUIDACIÓN CONCURSAL.....	388
I. Decreto de apertura de la liquidación.....	390
II. Legitimación para solicitar la liquidación.....	390
<i>A. Liquidación a solicitud del deudor.....</i>	<i>390</i>
<i>B. Liquidación a solicitud de los acreedores.....</i>	<i>391</i>
<i>C. Liquidación de oficio.....</i>	<i>392</i>
III. Resolución de liquidación de la masa activa.....	393
<i>A. Contenido de la resolución de liquidación.....</i>	<i>393</i>
1. Suspensión de la legitimación del deudor y nombramiento del interventor como síndico.....	393
2. Fijación de la fecha de licitación para la venta en bloque.....	394
3. Declaración de disolución y cese de administradores.....	394
4. Formación del incidente de calificación.....	394
<i>B. Trámite inmediato a la resolución.....</i>	<i>394</i>
1. Inscripción.....	394
2. Publicación.....	395
IV. Efectos de la apertura de la liquidación.....	395
<i>A. Vencimiento anticipado de los créditos.....</i>	<i>395</i>
<i>B. Rescisión anticipada de los contratos con obligaciones pendientes de ejecución.....</i>	<i>395</i>

1. ¿Resolución o rescisión?.....	396
2. Contratos susceptibles de ser rescindidos.....	396
<i>a. Contratos laborales</i>	396
<i>b. Cesiones de créditos o derechos y contratos garantizados con derechos reales o fideicomisos en garantía</i>	396
3. Legitimación activa.....	397
4. Mecanismo rescisorio.....	397
5. Oportunidad.....	398
6. Indemnización.....	398
V. Formas de liquidación de la masa activa.....	398
<i>A. Venta en bloque de la empresa</i>.....	398
1. Significado atribuido a la expresión «venta de la empresa».....	398
<i>a. Doctrina que considera que la venta de la empresa implica la «enajenación» de autorizaciones y relaciones jurídicas</i>	398
<i>b. Nuestra interpretación</i>	399
2. Sobre la continuidad o no, de las relaciones laborales	401
3. La subasta.....	402
<i>a. La licitación</i>	402
<i>b. Las ofertas</i>	403
<i>c. Oferta realizada por los trabajadores</i>	403
4. La adjudicación.....	403
<i>a. La adjudicación como título hábil para transmitir la propiedad</i>	403
<i>b. Sobre las condiciones establecidas en el art. 177</i>	404
<i>B. Liquidación por partes de la masa activa</i>.....	406
1. Presentación de un proyecto actualizado de liquidación.....	406
<i>a. Condiciones de presentación y contenido del proyecto</i>	407
<i>b. Función y facultades de la comisión de acreedores</i>	407
<i>c. Facultades del juez</i>	408
2. Reglas supletorias.....	409
<i>a. Regla n° 1: enajenación de las diversas unidades productivas como un todo</i>	409
* Concepto de «unidad productiva».....	409
* Excepción a la primera regla.....	410
<i>b. Regla n° 2: otorgamiento del uso a una cooperativa de trabajadores</i>	411
<i>c. Regla n° 3: liquidación de los bienes inmuebles, muebles y derechos de propiedad intelectual e industrial según el régimen de la vía de apremio</i>	413
* Tasación.....	413
* Remate.....	414
* Escrituración.....	414
* Eventualidad de que no haya postores.....	415

<i>d. Regla n° 4: negociación en los mercados formales de los valores que tengan oferta pública</i>	415
3. Régimen de liquidación por partes en el caso de que no se haya constituido la comisión de acreedores.....	415
C. Liquidación anticipada	417
1. Legitimación.....	417
2. Trámite.....	417
VI. Pago a los acreedores	417
A. Pago a los acreedores con privilegio especial	418
1. Privilegio especial.....	418
2. Pago a los acreedores privilegiados.....	419
3. Distribución del producido en el caso de venta en bloque de la empresa.....	420
B. Pago a los restantes acreedores	420
1. Orden de pago a los acreedores con privilegio general.....	420
2. Pago a los acreedores quirografarios.....	422
<i>a. Pago a prorrata</i>	422
<i>b. Pago anticipado</i>	422
3. Pago a los acreedores subordinados.....	422
CAPÍTULO UNDÉCIMO: PEQUEÑOS CONCURSOS	423
I. Concepto de pequeño concurso	424
A. Interpretación restrictiva	425
B. Interpretación amplia	425
C. Límite cuantitativo	425
II. Régimen aplicable a los pequeños concursos	426
A. Insinuación de créditos	426
B. Actuación del síndico o del interventor	427
1. Condiciones subjetivas.....	427
2. Rescisión de contratos con obligaciones pendientes de ejecución.....	427
3. Presentación del inventario y la lista de acreedores.....	427
4. Comunicaciones.....	427
5. Informes.....	428
C. Junta de acreedores	428
1. Plazo.....	428
2. Convocatoria.....	428
3. Contenido.....	429
D. Propuesta de convenio	429

CAPÍTULO DUODÉCIMO: ABANDONO DE LA EMPRESA.....	430
I. Naturaleza jurídica de las medidas previstas para el caso de abandono de la empresa.....	432
II. Solicitud de designación como depositario y asignación del uso precario de los bienes que integran el establecimiento comercial.....	432
<i>A. Oportunidad para presentar la solicitud.....</i>	<i>432</i>
<i>B. Juez competente.....</i>	<i>433</i>
<i>C. Presupuestos de la solicitud.....</i>	<i>434</i>
1. Abandono de la empresa.....	434
2. Riesgo de que los créditos laborales privilegiados no puedan ser satisfechos en su totalidad.....	435
3. Pasivo compuesto exclusivamente por acreedores laborales.....	436
4. Omisión del deudor en cuanto a solicitar su propio concurso.....	436
5. Existencia de una cooperativa de trabajadores u otra modalidad empresarial que estos determinen	437
<i>a. Cooperativa de trabajadores o de trabajo.....</i>	<i>437</i>
<i>b. Alcance de la expresión «modalidad empresarial».....</i>	<i>437</i>
<i>c. Integración de la entidad constituida.....</i>	<i>438</i>
* Integración requerida para asignar el uso precario.....	438
* Integración requerida para la cesión definitiva.....	438
<i>D. Requisitos formales de la solicitud.....</i>	<i>439</i>
1. Remisión a los arts. 117 y 118 del CGP.....	439
2. Requisitos previstos en el art. 7 de la LC.....	439
<i>a. Memoria.....</i>	<i>439</i>
<i>b. Inventario.....</i>	<i>440</i>
<i>c. Relación de acreedores.....</i>	<i>441</i>
<i>d. Estados contables.....</i>	<i>441</i>
<i>e. Testimonio de estatutos.....</i>	<i>441</i>
<i>f. Testimonio de resolución.....</i>	<i>441</i>
III. Naturaleza y trámite de la solicitud.....	441
<i>A. Naturaleza de la solicitud.....</i>	<i>442</i>
<i>B. Trámite previsto en la LC.....</i>	<i>442</i>
1. Vista al síndico.....	442
2. Decreto que admite la solicitud.....	442
<i>a. Designación de depositario de los «bienes de la empresa»</i>	<i>442</i>
<i>b. Cesión del uso precario.....</i>	<i>442</i>
* Régimen del derecho de uso.....	443
* Provisionalidad de la medida.....	443

* Precariedad del uso.....	444
<i>c. Compensación de créditos.....</i>	444
C. Llamado a acreedores y notificación al deudor.....	444
1. Llamado a acreedores.....	444
2. Plazos.....	445
3. Actitudes posibles de otros acreedores y del deudor	445
<i>a. Hipótesis en que no se presentan otros acreedores ni existe oposición del deudor</i>	446
* Conversión de la cesión precaria en definitiva.....	446
* Responsabilidad de la entidad cesionaria.....	447
<i>b. Hipótesis en que comparezcan otros acreedores.....</i>	447
<i>c. Hipótesis en que se opone el deudor.....</i>	447
CAPÍTULO DECIMOTERCERO: RÉGIMEN CONCURSAL INTERNACIONAL.....	448
I. Modelos normativos.....	448
A. Modelo territorial.....	448
1. Descripción del modelo.....	448
2. Fundamentación del modelo.....	449
3. Moderación del modelo.....	450
B. Modelo extraterritorial.....	450
1. Descripción del modelo.....	450
2. Fundamentación del modelo.....	451
C. Estado actual de la cuestión.....	452
II. Competencia internacional para la declaración del concurso.....	452
A. Domicilio y centro efectivo de actividad: ¿puntos de conexión alternativos?	453
1. Concepto de domicilio.....	454
2. El centro efectivo de actividad como punto de conexión.....	455
<i>a. Significado.....</i>	455
<i>b. Fuente.....</i>	455
<i>c. Valoración crítica.....</i>	456
B. Criterio subsidiario.....	456
III. Eficacia extraterritorial de la declaración de concurso.....	457
IV. Ley aplicable al concurso.....	458
V. Principio de trato nacional.....	458
VI. Requisitos enumerados por el art. 243 de la LC para el reconocimiento de la sentencia extranjera que declara el concurso o la quiebra.....	458
A. Requisitos exigidos para el reconocimiento de la sentencia extranjera.....	458

1. Formalidades externas de la sentencia.....	458
2. Legalización.....	458
3. Traducción.....	459
4. Comprobantes	459
<i>B. Salvaguarda del debido proceso.....</i>	459
<i>C. Sentencia de reconocimiento.....</i>	460
VII. Eficacia extraterritorial de la sentencia extranjera.....	460
VIII. Declaración de concurso en el país.....	460
<i>A. Extraterritorialidad limitada.....</i>	460
<i>B. La declaración de concurso en el extranjero como presunción absoluta de insolvencia</i>	461
<i>C. Legitimación activa y carácter necesario del concurso.....</i>	461
IX. Pluralidad de concursos.....	462
<i>A. Deber de coordinación.....</i>	462
<i>B. Paridad de los dividendos.....</i>	462
<i>BIBLIOGRAFÍA.....</i>	463

Abreviaturas

AC	Aranzadi Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense y del Notariado
ADC	Anuario de Derecho Civil (España)
ADCo	Anuario de Derecho Concursal
ADCom	Anuario de Derecho Comercial
ADCU	Anuario de Derecho Civil
AIN	Auditoría Interna de la Nación
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
BCE	Boletín del Círculo de Empresarios
BCU	Banco Central del Uruguay
BJN	Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial
BPS	Banco de Previsión Social
BSE	Banco de Seguros del Estado
CC	Código Civil uruguayo
CCE	Código Civil español
CCA	Código Civil argentino
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución española
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CEJ	Base de Consulta de Expedientes Judiciales
CGP	Código General del Proceso
COPAB	Corporación de Protección del Ahorro Bancario
CP	Código Penal español
CPU	Código Penal uruguayo
CT	Código Tributario uruguayo
DGI	Dirección General Impositiva
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DL	Decreto Ley
DLCh	Decreto Ley 14.412/1975, de 8 de agosto, de Cheques
DLIF	Decreto Ley 15.322/1982, de 17 de setiembre, de Intermediación Financiera
DLPE	Decreto Ley 14.433/1975, de Promesa de Enajenación de Establecimientos Comerciales
DLTV	Decreto Ley 14701/1977, de 8 de agosto, de Títulos Valores
DN	Derecho de los Negocios
EDERSA	Editoriales de Derecho Reunidas

FCU	Fundación de Cultura Universitaria
JM	Juzgado en lo Mercantil
IJ	Información Jurídica
JL	Juzgado Letrado de Primera Instancia
JLC	Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos
LCA	Ley 24.522/1995, de 20 de julio, de Concursos y Quiebras
LCE	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (España)
LCF	Ley 67-563, de 13 de julio de 1967, <i>Sur le Règlement Judiciaire, la Liquidation de Biens, la Faillite Personnelle et les Banqueroutes</i>
LCP	Decreto Ley 53/2004, de 18 de marzo, Código da Insolvência e Recuperação de Empresas
LC	Ley 18.387/2008, de 23 de octubre, de Declaración del Concurso y Reorganización Empresarial
LEE	Ley 2904/1904, de Enajenación de Establecimientos Comerciales
LF	Real Decreto 267/1942, de 16 de marzo, Legge Fallimentare (Italia)
LJU	La Justicia Uruguaya
LL	La Ley
LMV	Ley 18.627/2009, de 25 de noviembre, de Mercado de Valores
LOT	Ley 15.750, de 24 de junio de 1985, Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales
LSA	Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564, de 22 diciembre de 1989 (España)
LSC	Ley 16.060/1989, de 4 de septiembre, de Sociedades Comerciales
LSCA	Ley 19.550/1972, de 3 de abril, de Sociedades Comerciales (Argentina)
LSCE	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, Ley de Sociedades de Capital (España)
MP	Ministerio Público
PALC	Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995.
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación
RDAD	Real Decreto 1382/1985, de 1º de agosto, que regula la relación laboral del personal de alta dirección
RDC	Revista de Derecho Comercial
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCO	Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDE	Revista de Derecho y Empresa
RDL	Real Decreto Legislativo
RDM	Revista de Derecho Mercantil

RDP	Revista de Derecho Privado
RDPC	Revista de Derecho Privado y Comunitario
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
REJE	Revista de estudios jurídicos y de empresa
RivDirComm	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto General delle Obligazioni
RivPen	Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza
RJA	Revista Jurisprudencia Argentina
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RJud	Revista Judicatura
RNC	Registro Nacional de Comercio
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique
SCJ	Suprema Corte de Justicia
SJL	Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia
SJLC	Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos
SJN	Sistema de Jurisprudencia Nacional
SSCJ	Sentencia de la Suprema Corte de Justicia
SSJLL	Sentencias de los Juzgados Letrados de Primera Instancia
SSJLC	Sentencias del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos
STAC	Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil
TAC	Tribunal de Apelaciones en lo Civil
TCA	Tribunal de lo Contencioso Administrativo
TOL	Tirant On Line
UI	Unidad indexada
UTET	Unione Tipografica Editrice Torinese

PRIMERA PARTE: TÍTULOS VALORES

CAPÍTULO PRIMERO: REGULACIÓN, CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES

Por Nuri E. RODRÍGUEZ OLIVERA,
Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ y Virginia S. BADO CARDOZO

I. Régimen aplicable a los títulos valores

A. Normas de Derecho interno

El régimen de Derecho interno para los títulos valores básicamente se compone de dos decretos leyes: el Decreto Ley 14.412/1974, de 29 de julio, de Cheques (DLCh) y Decreto Ley 14.701/1977, de 12 de setiembre, de Títulos Valores (DLTV).

El DLCh contiene un estatuto sobre el cheque acogiendo ciertas modalidades reconocidas en el Derecho comparado y consagrando legislativamente ciertas prácticas en uso en nuestra plaza¹. También incorporan nuevas figuras penales que se suman al libramiento de cheques sin fondos (art. 58, lit. C).

El DLCh contiene una remisión a la disciplina general de las letras para lo no previsto especialmente. A su vez, el art. 126 del DLTV se refiere a los cheques y se remite al DLCh que los regula, sin perjuicio de disponer la aplicabilidad de las disposiciones generales y de las especiales relativas a la letra de cambio en lo pertinente y en lo que no se le oponga.

Todas las normas existentes en materia de títulos valores (excepto cheques) quedaron derogadas a partir del 1 de noviembre de 1977, con la sanción del DLTV (art. 128). Esto es, quedaron expresamente derogados el art. 197, § 2, y los arts. 788 a 934 inclusive del Código de Comercio (CCom). También, fueron expresamente derogados el art. 941, § 2, el art. 968 y el art. 1000 del CCom.

La derogación no alcanza a ciertas normas del CCom que permanecen vigentes y que regulan documentos que ya tendremos oportunidad de referir como la factura, la carta de porte, el conocimiento marítimo y la póliza del préstamo a la gruesa.

El DLTV ha sido modificado por el Decreto Ley 15.226 y las leyes 15.631, 16.096, 16.750 y 16.788. Posteriormente se han dictado normas que indirectamente inciden y hasta modifican la disciplina sobre los títulos valores. El art. 353 del CGP incluye entre los títulos ejecutivos al cheque bancario, a la letra de cambio y a los vales, pagarés y conformes, haciendo remisión a lo dispuesto en las leyes respectivas. También, incluye las facturas de venta de mercaderías suscritas por el obligado o por su representante, en tanto la firma se encuentre reconocida o haya sido dada por reconocida o que hayan sido certificadas por escribano público.

B. Normas de Derecho internacional privado

Aparte de las normas de Derecho interno, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940 en el título VI contiene normas para regular los conflictos de leyes en materia de letra de cambio, vales y cheques a la orden y para títulos y papeles al portador. Fundamentalmente el tratado establece la Ley aplicable y la competencia judicial competente para resolver las cuestiones que se plantean.

Luego, existen dos Convenciones Interamericanas sobre títulos valores, ambas celebradas en Panamá en 1975: la de Conflicto de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (el art. 10 se refiere a facturas negociables) y la de Conflictos de Leyes en Materia de Cheques.

Sobre otros títulos valores, como las acciones y debentures, no hay previsiones de

¹ Tal es el caso del cheque de pago diferido con el cual se procura dar satisfacción a los comerciantes que reclamaban un documento de crédito con respaldo penal.

Derecho internacional pero puede considerarse aplicable el Tratado de Montevideo de 1940 por lo dispuesto en los arts. 32 y 36, que se refieren a los *demás papeles a la orden y a los papeles al portador*, sin hacer distinciones.

Los créditos documentarios o cartas de crédito y los títulos representativos de mercaderías, tal es el caso de los conocimientos marítimos y aéreos, son objeto de regulación convencional. La uniformización se logra por esa vía y es la regla la utilización de contratos tipos.

Hecha esta reseña preliminar, advertimos que, no obstante las remisiones indispensables a la normativa vigente, en este trabajo nos hemos de dedicar principalmente al análisis del Decreto Ley 14.701 sobre títulos valores y sus leyes modificativas.

C. Estructura y alcance del Decreto Ley 14.701

La norma se divide en tres títulos: un título general que se aplica a todos los títulos valores, un título particular que regula las distintas especies de títulos valores y un título final que establece la vigencia, las derogaciones y las disposiciones generales.

1. Organización general

El primer título se divide en cuatro capítulos. El primer capítulo está dedicado a las siguientes consideraciones generales: concepto y caracteres del título valor, el aval, la representación para obligarse y los efectos de la creación y transmisión del título valor. Los capítulos segundo, tercero y cuarto, respectivamente, tratan sobre los denominados *títulos nominativos, títulos a la orden y títulos al portador*.

El segundo título se divide en tres capítulos, cada uno de los cuales se dedica a regular un título valor de contenido dinerario. El primero regula a las letras de cambio, el segundo al vale y el tercero al cheque.

La letra de cambio es el título valor elegido por el legislador para servir de base a la regulación de los demás. De acuerdo a lo establecido en los arts. 125 y 126 del DLTV, a los vales y a los cheques se les aplican las normas particulares de la letra de cambio en lo que sea pertinente y en subsidio de lo dispuesto en el capítulo 2 y DLCh, sobre vales y cheques, respectivamente.

El art. 125 dispone: *«En lo no expresamente previsto, son aplicables a los vales, pagarés y conformes, en lo pertinente, las disposiciones generales de la presente Ley y las especiales relativas a la letra de cambio.»*

El art. 126 establece: *«Son aplicables a los cheques las disposiciones generales de esta ley y las especiales relativas a la letra de cambio, en cuanto sea pertinente y en lo que no se oponga a las previsiones de la Ley 14.412 de 8 de agosto de 1975.»*

2. Alcance de la regulación legal de los títulos valores

En cuanto sólo disciplina especialmente tres títulos valores, el legislador crea la primera duda interpretativa: si consideró o no la existencia de otras clases de títulos, comprendidos en la parte general del DLTV.

Sobre el punto se han sostenido dos interpretaciones.

Podría entenderse que no existen más títulos valores que los especificados en el propio DLTV. Los argumentos son los siguientes:

a. En primer lugar, el título segundo, denominado *«De las distintas especies de títulos valores»*, sólo se refiere a los vales, conformes y pagarés, las letras de cambio y los cheques.

b. En segundo lugar, varias de las normas contenidas en el título primero, no obstante

su generalidad, no resultan aplicables a todos los documentos que la doctrina califica como títulos valores. Es el caso del art. 5 referente al importe del título; del art. 6 sobre el pago y es el caso de las normas sobre el aval que no tienen aplicación, sino para los títulos valores que contienen una obligación dineraria.

Por otra parte, puede interpretarse que el legislador estableció una disciplina general para todos los títulos valores y luego reglamentó tres categorías. Las normas generales serían aplicables a otros títulos valores no regulados específicamente en tanto queden comprendidos en la definición de título valor dada por el art. 1 del DLTV. Esta posición se basa en los siguientes argumentos:

a. La denominación utilizada por la Ley «*títulos valores*» fue tomada de la doctrina germánica, en remplazo de la expresión latina *títulos de crédito* con la intención de que su régimen abarcara otros documentos y no sólo los de contenido dinerario.

b. El art. 3 del DLTV introduciría otros títulos desde que realiza una referencia genérica a cualquier Ley dictada o que se dicte en el futuro. Obsérvese que el art. 3 establece que los títulos valores en general, deben tener ciertas enunciaciones que allí se mencionan pero, cuando se refiera a los especificados por la Ley, no dice los especificados por “*esta ley*”, sino los especificados por “*la Ley*”, es decir, que la norma del art. 3 se aplicaría a los especificados por el DLTV y a los especificados por otras leyes.

Por otra parte, el mismo art. 3, refiere a los títulos valores consagrados por el uso, de manera que estaría admitiendo títulos valores originados en los usos que no tienen una regulación legal. Tal es el caso del crédito documentario, que no está disciplinado por el DLTV y que sin embargo es el documento principal en toda negociación de comercio de una plaza a otra plaza. Por la aplicación del art. 3, con esta referencia a los usos, el crédito documentario queda sometido a la disciplina del DLTV, en tanto título valor.

c. Fue la intención del legislador otorgar al DLTV un alcance amplio. Así parece desprenderse de los comentarios del consejero Viana Reyes sobre el alcance del art. 28².

d. Finalmente, se afirma que cuando el legislador quiso excluir a determinados documentos de la aplicación del DLTV, lo hizo a texto expreso. Tal cosa sucede con los boletos, fichas, contraseñas u otros documentos no destinados a circular y que sirven tan sólo para identificar a su tenedor (art. 29). Consecuentemente, quedan fuera del régimen legal del DLTV las tarjetas de crédito y las tarjetas emitidas para realizar operaciones bancarias en cajeros automáticos y demás tarjetas de identificación.

En nuestra opinión, el ámbito de aplicación del DLTV va más allá de los tres títulos regulados especialmente. Nos inclinamos por entender que el DLTV no agota el elenco de títulos valores en el título segundo. En nuestro concepto, el DLTV pretende regular los títulos valores en sus rasgos generales, con normas aplicables a todos los documentos utilizables en el comercio y aun fuera de él, sin perjuicio de regular específicamente

2 El consejero Viana Reyes expresaba: «... *Pero es cierto, también, que en la medida que esta parte del proyecto aspira a tener un alcance general – es decir comprensivo de todo el género de los títulos valores, se encuentren o no en el contexto particular de esta ley – sus normas tendrán virtualidad incluso con respecto para el caso que en la legislación futura se creyera oportuno incorporar, por ejemplo, la regulación particular de los certificados de depósito... En ese caso, esta disposición general será aplicable a tales recaudos, aunque los mismos no sean mencionados particular y expresamente en el contexto de esta ley, porque eso implica una elemental aplicación del principio de unidad sistemática del ordenamiento jurídico.*»

determinados tipos. Pueden existir otros títulos valores y quedarán gobernados por esta norma en tanto se trate de documentos con las características reclamadas por el art. 1.

II. Concepto de título valor

El art. 1 del DLTV dispone: «*Los títulos valores son los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna.*»

De acuerdo a la definición legal, el título valor es un documento que lleva establecido por escrito, esto es, *consignado*, un derecho de crédito. Por tanto, documento y derecho son elementos inseparables en la definición de título valor.

A. El título valor como documento

El documento es el elemento que define el título valor. El Decreto Ley no establece el material del documento. En puridad, la piedra o la tela podrían servir como documentos. Sin embargo, estos elementos no son fácilmente transmisibles y pueden tener cierto valor. El objeto que mejor se ajusta a la naturaleza del título valor es el papel pues no plantea obstáculos para su transmisión y no tiene valor en sí mismo.

1. Función del documento

a. Constitución del derecho

Generalmente los documentos tienen la función de probar hechos. Obsérvese, sin embargo, que en el caso de los títulos valores el documento es mucho más que un simple papel que prueba la existencia y la titularidad de un derecho; es lo que constituye el derecho y la obligación correlativa. Por esta razón la doctrina afirma que no existe título valor sin documento y que el derecho consignado en el título no preexiste al documento, sino que nace y se transmite con él.

Lo dicho en el párrafo anterior es sin perjuicio de reconocer el valor probatorio que tienen ciertos títulos valores. Tal es el caso, por ejemplo, de la carta de porte, por expresa disposición del art. 166 del CCom, en tanto allí se establece que es el título legal del contrato de transporte y que por su contenido se decidirán todas las contestaciones que ocurran con motivo del acto de transporte. Quiere decir que en este aspecto los títulos valores presentan dos particularidades sobresalientes: en primer lugar, la legislación determina un régimen diferente para su transmisión, régimen que, como se verá enseguida, permite que el crédito en ellos consignado se transfiera con mayor facilidad; en segundo lugar, el cobro de los títulos valores de contenido dinerario goza de un proceso especial, denominado *juicio ejecutivo cambiario*, que presenta las siguientes características en relación con el juicio ejecutivo común: es aligerado de exigencias previas (en tanto los títulos gozan de cierta certeza producto de la existencia de las menciones esenciales); presenta limitaciones en los medios probatorios (así sucede en cuanto a la excepción de espera o quita que debe ser acreditada por «*documento público o privado reconocido judicialmente*») y presenta un elenco de excepciones o defensas limitadas a las establecidas en los arts. 45 del (DLCh) y 108, § final del (DLTV). Ya tendremos oportunidad de detenernos en cada uno de estos aspectos en el desarrollo del curso.

b. Transmisibilidad del derecho

Creado el derecho, la segunda función del documento consiste en su habilidad para transmitirlo a otras personas, en forma sencilla y rápida, evitando el complejo procedimiento de la cesión de créditos, que es como se transmiten habitualmente los derechos.

En efecto, los créditos son bienes muebles cuya transmisión no resulta sencilla, en la

medida en que hay que debe procederse a la realización de una cesión de créditos, contrato que supone el acuerdo entre el cedente y el cesionario, además de la notificación al deudor cedido.

En materia cambiaria existen dos procedimientos de transmisión: la simple entrega, reservada para los títulos al portador, y el endoso, que es como se transmiten los títulos a la orden y los nominativos endosables.

Para transmitir por endoso un título valor a otra persona, basta la firma del endosante puesta al dorso del documento o en una hoja de prolongación. Sin perjuicio de ello, si el título tiene inserta la cláusula *no endosable*, debe ser transmitido mediante el contrato de cesión de créditos. En todos los casos, la transmisión no está completa hasta que se efectúa la tradición del título, esto es, debe entregarse el documento.

Puede suceder que el emisor del título lleve un registro de los títulos emitidos. Tal cosa sucede en las acciones nominativas de una sociedad anónima, por ejemplo, en cuyo caso se requiere la inscripción de la transmisión en el libro registro a los efectos de que el poseedor pueda ejercer los derechos que el título confiere.

2. Los títulos valores electrónicos

En los llamados *documentos electrónicos* o *documentos informáticos* o *de soporte electromagnético*, se sustituye la firma ológrafa por otros medios mecánicos y electrónicos que resultan eficaces y seguros porque permiten identificar con certeza a la persona que emite el mensaje.

En estos documentos electrónicos, la obligación no nacería con la creación y firma de un papel, sino que emergería de la voluntad unilateral del creador del documento en un determinado soporte electrónico, lo cual origina una “*obligación electrónica*” sin que sea necesaria su entrega física al beneficiario de dicha obligación unilateralmente creada^{3[1]}.

La práctica francesa admite la creación de un título valor sin soporte físico al que se denomina letra de cambio magnética (*lettre de change magnetique*). Esta letra es utilizada por grandes empresas que cuentan con el equipo informático adecuado. El cliente de un banco registra en un soporte magnético todas las estipulaciones de una letra y la remite, en ese mismo formato, a su banquero. El banquero hará llegar por la misma vía la letra magnética al banquero del girado^[2].

En nuestro Derecho no sería sustentable la existencia de los llamados *títulos valores electrónicos* porque el art. 1 del DLTV define a los títulos valores como documentos. Además, nuestro Derecho reconoce como títulos valores a ciertos documentos, en tanto y en cuanto contengan una serie de menciones mínimas que confieren a estos documentos carácter solemne (art.2). La obligación del deudor manifestada unilateralmente, sólo con su firma, sólo es válida si se respetan las menciones mínimas exigidas. Estas solemnidades, por su propia naturaleza y por dar base a un régimen excepcional, no pueden ser interpretadas en forma amplia, ni con el auxilio de la analogía.

B. El título valor como derecho: la teoría de la incorporación

En general y como introducción al tema que nos ocupa, debemos resaltar que los derechos son bienes incorporales y la forma cómo se transmiten de una persona a otra es mediante el contrato de cesión de derechos, del cual la cesión de créditos es la especie.

La inmaterialidad del derecho de crédito impide al acreedor verificar el alcance de su

derecho y por cerciorarse de la obligación del deudor. Esa publicidad, que en el caso de los bienes muebles se logra con las inscripciones registrales y con la tradición, en el caso de la transmisión de los derechos se obtiene con el riguroso procedimiento de la cesión de créditos, que, como se sabe, requiere la notificación al deudor cedido para que la cesión de créditos sea eficaz. Esta notificación viene a compensar la deficiente publicidad en la transmisión de los bienes inmateriales. No obstante, al tráfico mercantil no le conviene la cesión de créditos, fundamentalmente por resultar engorrosa, sin perjuicio de que los títulos valores nominativos y a la orden no endosables necesariamente deban transmitirse mediante este título.

El verdadero objetivo del Derecho cambiario sólo se logró cuando se superó el condicionamiento técnico de la incorporabilidad del derecho, estableciendo un método de publicidad que permitió al acreedor consultar el alcance de su derecho. Cuando se materializó el derecho, incorporándolo al documento, el acreedor pudo cerciorarse respecto al contenido y alcance de la obligación del deudor⁴. Se corporiza, así, el derecho de modo tal que quien posee un título valor tiene dos derechos: tiene el derecho a reclamar del deudor el derecho incorporado al título y tiene el derecho de transmitir ese derecho a otra persona. A esta teoría se la denomina *Teoría de la incorporación* y su creador es FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY.

La corporización del derecho de crédito, esto es, la incorporación del derecho al documento, rompe el principio de la inmateriabilidad de los derechos y facilita su circulación en tanto permite que el derecho de crédito sea transmitido a otra persona sin tener que recurrir necesariamente al contrato de cesión de créditos, que es el procedimiento habitual de cesión de los derechos.

C. El título valor como negocio jurídico unilateral

Los títulos valores son negocios jurídicos unilaterales porque la fuente de las obligaciones se encuentra en la voluntad unilateral del firmante. Así lo dispone el art. 7 cuando establece que «*Toda obligación incorporada a un Título Valor deriva de la firma puesta en el mismo*».

El título se crea y produce sus efectos con la sola expresión de voluntad del firmante, sin necesidad de que su voluntad se combine con otra que deba añadirse para integrar el negocio. Quien suscribe el título valor se obliga a una prestación frente al poseedor del título y no la subordina a ninguna aceptación ni contraprestación. Obsérvese la diferencia entre el régimen que estamos analizando con respecto al contrato, en donde siempre hay una manifestación de voluntad que debe estar integrada con otra manifestación de voluntad.

No obstante, de lo que acabamos de afirmar no debe concluirse que este negocio necesariamente sea el resultado de una sola voluntad, puesto que en su creación o transmisión pueden intervenir varias personas, como dos libradores, por ejemplo, o dos endosantes.

III. Clasificación

Se acostumbra clasificar la gran variedad de títulos valores atendiendo al bien sobre el cual recae el derecho de crédito. Así, con fundamento en lo dispuesto en el art. 3 del DLTV, existen cuatro especies: 1. títulos valores cuyo objeto es una prestación dineraria; 2. títulos valores representativos de mercaderías; 3. títulos valores representativos de un derecho; 4.

⁴ PAZ ARES, *La Desincorporación de los Títulos Valores*, p. 84.

títulos valores de participación.

A. Títulos representativos de dinero

Dentro de los denominados *títulos valores de contenido dinerario* se incluyen los documentos en los cuales se hace constar una obligación de dar una suma de dinero.

En nuestro Derecho se ubican en la categoría referida los siguientes documentos: vales, conformes y pagarés; letras de cambio, cheques, obligaciones negociables o debentures y facturas. En todos ellos, por encima de sus diferencias, existe un rasgo común: todos son documentos en los cuales se consigna el derecho de una persona de exigir una suma de dinero a otra persona.

En el capítulo I del título segundo, denominado *De las distintas especies de títulos valores*), el DLTV establece el régimen aplicable a las letras de cambio. Por la remisión hecha en los arts. 125 y 126, en lo no expresamente previsto y en cuanto fuere pertinente, a los vales, conformes, pagarés y cheques le son aplicables las disposiciones del título primero del DLTV y también las disposiciones previstas para la letra de cambio.

1. Letra de cambio

La letra de cambio es un título valor que contiene una orden por la cual una persona (librador), ordena a otra (girado), el pago de una suma de dinero a favor de una persona determinada (beneficiario).

El mecanismo de la letra de cambio supone, por tanto, la intervención de tres personas. El librador es quien libra la letra y da la orden de pagar. El girado es quien recibe la orden del librador y cumple con el acto de pago. Finalmente, el beneficiario es la persona acreedora del dinero que la letra representa y que está expresamente designada en el documento.

Los sujetos referidos se encuentran vinculados por lo que se denominan *relaciones extracartulares, fundamentales o causales*. Se denominan así a los vínculos contractuales que explican por qué el librador se obliga y libra la letra a favor de una persona determinada y por qué le da la orden de pagar a un girado en particular y no a otro.

Respecto del librador se produce una superposición de relaciones jurídicas. Obsérvese que el comprador que paga con una letra de cambio se obliga dos veces. Una vez se obliga por haber firmado la letra de cambio. Otra vez, y concomitantemente, se obliga en la medida en que consiente el contrato de compraventa, por ejemplo, contrato que explica la razón del libramiento de la letra.

Una vez que el importe de la letra haya sido pagado se habrán extinguido las dos obligaciones: la obligación cambiaria, esto es, la derivada de la firma del título valor y también la relación causal o fundamental que le ha servido de fundamento.

No hay fórmulas predisuestas para la redacción de una letra de cambio. Puede redactarse, por el mismo librador, así:

Letra de cambio

Montevideo, 20 de enero de 2014

Sr. Wilson Canabria, pague por esta letra de cambio al Sr. Humberto Plana la suma de \$ 10.000.

Wilson Canabria

Gran Vía 26

Madrid

Antonio María

2. Cheque

En el art. 2 del Decreto Ley 14.412, de 8 de agosto de 1975, de Cheques, se establece que el cheque común es un documento que contiene una orden de pago por la cual una persona encarga el pago de una suma de dinero a un banco, donde tiene fondos depositados en cuenta corriente o autorización para girar en descubierto.

Su funcionamiento involucra tres personas. El librador es la persona que imparte la orden de pago. El banco es quien recibe la orden de pago y quien paga luego de realizar ciertos controles sobre el cheque, la cuenta corriente y el librador. Finalmente, el beneficiario es la persona que ha de recibir el pago.

En el cheque también existen una serie de relaciones fundamentales o extracartulares. Por una parte existe una relación extracartular que vincula al librador del cheque con el banco y que explica por qué le ordena pagar y por qué el banco paga: se trata de la cuenta corriente bancaria.

La cuenta corriente bancaria es un contrato bancario convenido entre un banco y su cliente por el cual aquél se obliga a realizar, por cuenta de éste, todas las operaciones inherentes al servicio de caja contabilizando puntual y sistemáticamente los ingresos y egresos de fondos en la cuenta del cliente.

El contrato referido está regulado en los arts. 33 a 38 de la Ley 6895 de 1919. De acuerdo al art. 33, la cuenta corriente opera *con provisión de fondos*, esto es, con dinero provisto por el propio cuenta correntista (en cuyo caso se combina con el contrato de depósito bancario), o funciona *al descubierto*, esto es, con dinero proporcionado por el banco en cuyo caso la cuenta opera en combinación con el contrato de apertura de crédito.

El librador del cheque que paga una compraventa con un cheque se obliga dos veces. Una vez se obliga por la firma puesta en el cheque (obligación cambiaria o cartular) y otra vez se obliga por haber consentido la compraventa (obligación extracambiaria, causal o fundamental que explica el libramiento del cheque). Se produce, por tanto, una superposición de obligaciones, obligaciones que se extinguirán con el pago del cheque. A diferencia de la letra y del vale, los cheques son proporcionados por los bancos y están confeccionados de acuerdo a ciertas normas impartidas por el Banco Central del Uruguay (BCU).

Tienen la siguiente redacción:

Serie A
N° 338431

Banco XXX S.A.
Todas las sucursales

\$ 1000

Montevideo 20 de enero de 2014

Páguese por este cheque a-----
la suma de pesos uruguayos mil-----

0003124567

Juan Prieto

Puede apreciarse que el cheque y la letra de cambio tienen en común el número de elementos personales intervinientes. No obstante la similitud anotada y fuera de las menciones, presentan las siguientes diferencias:

En primer lugar, si bien hay un girado, en el cheque siempre y en todos los casos debe tratarse de un banco en tanto que en la letra de cambio el girado puede ser cualquier persona.

En segundo lugar, el beneficiario de la letra de cambio siempre es una persona específicamente determinada, lo que significa que las letras se libran a la orden de una persona y nunca son al portador. Consecuentemente, las letras jamás pueden ser transmitidas por la simple entrega. El cheque, en cambio, se puede librar a la orden de una persona determinada o se puede librar al portador, esto es, sin especificar beneficiario, en cuyo caso puede ser transmitido por la simple entrega manual.

En tercer lugar, en la letra de cambio el girado que acepta la letra se obliga a pagarla a su vencimiento y con ello compromete su patrimonio. El tenedor insatisfecho podría demandarlo de modo de cobarse el importe de la letra mediante la denominada *acción de cobro o de reemolso directa*. En el cheque, en cambio, el banco nunca es obligado cambiario y por tanto jamás es obligado al pago de la suma de dinero que representa. Si el banco no paga el cheque, el portador sólo tendrá acción contra el librador (*acción de cobro directa*) y endosantes (*acción de cobro de regreso*).

3. Vale

El vale es un título valor por el cual el librador promete al portador o a quien aparezca designando en el texto, el pago de una suma de dinero. El vale contiene, por tanto, la promesa de pagar una suma de dinero y no una orden de pagar una suma de dinero, como acontece en las letras de cambio y en los cheques.

Su funcionamiento supone la existencia de dos elementos personales: el librador, quien mediante su promesa se obliga a pagar, y el beneficiario, quien será el que recibirá el pago y que puede o no estar designado en el documento.

La Ley usa tres nombres: vales, pagarés o conformes, pues eran de estilo en la época de sanción de la norma. Antes del 1977, año en que se sancionó el DLTV, era de uso extender un vale o pagaré para documentar la obligación de pagar derivada de un contrato de préstamo y un conforme para documentar la obligación de pagar derivada de un contrato de compraventa de mercadería.

El DLTV recoge la terminología de la práctica y la incorpora al texto normativo, pero no establece ningún criterio de distinción entre el vale, el conforme y el pagaré. De acuerdo a lo que resulta del texto legal, los vales, los pagarés y los conformes están sometidos a la misma disciplina jurídica. Por tanto, en rigor, los tres vocablos designan una misma cosa, esto es, un título valor en el cual el librador promete pagar una cantidad de dinero.

Igual que en la letra y en el cheque, el librador de un vale mantiene una relación

fundamental o con el acreedor que explica el libramiento del vale. Puede tratarse de una compraventa, por ejemplo, o de un préstamo. Se obliga, por tanto, dos veces: una por la relación fundamental y otra por la relación cambiaria que se constituye al firmar el vale. Pagado que sea el vale se extingue la relación cambiaria y también la relación fundamental que motivó su libramiento.

Puede ser redactado por el propio librador de esta manera:

Montevideo, 20 de enero de 2014

Vale por la suma de mil pesos que debo y pagaré al Sr. Marco Brito.

Aníbal González

La diferencia más importante entre el vale y la letra de cambio radica en su diferente naturaleza jurídica. Si bien se trata de títulos valores de contenido dinerario, la letra es una orden de pago y el vale es una promesa de pago.

En tanto el librador de la letra ordena pagar a otra persona, no asume él la obligación de pagar. No obstante, la Ley lo responsabiliza por el pago en forma solidaria con el girado aceptante de forma de asegurar el cobro de la letra. Si el girado no acepta, el principal obligado es el librador.

Se advierte claramente la diferente composición de elementos personales. En el vale el librador se obliga a pagar una cantidad de dinero al beneficiario. Se dan dos personas. En la letra, en cambio, quien la libra ordena el pago a una tercera persona llamada girado.

B. Títulos representativos de mercaderías

En esta categoría ubicamos a todos aquellos títulos que confieren a su tenedor el derecho a reclamar determinada mercadería. Los más importantes son la carta de porte, los conocimientos marítimo y aéreo y los certificados de depósito.

El DLTV se ocupa de ellos muy someramente. En el art. 28 se establece lo siguiente: «*Los títulos representativos de mercaderías atribuirán a su legítimo tenedor el derecho exclusivo de disponer de las mercaderías que en ellos se especifiquen.*»

Fuera de este artículo y del art. 11 donde se los menciona específicamente, se les aplica el régimen general dispuesto en el título primero del DLTV, en lo que corresponda.

1. Carta de porte, conocimiento marítimo y conocimiento aéreo

La carta de porte (art. 166 CCom) y los conocimientos marítimo (art. 1196 CCom) y aéreo (art. 147 Código Aeronáutico) son títulos valores que se extienden cuando se celebra un contrato de transporte terrestre, marítimo y aéreo, respectivamente.

Estos títulos confieren al portador el derecho a reclamar la entrega de los bienes transportados según aparezcan detallados en el documento y además confieren el derecho a transmitir el derecho a otra persona.

De acuerdo al art. 165 del CCom la carta de porte debe contener el nombre del dueño de los efectos o cargador y el de la persona a quien se han de entregar los efectos, el lugar donde debe hacerse la entrega, el flete, esto es el precio del transporte y el plazo de la entrega. El CCom nada dice respecto a la forma cómo se transmiten. Consecuentemente pueden emitirse al portador y transmitirse por la simple entrega o pueden emitirse a la orden de una persona determinada y transmitirse por endoso y entrega.

El art. 1205 del CCom autoriza a que el conocimiento se extienda indicando el nombre del consignatario o a la orden o que sea al portador, con lo cual crea un régimen de fácil transmisibilidad. El art. 1.212 admite expresamente su transferencia por endoso

El art. 1222 del CCom establece que no será admisible en juicio ninguna acción entre el capitán y los cargadores o aseguradores si no se acompaña alguno de los ejemplares del conocimiento original.

2. Certificados de depósito y warrant

El certificado de depósito es un título valor que confiere a su tenedor el derecho a reclamar determinados bienes objeto de un contrato de depósito. Nuestro Derecho regula especialmente el régimen de expedición y transmisión de los denominados certificados de depósito en recintos aduaneros.

Es así como la Aduana puede extender certificados de depósito a la orden, por aquellos depósitos que se hacen en sus dependencias y se prevé que esos resguardos son endosables. El endosatario del resguardo tiene derecho de exigir la entrega de las mercaderías depositadas en la Aduana. Con esos certificados se puede vender o se puede preñar los bienes depositados.

Los warrant son títulos valores expedidos por los usuarios de las zonas francas. Confieren a sus beneficiarios un derecho de crédito por un importe de dinero que se encuentra garantizado con la prenda de los bienes depositados en zona franca. Sólo serían negociables una vez refrendados por la Dirección de Zonas Francas.

C. Títulos valores representativos de derechos

Los derechos también pueden ser objeto de incorporación en un título valor. En esta categoría la doctrina suele ubicar a los certificados de prenda sin desplazamiento, los futuros y las opciones.

1. Certificados de prenda

Con el certificado de prenda se documenta el contrato de prenda sin desplazamiento. La prenda es un contrato de garantía según el cual el acreedor prendario asegura su crédito con un derecho de preferencia en la ejecución de ciertos bienes propiedad del deudor. El documento se transmite por endoso y, al transmitirse el documento, se transfiere el derecho de preferencia del tenedor sobre los bienes prendados. En puridad no son títulos valores porque no se ajustan a la definición legal.

2. Futuros y opciones

Los futuros y las opciones son contratos de compraventa celebrados en la bolsa de valores que se ejecutan en el futuro, siempre y cuando se cumplan las condiciones pactadas. De este modo se elimina parte de la incertidumbre propia de la fluctuación de los precios en la compraventa bursátil. El derecho a la compra, en las condiciones pactadas, se representa en un documento que puede transmitirse a otras personas, llamado futuro u opción.

Los futuros documentan la obligación de entrega de bienes a cambio de un precio determinado, en una fecha determinada.

Las opciones, que pueden ser de compra (*call*) o de venta (*put*), obligan a su emisor a respetar las condiciones, fundamentalmente referentes al precio y a la fecha de entrega, en tanto que el adquirente de la opción puede, justamente, optar por respetar esos términos o cancelar el negocio sin responsabilidad.

D. Títulos valores representativos de una participación

Dentro de esta categoría la doctrina incluye las acciones, los debentures, los bonos o partes beneficiarias y las cuotas partes de fondos de inversión.

1. Acciones

La acción es un valor emitido por las sociedades anónimas que confieren a su beneficiario o al portador, los derechos que la Ley 16.060, de 5 de setiembre de 1989, de Sociedades Comerciales (LSC) confiere a los accionistas en los arts. 319 y siguientes. Entre otros, el accionista puede ejercer el derecho de voto, el derecho a las ganancias, al remanente de la liquidación y el derecho de transmitir la participación de modo de invertir a otra persona de la condición de socio.

El art. 316 de la LSC dispone que a las acciones se les aplique las normas sobre títulos valores. Se plantea, entonces, si las acciones son títulos valores.

Se ha sostenido que son títulos valores de participación. También se ha sostenido que no son títulos valores por no adecuarse a la definición del art. 1 del DLIV⁵. En nuestro concepto tal discusión carece de importancia práctica desde que, como se ha dicho, el art. 316 de la LSC establece que las acciones sean reguladas por el DLTV.

En ningún caso puede afirmarse que las acciones sean títulos valores de contenido dinerario. Según hemos analizado, en las letras de cambio, en los cheques y en los vales se hace constar una obligación de dar una suma de dinero. Las acciones no son títulos valores de contenido dinerario porque la cantidad expresada en ellas, el denominado *valor nominal*, no es representativo de un monto de dinero exigible a su librador, sino que es representativo de la participación que le corresponde al tenedor en los derechos que integran el estatus de socio. Además, las acciones no son abstractas, ni sus firmantes asumen responsabilidad solidaria como es característico en los títulos valores de contenido dinerario.

Cuestión distinta es resolver si se trata de un título valor de participación. Entendemos que lo es por las siguientes razones:

En primer lugar, el contenido y el alcance del derecho de participación surgen del texto de la acción. Es en virtud del derecho de participación, literalmente expresado, que se distribuirán las utilidades, se votará en la asamblea, etc. No puede entenderse que el derecho incorporado no es literal debido a que, por ejemplo, el valor nominal que aparece en la acción no refleja la verdadera extensión del derecho del accionista, y que para verificar este extremo habría que analizar el contrato social y los documentos que permitan determinar cuánto vale esa acción. Razonar de esta forma supone atribuir a la acción la condición de título valor de contenido dinerario, cosa que ya hemos descartado.

En segundo lugar, el derecho de participación incorporado a la acción es autónomo porque la sociedad no puede, una vez transmitida la acción, impedir al legítimo tenedor el ejercicio de los derechos que ella representa argumentando excepciones o defensas fundadas en la relación personal que tiene con un tenedor anterior. Por ejemplo, si la sociedad emite acciones y el accionista es A, que la endosa y entrega a B, que a su vez la endosa y entrega a C, cuando C pretenda participar en las ganancias, la sociedad no puede negarle este derecho argumentando que A no cumplió íntegramente con su obligación de aportar. El derecho de participación en las ganancias de C es autónomo del derecho de participación de A.

Del examen propuesto resulta que la acción es un título valor creado por una sociedad

⁵ CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré*, t. 1 (1980), p. 376.

anónima que se entrega a quien ha aportado capital. Representa, por tanto, la participación del accionista en el capital integrado de la sociedad anónima y los derechos que tal participación le atribuye, derechos que su tenedor habrá de ejercer exhibiendo el título y que puede transmitir a otra persona. La única excepción estaría dada por las acciones escriturales que, en tanto no están documentadas, no cumplen con el principal requerimiento del art. 1 del DLTV.

2. Debentures u obligaciones negociables

Las obligaciones o debentures son valores por los cuales el suscriptor se obliga a pagar una suma de dinero, en una determinada fecha, bajo ciertas condiciones y que se entregan a cambio del empréstito colectivo que se celebra como forma de financiar un emprendimiento de importancia.

En nuestro país están regulados fundamentalmente por la Ley de Mercado de Valores, 16.749 (LMV). Supletoriamente se aplican a estos valores las disposiciones sobre acciones y títulos valores, en lo compatible (art. 41 LMV). La aplicación supletoria del DLTV torna un tanto estéril la discusión respecto de si estos valores son o no títulos valores. Son documentos que incorporan un derecho de crédito y un derecho de participación. No obstante, conviene advertir que los derechos que confieren surgen de su tenor literal, pero también del acto de creación puesto que así lo dispone el art. 434 de la LSC: *«Las sociedades anónimas podrán crear obligaciones negociables que conferirán a sus titulares los derechos de crédito que resulten de su tenor literal y del acto de creación.»*

En similar sentido, el art. 34 de la LMV: *«La adquisición de obligaciones negociables, importará la aceptación y la ratificación de todas las estipulaciones, las normas y las condiciones de la emisión, y del contrato del fiduciario si lo hubiere.»*

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 27 de la LMV, pueden emitir obligaciones negociables las sociedades comerciales (nacionales o extranjeras), las cooperativas, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, las personas públicas no estatales y las asociaciones civiles.

El art. 29 de la LMV admite la emisión de clases de obligaciones con distintos derechos, así como la emisión de series de obligaciones con los mismos derechos. Estos derechos pueden representarse en títulos al portador, nominativos, endosables o no y escriturales (art.30). Cuando son escriturales no hay título valor.

3. Bonos

Los bonos o partes beneficiarias son valores emitidos por una sociedad anónima que confieren a sus beneficiarios (generalmente los fundadores y promotores), el derecho a reclamar de la sociedad una participación en las ganancias, de acuerdo a lo establecido en los arts. 420 y siguientes de la LSC.

4. Cuotas partes de fondos de inversión

Las cuotas partes de los fondos de inversión son títulos valores que representan el derecho de copropiedad del beneficiario designado o del portador sobre los bienes que conforman el patrimonio afectado a la inversión dispuesta.

En nuestro Derecho, la Ley 16.713 prevé los fondos de ahorro previsional (AFAP), estableciendo que constituyen un patrimonio independiente, propiedad de los afiliados (art. 111). Cada afiliado tiene una cuota de ese patrimonio.

En el mismo orden de ideas, la Ley 16.774 dispone que el fondo de inversión previsto es un patrimonio de afectación independiente, formado con aportes de personas físicas o jurídicas, para su inversión en valores y otros activos (art. 1). Los aportantes al fondo son copropietarios de los bienes que lo integran. El art. 4 admite que las participaciones se

representen en títulos negociables denominados cuotapartes. Pueden ser al portador, nominativas o escriturales. Estos últimos no podrían ser títulos valores en la medida en que carecen de documento.

CAPÍTULO SEGUNDO: CARACTERES DE LOS TÍTULOS VALORES

Por Virginia S. BADO CARDOZO

I. Caracteres de todos los títulos valores

A. Referidos al documento

El art. 1 del DLTV define a los títulos valores como documentos. El documento en el cual se consigna el derecho tiene las siguientes características: es necesario, constituye el derecho, es solemne y es fácilmente transmisible.

1. Necesariedad

Se denomina necesariedad al carácter del documento de todo título valor según el cual, para ejercer el derecho que resulta incorporado al título valor, así como para transmitirlo a otras personas, es indispensable la exhibición del documento.

La exhibición del título es la forma como el portador demuestra ser el sujeto legitimado para exigir la prestación quedando dispensado de la carga de la prueba de la existencia del derecho y de su titularidad.

En el caso del título valor al portador, basta esta exhibición para reclamar la prestación. En otros casos, en cambio, será necesario cumplir, además, otros requisitos. Es el caso del título a la orden y del título nominativo en los cuales, sumado a la presentación del documento, se debe acreditar la legitimidad del derecho con la cadena ininterrumpida de endosos y la verificación de la identidad del último tenedor en el título a la orden y lo mismo, más la verificación de la inscripción del último tenedor, en el título nominativo. Esta es la razón por la cual la doctrina sostiene que los títulos valores son *títulos de presentación necesaria* y que cumplen, además, una *función legitimadora*.

Este carácter surge del art. 6 del DLTV que establece: «*El ejercicio del derecho consignado en un título requiere la exhibición del mismo.*»

Por otra parte, para transmitir el derecho incorporado al título también es necesario poseer el documento. Transmitiendo el documento se transmite el derecho que él contiene.

Finalmente, cuando la prestación contenida en el título se cumple, el obligado cambiario que pagó debe recuperar el título. El rescate del título es necesario por dos razones. En primer lugar, para que no siga circulando y el deudor no quede expuesto a que se le reclame nuevamente la prestación. En segundo lugar, para repetir contra los obligados cambiarios que le siguen. Por esta razón la doctrina sostiene que los títulos valores son *títulos de rescate*.

Existen algunas situaciones excepcionales en las que no se requiere la posesión del documento para el ejercicio del derecho. Se trata de los casos de pérdida, extravío o sustracción del documento, casos en los que se crean mecanismos sustitutivos de los títulos comprometidos y que se regulan en los arts. 109 y ss. del DLTV.

2. Solemnidad

La solemnidad en materia de títulos valores está consagrada en el art. 2 del DLTV y supone la observancia de una serie de menciones y el respeto de ciertos actos que han de sucederse, aspecto que se aprecia especialmente en materia de letra de cambio.

El art. 2 establece: *«Los documentos y los actos a que esta ley se refiere, sólo producirán los efectos previstos en la misma cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la misma ley señala salvo que ella lo presuma. La omisión de tales menciones y requisitos no afecta el negocio jurídico que dio origen al documento o al acto.»*

Las menciones a que refiere la norma se encuentran establecidas en el art. 3:

«Además de lo dispuesto para cada título valor en particular, tanto los tipificados por la ley como los consagrados por los usos deberán llenar los requisitos siguientes:

- 1. El nombre del título valor de que se trate.*
- 2. La fecha y el lugar de creación.*
- 3. El derecho que en el título se incorpore.*
- 4. El lugar y la fecha del ejercicio de tal derecho.*
- 5. La firma de quien lo crea.»*

Los actos que pueden existir en torno a un título valor son el libramiento, el endoso, el aval y la aceptación (esta última sólo para la letra de cambio).

Contrariamente a lo que sucede con la solemnidad en materia contractual, régimen en el cual se trata de un requisito de validez, en materia cambiaria la solemnidad incide sobre la eficacia del título. De ello se deriva que en materia contractual los contratos solemnes que no cumplan con la formalidad impuesta por el legislador son absolutamente nulos y que en materia cambiaria la falta de alguna mención esencial torna al título ineficaz como título ejecutivo cambiario, lo que procesalmente se hace valer mediante la excepción de *inhabilidad del título*. No obstante su inhabilidad como título ejecutivo cambiario, el título puede ser válido como documento privado y puede servir para promover un juicio ejecutivo común o servir como elemento de prueba en un juicio ordinario.

B. Referidos al derecho

El documento constituye un derecho de crédito. Este derecho tiene las siguientes características: es literal y autónomo.

1. Literalidad

Se denomina literalidad al carácter del derecho de todo título valor, según el cual el contenido, extensión y reglas del ejercicio del derecho incorporado al documento son, únicamente, los que resultan de los términos en que está redactado el título⁶.

En el art. 1 del DLTV se establece que la literalidad es un atributo definitorio del derecho incorporado en un título valor. El alcance de este atributo está precisado en el art. 9: «*El suscriptor de un título valor quedará obligado en los términos literales del mismo, aunque el título entre en circulación contra su voluntad o después de que sobrevengan su muerte o incapacidad.*»

Los derechos que acuerda el título valor son, ni más ni menos, los que surgen del documento. Quiere decir que el tenedor no puede pretender más de lo que figura en el documento y, como contrapartida, no tiene por qué conformarse con menos.

Además, los derechos sólo existen en los términos que constan en el título. No pueden ser ni ampliados ni restringidos por constancias de otros documentos.

2. Autonomía

La autonomía del derecho es un rasgo que caracteriza el derecho de todos los títulos valores. La autonomía del derecho supone que el ejecutado en el juicio ejecutivo cambiario no puede oponer excepciones personales que correspondan a otros obligados cambiarios. Ello es así porque el derecho del acreedor ejecutante es autónomo, esto es, independiente de los derechos que puedan haber tenido otros poseedores anteriores. Como consecuencia de ello, a su respecto, las excepciones que el deudor ejecutado pueda oponer en el juicio a estos otros acreedores, le resultan indiferentes.

De lo dicho se desprende que la autonomía es un rasgo del título valor que se aprecia en caso de circulación del documento y que se verifica en oportunidad de exigir el pago judicialmente pues supone una limitación a la oposición de excepciones.

En efecto, en el juicio ejecutivo cambiario se pueden oponer dos tipos de excepciones: las reales (*in rem*) y las personales (*in personam*). Las reales son excepciones que se pueden oponer a cualquier acreedor. La autonomía no refiere a ellas. Las excepciones son personales cuando el ejecutado las puede oponer sólo a determinado acreedor en virtud de una relación personal, generalmente por haber sido ambos parte en el negocio que dio lugar a la emisión o transmisión del título⁷. Éstas son las excepciones que están limitadas por la autonomía del derecho.

Supongamos que un cheque librado por A es transmitido a B, luego a C y finalmente es entregado a D. Frente al incumplimiento del librador, D, que es el tenedor, inicia un juicio y demanda a todos los suscriptores pues todos ellos resultan responsables en forma solidaria (art. 105 DLTV).

En el juicio, A, B y C opondrán las excepciones que tengan contra D. Algunas serán reales y por serlo, podrán ser opuestas por cualquiera (por ejemplo la prescripción). No

6 PÉREZ FONTANA, *Títulos Valores. Obligaciones cartulares*, v. 1, (1980), p. 58.

7 BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil, Contratos mercantiles, Derecho de los títulos valores, Derecho concursal*, v. 2, *Contratos mercantiles, Derecho de los títulos valores, Derecho concursal*, 20 ed. [2013], p. 518.

obstante, si intentan excepciones personales, solamente enervarán su obligación aquellas basadas en relaciones personales que cada uno tenga con D, individualmente considerados y con independencia de los demás. Por ejemplo, C podrá oponer la excepción de compensación si logra probar que D le debe dinero. Sin embargo, A no puede defenderse planteando esta misma excepción pues no existe relación personal entre A y D que explique porqué habría de extinguirse su obligación por este medio. En todo caso, C le deberá dinero a D, pero no es razonable que A le deba dinero a D pues no lo conoce.

Las excepciones personales de los tenedores anteriores (A y B), resultan indiferentes al derecho de D pues éste ha recibido un derecho autónomo. En todo caso, y de poder probarse, él solo podría atender la excepción de C pues con él sí existe una relación personal que justifica la excepción de compensación.

En otras palabras, con la transmisión del título no se acumulan las defensas de los sucesivos tenedores, esto es, no opera la subrogación, tal como ocurre en la cesión de créditos cuando no es consentida por el deudor cedido (art. 564 C.Com). Al tenedor del título no se lo considera sucesor del anterior. Por eso se dice que el derecho que se recibe con un título valor es *originario* o *ex novo*, esto es, nuevo.

C. Referidos a la obligación

Como contrapartida del derecho del acreedor, al crearse un título valor, nace también una obligación a cargo del librador. Esta obligación tiene las siguientes características: la unilateralidad, la solidaridad y la autonomía.

1. Unilateralidad

La obligación de todo aquel que suscriba un título valor, sea en calidad que sea, encuentra su fuente en su sola voluntad. Quiere decir que no se necesita la voluntad de otra persona para que nazca, cosa que sí sucede en los contratos.

La voluntad unilateral se manifiesta a través de la firma. El arts. 7 y 9 del DLTV aluden a este carácter:

«Toda obligación incorporada a un título valor deriva de la firma puesta en el mismo.

El suscriptor de un título valor quedará obligado en los términos literales del mismo aunque el título entre en circulación contra su voluntad.»

El DLTV se afilia a la teoría de la creación según la cual el título se crea cuando se firma. No se afilia a la teoría de la emisión que postula que el título se crea cuando se entrega.

2. Autonomía

Se denomina autonomía al carácter de la obligación de todo título valor que consiste en la imposibilidad de oponer excepciones en juicio que tengan relación con la obligación asumida por anteriores tenedores, como por ejemplo la incapacidad de uno de ellos, la falta de legitimación para firmar un título, la falsedad de la firma de otro obligado etc.

El art. 8 del DLTV dispone que la obligación de todo suscriptor de un título valor sea autónoma: *«Todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente. La circunstancia que invalida la obligación de alguno o algunos de los signatarios, no afectará las obligaciones de los demás.»*

Supongamos que un título valor ha sido librado por A y luego transmitido sucesivas veces de B a C, siendo el tenedor D. En caso de incumplimiento, D iniciará un juicio para cobrar el importe del título a todos los obligados cambiarios en tanto resultan solidariamente

responsables (art. 105 DLTV). B era menor de edad cuando suscribió el título. Siendo así, puede excepcionarse en esta circunstancia. No obstante, C no puede alegar que su obligación también es inválida, aun cuando le haya endosado un incapaz, porque su obligación es autónoma. Lo mismo sucede si la firma es falsa, o el firmante carece de legitimación para obligar a otra persona.

3. Solidaridad entre los firmantes en el mismo acto

La obligación de los cofirmantes en un mismo acto cambiario es solidaria. Así lo dispone el art. 14: «*Los suscriptores de un mismo acto de un título valor se obligan solidariamente.*»

Se denomina *solidaridad entre los firmantes en el mismo acto*, al carácter de todo título valor que consiste en la posibilidad del acreedor de reclamar el pago a cualquiera o a todos los firmantes del acto, por el total del importe, sin tener que respetar ningún orden.

Si dos o más personas suscriben un mismo acto cambiario (un libramiento, un endoso, un aval o una aceptación), son solidariamente responsables por el pago del título y esto significa que el tenedor podrá exigir el pago a uno o a todos los firmantes del acto, por el total del importe. El acreedor, por tanto, tiene el derecho de elegir contra quien o quienes dirigir su acción. No tiene que seguir ningún orden.

Si uno de ellos paga, rescata el título y, luego, tiene derecho a exigir de los otros la parte de la deuda que a ellos les corresponde, en lo que se conoce como el *principio de división*. Esto es así pues se trata de codeudores, esto es, dos o más personas que aprovechan el crédito y, por tanto, comparten la deuda.

El principio de división resulta indiferente al acreedor que no tiene por qué respetar los pactos entre los codeudores. Sin embargo, una vez satisfecho, el deudor que pagó la totalidad, hace jugar este principio reclamando a su codeudor, la parte de la deuda que aprovechó.

II. Caracteres de los títulos valores representativos de dinero

La letra de cambio, el cheque y el vale tienen una serie de caracteres que no comparten con el resto de los títulos valores. Se trata de la abstracción y la solidaridad cambiaria.

A. Abstracción

Se denomina abstracción al carácter de los títulos valores de contenido dinerario que consiste en la imposibilidad de oponer excepciones en el juicio ejecutivo cambiario fundadas en la relación fundamental que es la causa de su libramiento.

Cuando una persona suscribe un título valor lo hace para cumplir una prestación determinada como por ejemplo para pagar el precio de una compraventa o para pagar la renta de un alquiler. La compraventa o el arrendamiento son la causa que motiva el libramiento del título. Si por alguna razón no se está conforme con la mercadería entregada o con el bien arrendado, en el juicio ejecutivo cambiario el firmante no podrá excepcionarse argumentando circunstancias de la relación fundamental, tales como los vicios de la mercadería entregada o de la finca arrendada, porque la relación fundamental es independiente de la relación cambiaria creada con la creación y transmisión del título.

La abstracción es un recurso que permite la ejecución cambiaria de los títulos valores de contenido dinerario. En nuestro Derecho está prevista expresamente en el art. 108. En este artículo, después de enumerar las excepciones que se pueden oponer en el juicio ejecutivo se establece: «*...cualquier otra excepción fundada en las relaciones personales entre el actor y el demandado, no obstará al progreso del juicio ejecutivo*».

Entre nosotros RIPPE opina que la abstracción no se justifica cuando el librador y el beneficiario del título coinciden con las partes que celebraron el negocio que dio origen al libramiento del título. Por ejemplo, el librador es el comprador de la mercadería que el beneficiario (vendedor), no entrega o entrega en mal estado.

El autor entiende que la abstracción se estableció para favorecer la transmisión de los títulos valores de contenido dinerario. Si el título no circula, entonces, el deudor podría oponer al librador las circunstancias de la relación fundamental que pueda presentar como defensa pues las partes en el juicio cambiario coinciden con las partes en el contrato⁸. RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, en cambio, afirman que el principio rige aun en este caso, porque el DLTV no distingue con la finalidad de evitar maniobras dilatorias que desvirtúen la eficacia ejecutiva esencial de los títulos valores⁹. Tal parece, también, ser el criterio de nuestra jurisprudencia¹⁰

B. Solidaridad cambiaria

Se denomina solidaridad cambiaria, al carácter de la obligación de los títulos valores dinerarios según el cual, todos quienes firman un título valor (libradores, endosantes, aceptantes o avalistas), se obligan, frente al tenedor del título, a pagar todo el importe, sin poder excusarse en un obligado directo (beneficio de excusión) ni dividir la deuda con los demás responsables (beneficio de división).

La solidaridad cambiaria se recoge en el art. 105 del DLTV, cuando se disciplina las letras de cambio. La norma es, también, aplicable a los vales. Para los cheques, la solidaridad cambiaria se establece en el art. 41 del DLCH.

El art. 105 dispone: *«Todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes, endosantes o avalistas, quedan solidariamente obligados hacia el portador. El portador tiene derecho de accionar contra todas esas personas, individual o colectivamente, sin estar obligado a observar el orden en que las obligaciones han sido contraídas. El mismo derecho corresponde a cualquier firmante que hubiese pagado la letra. La acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros, aun cuando fuesen posteriores a aquel contra el cual se ha procedido primero.»*

1. Análisis del concepto de solidaridad cambiaria

La solidaridad cambiaria implica las siguientes consecuencias.

En primer lugar, el acreedor tiene derecho a demandar, indistinta o conjuntamente, a cualquiera de los firmantes del título valor. No tiene por qué respetar el orden natural en que se fueron contrayendo las obligaciones. De hecho, en la práctica, el acreedor demanda a todos juntos.

En segundo lugar, los deudores responden en forma directa y por tanto nunca lo hacen

8 RIPPE KÁISER, «De la inoponibilidad relativa de las excepciones causales en el juicio ejecutivo cambiario», *ADC*, t.3 (1986), p. 66.

9 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 5, t. 1 (2010), pp. 394 y 395.

10 BUGALLO MONTAÑO, *Títulos Valores* (1998), p. 287.

en subsidio de otra persona. No pueden excusarse en la responsabilidad de otro obligado y pretender que el acreedor agote éste patrimonio para luego accionar contra él. Esto quiere decir que quienes suscriben un título valor no tienen beneficio de excusión.

Finalmente, en tercer lugar, los deudores deben pagar la totalidad de la deuda sin poder dividirla con los otros obligados. Quiere decir que no tienen beneficio de división. Si uno de los firmantes paga, rescata el título y tiene derecho a demandar el pago a cualquiera o a todos los firmantes que le preceden, a quienes reclamará el monto total del título.

2. Diferencia entre la solidaridad cambiaria y la solidaridad entre los firmantes en el mismo acto

La solidaridad cambiaria del art. 105 del DLTV se aplica sólo a los títulos valores de contenido dinerario y es distinta de la solidaridad entre los deudores del mismo acto del art. 14 del DLTV, solidaridad que se aplica a todas las especies.

Según la solidaridad cambiaria, todos los que firman un título valor de contenido dinerario (librador, endosante, avalista o girado aceptante), aun cuando lo hagan en actos distintos, son solidariamente responsables por el pago total del mismo. El acreedor puede demandar a uno o a todos por el total de la deuda, sin tener que respetar el orden en que se fueron sucediendo las firmas.

A diferencia de la solidaridad del art. 14, el deudor paga el total y luego tiene derecho a repetir de los obligados que le preceden el total de la deuda. Por el contrario, los obligados al pago en un mismo acto (dos libradores o dos endosantes o dos avalistas o dos girados aceptantes), cuando pagan, pagan el total, pero sólo pueden reclamar del cofirmante la parte que le corresponde, pues son codeudores.

En conclusión hay tres diferencias:

- a. Respecto a los títulos en los que se aplica: La solidaridad cambiaria se aplica sólo a los títulos valores de contenido dinerario. La solidaridad en el mismo acto se aplica a todos los títulos valores, sin importar el derecho que tengan incorporado al documento.
- b. Respecto a los sujetos involucrados: En la cambiaria son responsables solidarios por el pago todos los firmantes del título valor sin importar en qué acto lo hagan. En la solidaridad en el mismo acto, en cambio, se hacen responsables por el pago total sólo los que firman en forma conjunta un mismo acto (sea de libramiento, de endoso, de aval o de aceptación)
- c. Respecto a la aplicación del beneficio de división: En la solidaridad cambiaria no es posible aplicar el beneficio de división puesto que los obligados cambiarios no son codeudores y por tanto no comparten la deuda. Por esta razón todos han de pagar el cien por cien del título. En la solidaridad en el acto, en cambio, los firmantes en cada acto se obligan en la medida en que comparten la obligación y consecuentemente, el codeudor que paga la totalidad del título al acreedor, tiene derecho a reclamar de su compañero cofirmante, sólo lo que corresponda.

CAPÍTULO TERCERO: ACTOS RELACIONADOS CON LOS TÍTULOS VALORES

Por Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ y Virginia S. BADO CARDOZO

La mecánica de los títulos valores implica la consecución de diferentes actos: libramiento, transmisión, aval, pago y, exclusivamente para la letra de cambio, la aceptación.

I. Libramiento

A. Menciones

Según se adelantó en la primera parte, de acuerdo al art. 2 del DLTV, los títulos valores son documentos solemnes. La solemnidad alcanza al documento y a todos los actos que pueden existir en torno a un título valor.

Respecto del documento, el art. 3 establece las menciones esenciales que debe contener todo título valor. Este artículo dispone lo siguiente:

«Además de lo dispuesto para cada título valor en particular, tanto los tipificados por la ley como los consagrados por los usos deberán llenar los requisitos siguientes:

- 1. El nombre del título valor de que se trate.*
- 2. La fecha y el lugar de creación.*
- 3. El derecho que en el título se incorpore.*
- 4. El lugar y la fecha del ejercicio de tal derecho.*
- 5. La firma de quien lo crea.»*

Si el título valor carece de alguna de estas menciones esenciales, cualquiera o todos los obligados cambiarios podrán oponer la excepción de *inhabilidad de título* prevista en el art. 108 del DLTV.

El art. 2 dispone una salvedad: *»...debe contener los requisitos que la ley señala, salvo que ella los presuma.»*

Esto significa que, en algunos casos, el DLTV autoriza a no incluir una determinada mención porque se crea una presunción para suplir la omisión del suscriptor. A continuación analizaremos cada una de estas menciones.

1. Nombre del título

En algún lugar del cuerpo del documento debe denunciarse la especie de título valor de que se trate pues de lo contrario no hay obligación cambiaria y, por tanto, no hay título valor. Estrictamente alcanzaría con denunciar el nombre del título valor en el cuerpo del documento (*«Páguese por esta letra de cambio...», «Páguese por este cheque...»*). Sin embargo, la práctica comercial acostumbra, además, denunciar la especie en forma de título.

En el caso de los vales, por expresa disposición del art. 120, el nombre debe colocarse en la redacción misma del documento (*«Vale por la suma de...»*).

2. Fecha y lugar de creación

En el título valor debe indicarse el día, el mes y el año que corresponda al momento de su creación. La fecha es necesaria para establecer la capacidad de quien crea el documento y para oficial de punto de partida de distintos términos legales como, por ejemplo, los vencimientos y los plazos de presentación de algunos títulos. El lugar de creación es necesario para determinar la legislación aplicable a ese título.

3. Derecho incorporado

El título debe contener la prestación exacta que se pretende del deudor. El derecho que

se incorpore al título dependerá del tipo de título valor de que se trate (dinero, mercadería, derechos o la participación).

4. Lugar y fecha de ejercicio del derecho

El lugar y la fecha de ejercicio del derecho no son menciones esenciales lo que significa que, si faltan, son interpretadas de acuerdo a las presunciones que la Ley establece en el art. 3, inciso 2. Así, en materia de letras de cambio y de vales, si el creador del título no indicó fecha para el ejercicio del derecho, la Ley presume que serán pagaderos *a la vista* esto es, a su presentación.

De la misma forma, si el librador no indicó el lugar del ejercicio del derecho, la Ley presume que el pago se hará en el domicilio del creador y, de haber varios, el tenedor tiene derecho a elegir uno de ellos.

Sin embargo, puede suceder que, por una mención expresa del creador, el beneficiario del derecho, deba ejercerlo en un lugar y en una fecha determinada. En este caso se debe estipular el lugar, el día, mes, año, dónde y a partir del cual, debe exigirse la prestación debida. El acreedor tiene la obligación de respetar esta mención.

5. Firma del librador

La firma es la mención esencial por excelencia pues es la que determina el nacimiento de la obligación y del derecho correlativo. Recordemos que la voluntad unilateral del creador del título es la fuente de las obligaciones contenidas en él. Esa voluntad unilateral se manifiesta con la firma. Sin firma no hay título valor ni obligación cambiaria. Debe firmarse, además, inmediatamente después del texto pues, de lo contrario, no se valida la declaración de voluntad.

Quien firma un título valor puede hacerlo por sí y para sí o puede hacerlo a través de un tercero mediante un poder. El poder establece los límites de la representación otorgada por el mandante al mandatario. Si una persona se excede o firma sin poder, entonces, de acuerdo al art. 24, responde personalmente. Esta norma establece: «*Quien suscriba un título valor a nombre de otro sin facultades legales, se obligará personalmente como si hubiera obrado en nombre propio. Y si pagare tiene los mismos derechos que hubiera tenido la persona a quien pretendió representar.*»

El art. 23 del DLTV prevé la situación del administrador de una sociedad comercial y la situación del factor o gerente de un establecimiento comercial. Esta norma declara autorizados a éstas personas por el sólo hecho de su nombramiento para suscribir títulos valores a nombre de la sociedad o del principal para quienes trabajan. Si la sociedad o el principal no desean que su administrador y factor gocen de esta facultad, deberán dejarlo asentado por escrito, en el estatuto de la sociedad, en el caso del administrador, y en el mandato institorio, en el caso del factor.

B. Títulos valores incompletos

Los títulos valores pueden librarse dejando en blanco determinadas menciones esenciales. Los blancos no obstaculizan su circulación pues pueden ser endosados o entregados a otras personas. Ello está permitido por el art. 4 del DLTV: «*Si se omitieren algunas menciones o requisitos, cualquier tenedor legítimo podrá llenarlas antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se consigne.*»

1. Requisitos para el completamiento de los títulos valores incompletos

De acuerdo a la norma se requieren dos requisitos. En primer lugar, el completamiento lo debe realizar el tenedor legítimo, esto es, quien pueda justificar poseer el título legítimamente (no quien lo haya hurtado o quién lo haya encontrado extraviado). En segundo lugar, los blancos deben ser llenados antes de presentar el título para el ejercicio del derecho.

El art. 4 debe combinarse con el 61, ubicado en sede de letra de cambio, aplicable, también, a los vales y a los cheques (no así al resto de los títulos valores). Esta norma dispone: «*Cuando una letra de cambio incompleta en el momento de su creación, se hubiese completado contrariamente a los acuerdos celebrados, el cumplimiento de estos acuerdos no podrá alegarse contra el tenedor, a no ser que éste haya adquirido la letra de cambio con mala fe o que al adquirirla, haya incurrido en culpa grave.*»

2. El pacto de completamiento y las consecuencias de su desobediencia

El libramiento del título valor con blancos es una práctica muy común que supone un complejo de instrucciones convenidas con el librador conocido como *pacto cambiario de completamiento*. Si el tenedor completa los blancos contradiciendo las instrucciones impartidas, el deudor no podrá alegar esta circunstancia y deberá pagar lo establecido en el título de acuerdo al tenor literal del mismo. Sólo podrá alegar la violación del pacto de completamiento frente a la persona que, cuando tomó el título, celebró el pacto con él. Esto

es así pues el pacto de completamiento es de naturaleza extra cambiaria y vincula, solamente, al creador del título con su inmediato tenedor. Las demás personas no se encuentran vinculadas porque ignoran su existencia. El problema aparece cuando se puede probar que el tenedor conocía el alcance de las instrucciones y, aun así, hizo caso omiso de ellas. En cambio, sí se pueden oponer al tercero de mala fe. Se trata de una norma en protección de los intereses de los terceros de buena fe.

II. Garantía

A. Formas de garantizar el pago de un título valor

De acuerdo al art. 741 del CCom, el pago de las obligaciones comerciales puede ser garantizado mediante los denominados *contratos de garantía* que son la prenda, la prenda sin desplazamiento, la hipoteca y la fianza. Estos contratos, también, sirven para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se contraen al suscribir un título valor. De hecho, de acuerdo al art. 10 del DLTV, la transmisión del título valor implica, no sólo la transmisión del derecho de crédito incorporado sino, también, la transmisión del derecho emergente de la garantía real o personal que accede a é.

Además de la hipoteca, la prenda y la fianza, los títulos valores pueden garantizarse de otra forma: utilizando el aval.

1. El aval

a. Concepto

Se denomina *aval* a la declaración unilateral que realiza la persona que garantiza el pago total o parcial de un título valor. La persona que presta su aval se llama *avalista* y la persona que recibe el aval se denomina *avalado*.

El DLTV no define el aval. En el art. 15 sólo refiere a su función: es la forma en que se garantiza, en todo o en parte, el pago de un título valor.

b. Caracteres del aval y de la obligación del avalista

Al tratarse de un acto cambiario, el aval y la obligación del avalista, participan de los mismos caracteres que el resto de los actos cartulares.

*** Unilateralidad**

El aval es un acto jurídico unilateral pues la obligación del avalista tiene su fuente en su sola voluntad, sin necesidad de que ésta se combine con otra.

*** Literalidad**

El derecho del tenedor del título, contra el avalista, tiene la extensión que surge del título, ni más ni menos.

Puede establecerse el límite de la garantía del avalista, esto es, puede avalarse una parte del importe del título. Si no se menciona la cantidad, de acuerdo al art. 17, debe entenderse que el avalista garantiza la totalidad del importe consignado en el título.

Lo mismo ocurre con la persona avalada. El aval puede contener o no el nombre del avalado. Si expresa el nombre del avalado, la garantía sólo sirve a esta persona. Si no hay indicación del avalado, de acuerdo al art. 19, se entenderán garantizadas las obligaciones del suscriptor que libere al mayor número de obligados. Por ejemplo, en la letra de cambio quién libera al mayor número de obligados es el girado aceptante. En este caso, si paga un avalista

y no se estableció a quién avala, se interpreta que libera al girado aceptante y con él al librador y todos los endosantes.

*** Solemnidad**

De acuerdo al art. 16, la única formalidad del aval consiste en la firma del avalista. Sin firma no hay aval.

El aval puede otorgarse con la sola firma, o puede aclararse que se trata de un aval mediante la expresión *por aval* u otra equivalente. No es necesario. De hecho, si en el título aparece una firma, a la que no pueda darse otra interpretación, debe entenderse que se trata de la firma de un avalista.

*** Autonomía**

La obligación que contrae el avalista es una obligación autónoma. El art. 18 establece: «*El avalista quedará obligado en los términos que corresponderían formalmente al avalado y su obligación será válida aun cuando la de este último no lo sea.*»

La autonomía de las obligaciones, vista en la parte general, se reitera en este art. 18. En virtud de esta norma, si la obligación del avalado no fuera válida, por cualquier motivo, por ejemplo porque es incapaz, ello no altera la validez de la obligación del avalista.

*** Solidaridad**

La responsabilidad del avalista es solidaria, junto con el resto de los firmantes, frente al tenedor del título gracias a lo dispuesto en el art. 105 del DLTV ya analizado.

Será responsable por el total del importe o por parte de éste. Ello dependerá del tenor literal del título, esto es, si el aval es total o parcial.

c. Clases

El aval puede clasificarse de varias formas. Proponemos las siguientes:

*** Absoluto o relativo**

El aval es absoluto cuando el avalista responde por el incumplimiento de cualquiera de los obligados. Por el contrario, es relativo cuando el avalista responde por el incumplimiento de alguno de los obligados cambiarios en particular.

*** Total o parcial**

El aval es total cuando el avalista responde del pago de todo el importe del título valor. Es parcial cuando se garantiza parte del importe.

d. Diferencias con la fianza comercial

Dado que la fianza, también, sirve para garantizar las obligaciones consignadas en un título valor, es conveniente analizar sus diferencias con la fianza.

*** En cuanto a la obligación que garantizan**

El aval sólo es garantía de las obligaciones contenidas en un título valor. En cambio la fianza se utiliza para garantizar cualquier negocio jurídico.

*** En cuanto a la naturaleza jurídica**

El aval es un acto jurídico unilateral del avalista por el cual se obliga a responder del pago frente a cualquier portador. La fuente de la obligación del avalista se encuentra, como

ha quedado dicho, en su voluntad expresada mediante la firma puesta en el documento.

La fianza, en cambio, es un contrato celebrado entre el fiador y el afianzado, por el cual el fiador se obliga sólo frente al acreedor específicamente determinado. La fuente de sus obligaciones es el contrato suscripto por ambos.

*** En cuanto a los caracteres**

Aunque basta con la sola firma en el propio título valor o en una hoja adherida a él, el aval es un acto solemne; sólo produce efectos válidos cuando se cumple con los mínimos requisitos esenciales previstos en el DLTV. En cambio, la fianza es un contrato consensual, pues no requiere ningún tipo de solemnidad para que resulte eficaz. La exigencia de que se realice por escrito, contenida en el art. 605 del CCom, sólo es un requisito probatorio que no implica solemnidad. Así, la fianza puede constar en el mismo documento en que consta la obligación que se pretende afianzar o en un contrato aparte.

El avalista contrae una obligación autónoma, esto es, independiente de la obligación del avalado. Así, no puede justificar el incumplimiento a su obligación de pagar, alegando circunstancias personales que sólo pueda alegar el avalado u otro obligado cambiario. Si la obligación del avalado es inválida ello no altera la eficacia de la obligación del avalista. El fiador, en cambio, contrae una obligación accesoria porque la fianza es un contrato accesorio que sigue la suerte de la obligación principal. Si por cualquier motivo la obligación principal pierde su valor, la fianza deja de existir (art. 604 CCom). Así, si el afianzado, al momento de contraer la obligación, era incapaz, esta circunstancia enerva la obligación del fiador, quién no tendrá que pagar.

La obligación del avalista es irrevocable y la del fiador es revocable. El avalista está obligado a responder hasta tanto la obligación de su afianzado sea satisfecha. Sólo se liberará de su obligación con el pago. No es posible revocar el aval otorgado. En cambio, la obligación del fiador es revocable. En efecto, la fianza es un contrato revocable de mutuo acuerdo entre el fiador y el acreedor del fiador.

III. Transmisión

A. Títulos hábiles para transmitir un título valor

1. Endoso

a. Concepto y caracteres

El endoso es el acto jurídico unilateral de voluntad que conforma el título requerido para poder transmitir los títulos valores a la orden y, también, los nominativos endosables. Mediante el mismo, el acreedor (endosante) pone a otro acreedor (endosatario) en su misma posición y lo inviste de los derechos que el título confiere.

Al tratarse de un acto cambiario, el endoso y la obligación del endosante, participan de los mismos caracteres que el resto de los actos cartulares.

***Unilateralidad**

El endoso es un acto jurídico unilateral pues la obligación del endosante tiene su fuente en su sola voluntad, sin necesidad de que ésta se combine con otra.

***Literalidad**

El derecho del tenedor del título, contra el endoante, tiene la extensión que surge del título, ni más ni menos.

***Solemnidad**

De acuerdo al art. 40, la única formalidad del endoso consiste en la firma del endosante, al dorso del documento o en una hoja de prolongación. Sin firma no hay endoso.

***Autonomía**

La obligación que contrae el endosante es una obligación autónoma. El art. 44 establece: *«El endosante contrae una obligación autónoma, frente a todos los tenedores posteriores a él.»*

***Solidaridad**

La responsabilidad del endosante es solidaria, junto con el resto de los firmantes, frente al tenedor del título gracias a lo dispuesto en el art. 105 del DLTV ya analizado.

b. Formalidades y enunciaciones del endoso

De acuerdo a lo dispuesto en el DLTV, el endoso puede hacerse completo, esto es, con todas las enunciaciones que dispone el art. 39 o sólo con la firma del endosante puesta al dorso del documento o en una hoja de prolongación, lo cual está permitido en el art. 40.

Si se hace en forma completa contiene la fecha de asunción de la obligación, el lugar, el nombre del beneficiario (al que se le llama *endosatario*), la clase de endoso (en propiedad, en procuración o en garantía) y, finalmente, la firma del endosante.

También, puede estamparse una cláusula facultativa según la cual el endosante declara que no responderá por el pago del título. Se trata de la cláusula *sin mi responsabilidad* prevista en el art. 44 del DLTV.

c. Clases de endoso

*** De acuerdo a los derechos que transmite**

Como principio general, el endoso es el título hábil para transmitir la propiedad del derecho de crédito consignado en el documento siempre y cuando, a este título, se le sume el modo tradición o entrega. Si en el endoso no se establece que sea de otra clase, debe entenderse que es un *endoso en propiedad*.

Si no se quiere transmitir la propiedad y sí sólo los poderes necesarios para cobrar el importe del título, judicial o extrajudicialmente, debe establecerse que se endosa en estos términos. Para ello basta acompañar a la firma la constancia *endoso en procuración* o *endoso para cobranza* o *endoso por poder*. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 45, quien reciba el título tiene el derecho de cobrarlo, judicial o extrajudicialmente, y de endosarlo, nuevamente, en procuración.

El DLTV, al regular el endoso de los títulos valores, prevé el *endoso en garantía*, en su art. 46. Cuando se endosa utilizando las cláusulas *en garantía* o *en prenda*, se constituye un derecho real de garantía sobre el título (una prenda) de modo que el endosatario recibe los derechos de un acreedor prendario además de los derechos del endosatario en procuración.

Los derechos del acreedor prendario son los siguientes. En primer lugar, el derecho de ser privilegiado especial en caso de concurso lo cual le permite cobrar todo lo que se le debe ejecutando el bien prendado (art. 109 LC). En segundo lugar, tiene derecho a perseguir el bien y ejecutarlo por más que haya sido enajenado a otra persona. En tercer lugar, tiene el derecho a retener los bienes prendados en tanto no se le pague lo adeudado (art. 761 CCom).

*** De acuerdo a sus formalidades**

Endoso pleno es el que tiene todas las menciones relacionadas en el art. 39.

El *endoso a sola firma* es el realizado con la sola firma del endosante sin ninguna otra formalidad. No está previsto expresamente pero su existencia se fundamenta en que el art. 40 del DLTV establece que al endoso completo le pueden faltar todas las menciones excepto, justamente, la firma. Este endoso debe diferenciarse del endoso con blancos previsto en el art. 42 y que se verá seguidamente.

El *endoso en blanco* es aquél que contiene espacios en blanco con el destino de ser completados de acuerdo a los requisitos establecidos en el art. 4 del DLTV. Así, el blanco debe ser completado por el tenedor legítimo antes de ser presentado al cobro.

2. Cesión de créditos de papeles no endosables

En general, como se ha dicho, los títulos valores se transmiten por la simple entrega.

Así sucede cuando se emiten al portador. También se transmiten por el endoso y la entrega cuando el librador establece el nombre de una persona en el texto del documento. Sin embargo, nada obsta a que, incluso en estos casos, el beneficiario prefiera transmitir el título mediante una cesión de créditos.

En otras oportunidades, en cambio, la cesión es la forma obligada para proceder a la transmisión. Así sucede toda vez que el título valor que haya sido endosado en una fecha posterior a su vencimiento (endoso conocido como *endoso póstumo* y que está regulado en el art. 47 del DLTV). En este caso, este endoso producirá los efectos de una cesión de créditos no endosables.

Sucede lo mismo cuando el endoso es posterior al protesto por falta de pago o luego de vencido el término fijado para efectuar esta diligencia notarial. De acuerdo al art. 68, este endoso producirá los efectos de una cesión de créditos.

Finalmente, es el caso de los títulos valores con la cláusula *no a la orden* o sus sinónimos *no transferible* o *no endosable* que, precisamente, inhabilitan el endoso como forma de transmisión.

a. Concepto y procedimiento

La cesión de créditos de papeles no endosables es un contrato consensual previsto en el art. 563 y siguientes del CCom. Las partes de este contrato son el cedente, titular del crédito, y el cesionario, el adquirente del crédito. Hay un tercer sujeto, denominado *deudor cedido*, que es quien mantiene una relación de débito con el cedente.

El deudor cedido no es parte en el contrato. Sin embargo, eso no significa que la cesión le sea indiferente. Tal vez no le resulte lo mismo deberle dinero al cedente que al cesionario. Ciertamente no le resultará indiferente si, por ejemplo, el cedente le debe dinero a él (en este caso tiene un legítimo derecho a compensar su deuda).

Esta es la razón por la cual, en el procedimiento de la cesión, se hace necesario que el deudor cedido sea notificado de la cesión. Una vez notificado, el deudor cedido, de acuerdo a las circunstancias personales, decidirá si se opone o no a la cesión realizada. Si se opone, entonces, conservará contra el cesionario, ahora titular del crédito, las mismas defensas que tenía contra el cedente. Cedente y cesionario, a los ojos del cedido que se ha opuesto, son una misma persona. Si no se opone, en cambio, consiente el cambio operado y renuncia a oponer al cesionario las defensas que tenía contra el cedente.

b. Diferencias con el endoso

A diferencia del endoso, que es un acto unilateral de voluntad, la cesión de créditos es un contrato. Por tanto, necesita dos voluntades.

El endoso es un acto formal. Requiere, por lo menos, la firma del endosante al dorso del documento o en una hoja de prolongación. La cesión de créditos, en cambio, es un contrato que no requiere ninguna formalidad.

El procedimiento de la transmisión por endoso es muy sencillo: basta la firma del endosante y la entrega al endosatario. La cesión de créditos involucra un proceso más complicado: es necesario realizar una notificación al cedido, de modo de darle la oportunidad de oponerse a la cesión.

El régimen de responsabilidad entre los dos métodos de transmisión es bien distinto. Mientras que el endosante responde por el pago del título salvo pacto expreso (*sin mi responsabilidad*), el cedente responde por la existencia y legitimidad del crédito. No responde por el pago del deudor salvo pacto expreso.

Los efectos, también, son distintos. El endosante, como se ha dicho, recibe un derecho autónomo y no puede oponer excepciones relacionadas con anteriores tenedores. En la cesión, por el contrario, Si el deudor no consiente la cesión puede oponer todas las excepciones que habría podido oponer al cedente.

IV. Pago

A. Pago por el principal obligado

Si el título valor es pagado por el principal obligado al pago, con este acto se libera de responsabilidad por el pago a todos los demás obligados cambiarios.

El principal obligado al pago de una letra de cambio, es el girado aceptante (el girado que, con su firma, acepta pagar la letra). Si el girado no aceptó pagar la letra, entonces, el principal obligado al pago es el librador.

En el cheque y en el vale, como no existe acto de aceptación, el principal obligado al pago es el librador.

B. Pago por otros obligados cambiarios

Si el título valor es pagado por un endosante, libera de responsabilidad por el pago a los endosantes y avalistas que le siguen en la cadena de endosos, pero no libera a los que le preceden ni al librador. Contra estos, puede ejercer la acción de reembolso.

Lo mismo sucede si el que paga es un avalista.

CAPÍTULO CUARTO: TÍTULOS VALORES DE CONTENIDO DINERARIO

Por Nuri E. RODRÍGUEZ OLIVERA,
Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ y Virginia S. BADO CARDOZO

I. Letra de cambio

A. Concepto

La letra de cambio es un título valor de contenido dinerario que contiene una orden por la cual una persona encarga a otra el pago de una suma de dinero, a favor de una persona determinada.

De manera que el librador de la letra no es quien debe pagar; sólo emite una orden de pagar, orden que debe ser cumplida por el girado. No obstante, aunque el librador de la letra no asume formalmente la obligación de pagar, de todas formas el DLTV lo responsabiliza por el pago. Si el girado acepta, se convierte en el principal obligado, pero la Ley añade la responsabilidad solidaria del librador pues, como todo firmante del título, queda alcanzado por la responsabilidad del art. 105. Si el girado no acepta la letra, como librador será el principal obligado.

Ya hemos adelantado que detrás de la emisión de una letra existen relaciones previas, entre los elementos personales vinculados que explican por qué se libra la letra y por qué el girado la acepta. Cuando el librador da una orden de pago al girado, es porque el girado tiene dinero suyo o le debe dinero. Cuando el librador de la letra indica un beneficiario de ese pago es porque le debe dinero a ese beneficiario. Esas relaciones previas se conocen como relaciones fundamentales o causales.

1. Elementos personales

La letra de cambio involucra en su creación a tres elementos personales: el librador, que es la persona que da la orden; el girado que es la persona a quien se imparte y el beneficiario que es la persona que ha de recibir el pago.

Estas personas sólo serán obligados cambiarios cuando firmen la letra: el librador lo será al librar la letra; el girado lo será al aceptar pagarla y el beneficiario lo será sólo si transmite el título a otra persona mediante su firma puesta al dorso.

Los elementos personales que figuran en la letra son la diferencia más notoria con el vale.

En el vale encontramos dos personas: el librador y el beneficiario. El librador se obliga a pagar una cantidad de dinero a la persona designada como beneficiaria, si es a la orden de una persona determinada, o al portador (en el caso que no establezca nombre alguno). Sólo es obligado cambiario el librador del vale. El beneficiario sólo lo será si coloca su firma en el título (endoso).

En la letra, quien la libra, ordena el pago a una tercera persona. En la letra se agrega, respecto al vale, una tercera persona que es el girado. Así se designa a la persona a quien se imparte la orden. Ese girado no estará obligado sino cuando estampe su firma en la letra, en

señal de aceptación.

a. Librador

Insistimos en que el librador de la letra no asume la obligación de pagar, pues emite una orden de pagar, orden que debe ser cumplida por el girado. A pesar de ello, la Ley lo hace responsable solidario por el pago en tanto se ha obligado al firmar la letra, en un todo de acuerdo al art. 105 del DLTV.

b. Girado

El girado es el sujeto que recibe la orden de pago. Sólo si acepta con su firma se convierte en el principal obligado al pago. No obstante, para mayor seguridad, el DLTV añade la responsabilidad solidaria del librador. Si el girado no acepta la letra, el principal obligado es el librador.

c. Beneficiario

El beneficiario de la letra es la persona designada en el propio documento para recibir el importe que aparece escrito en el título. Puede ser cualquier persona, incluso puede tratarse del propio librador (art. 57 DLTV).

El nombre del beneficiario debe indicarse en la letra porque así lo dispone el art. 55, n° IV, del DLTV. En consecuencia, la letra no puede ser al portador y consecuentemente, no puede transmitirse de otra forma que no sea por el endoso y la entrega.

2. Función de la letra

La letra de cambio cumple la función de pago y además, cuando se pacta un plazo para el pago, materializa el crédito concedido.

La mecánica de la letra de cambio se explica en su utilización. A diferencia del vale y del cheque la letra ha sido pensada para utilizarse de modo de cumplir con la obligación de pagar el precio de una compraventa a distancia, fundamentalmente internacional, esto es, entre ausentes. No obstante, es muy común que se utilicen letras de cambio para transacciones internas en las que el propio librador es el girado, lo que se concreta cuando un departamento de un banco ordena al tesoro del mismo banco pagar la letra a una persona determinada.

Fuera del caso anotado, pensemos en un importador chino que compra la cosecha a un productor sojero uruguayo. En este tipo de contratación las partes residen en lugares diferentes. En el ejemplo, el comprador chino reside en la china y el productor de soja, que es el vendedor, reside en Uruguay. En lugar de trasladarse al domicilio del acreedor para pagar lo comprado, gestión que le insumiría costos significativos, el comprador chino le ordena al girado, que reside en el mismo lugar que el acreedor, pagar la letra. El girado sólo aceptará pagar la letra si tiene dinero para hacerlo.

Puede suceder que el librador le haya provisto de fondos o puede suceder que el girado le deba dinero al librador. Como sea, el girado que acepta pagar la letra la firmará en señal de aceptación y con ello se convertirá en el principal obligado al pago. Esto quiere decir que cuando la letra venza, el tenedor de la letra debe dirigirse a cobrarle a él, al domicilio indicado en la aceptación, y no al librador. Contrariamente, si el girado no acepta la letra, sea porque el librador no le ha hecho provisión de fondos, o sea por cualquier otra razón, el principal obligado al pago será el librador.

B. Actos relacionados con la letra de cambio

1. Libramiento

a. Formas de libramiento

La letra de cambio puede librarse de cuatro formas dependiendo del tipo de vencimiento elegido por el librador. Vencimiento es la oportunidad en que debe verificarse el pago. Es el día en que la obligación se hace exigible. Doctrinariamente se clasifican los vencimientos en dos categorías: absolutos y relativos.

Los vencimientos absolutos son aquellos que están determinados desde el mismo momento en que se crea la letra de cambio. Dentro de esta categoría se encuentra la letra de cambio librada a *fecha fija* y la letra librada a *cierto plazo desde la fecha*.

Los vencimientos relativos son aquellos que dependen de un hecho posterior a la creación, sea la presentación al pago o sea la aceptación por parte del girado. En esta categoría se encuentran la letra de cambio librada a *la vista* y la letra librada a *cierto plazo desde la vista*.

El art. 78 del DLTV prevé las cuatro modalidades de vencimiento en el art. 78 que dispone:

«La letra de cambio podrá librarse:

I) A la vista.

II) A cierto plazo desde la vista.

III) A cierto plazo desde su fecha y

IV) A fecha fija.

Las letra de cambio que indiquen otros vencimientos o vencimientos sucesivos se considerarán pagaderas a la vista.»

El librador de una letra de cambio no puede estipular otra modalidad de vencimiento; si lo hiciere, la mención se tendrá por no puesta y la letra de cambio se reputará pagadera a la vista. A continuación las analizaremos en el orden legal.

***A la vista**

El art. 79 establece: *«La letra de cambio a la vista será pagadera a su presentación.»*

Vencerá cuando el tenedor desee presentarla. De manera que se trata de un vencimiento relativo porque no se sabe cuando vence; ello va a depender de la voluntad del beneficiario: se pagará el día en que el beneficiario se presente a cobrarla.

Sin embargo no puede presentarla cuando quiera. En efecto, la norma impone que el tenedor debe requerir el pago en el término de un año a contar de la fecha de la creación. Se fija el plazo para que la obligación no quede pendiente por tiempo indefinido.

El art. 79 también prevé que el librador pueda acortar o alargar el plazo de un año para la presentación. El librador lo hará de acuerdo a su conveniencia y a las relaciones que tenga con el girado. También puede el creador prever que la letra no se presente antes de una fecha indicada. Por ejemplo, la letra dirá: *«páguese a la vista. Preséntese después del día 25 de marzo de 1999»*. El librador sabe que tendrá provisión de fondos, recién después de la fecha indicada y por ello fija ese término, dejando luego en libertad al portador para que la presente cuando lo desee. En ese caso, el plazo de un año, fijado por el art. 79 corre a partir de la fecha fijada, en el ejemplo, a partir del 25 de marzo de 1999.

*** A cierto plazo desde la vista**

La letra dirá, por ejemplo, así: *«páguese por esta letra la cantidad de tantos pesos en el término de 60 días a contar de la vista»*.

En este caso, el término corre a partir de la aceptación por el girado. Por esta razón es un vencimiento relativo. En efecto, el plazo de vencimiento empezará a correr a partir de un acto posterior al acto de creación, esto es, el acto de la aceptación, cuya fecha no puede predeterminarse.

En estas letras, el tenedor tiene la carga de requerir la aceptación de la letra, para que comience a correr el término. El tenedor puede presentarla para requerir la aceptación cuando quiera, con el límite fijado por el art. 71.

El art. 71 dispone que las letras a cierto plazo desde la vista, deben presentarse a la aceptación dentro del plazo de un año. El librador puede acortar o alargar ese plazo.

Lógicamente, el girado, al aceptar, debe poner la fecha de la aceptación (art. 73, § 2). Si la letra no se acepta, el término del vencimiento corre a partir del protesto. Si el girado no puso la fecha de la aceptación y no se protestó por tal motivo, se considerará como fecha de aceptación, el último día del plazo de un año señalado por la Ley o el último día del plazo fijado por el librador para que se presente la letra a la aceptación.

*** A cierto plazo desde la fecha**

En este caso, el librador de la letra fija un término que se computa a partir de la fecha del libramiento de la letra. La letra dice, por ejemplo, *«páguese por esta letra la suma de tantos pesos a los 60 días de la fecha»*. Se trata de un vencimiento absoluto porque depende de la propia letra y no de un acto posterior.

*** A fecha fija**

Si se elige esta opción, en la letra se expresará *«páguese esta letra el día 31 de diciembre de 1999»*. Se estipula en la misma letra el día de vencimiento. En el art. 82 se establecen normas interpretativas para cuando hay calendarios distintos en el lugar de creación y en el lugar de plazo:

«Cuando una letra de cambio sea pagadera a fecha fija en un lugar en que el calendario sea diferente del que rija en el lugar de creación, la fecha del vencimiento se entenderá fijada con arreglo al calendario del lugar de pago.

Cuando una letra librada entre dos plazas que tengan calendario diferente sea pagadera a cierto plazo después de su fecha, el día de la creación se reducirá al día correspondiente del calendario del lugar de pago y el vencimiento se determinará en consecuencia.

Los plazos de presentación de las letras de cambio se calcularán de conformidad con el párrafo precedente.

Estas reglas no serán aplicables cuando en una cláusula de la letra de cambio o en los mismos enunciados del título, se indique la intención de adoptar reglas diferentes.»

b. Efectos del libramiento

Los arts. 60 y 106 del DLTV establecen que cuando el librador de una letra de cambio ordena pagar al girado está garantizando al beneficiario y a los ulteriores tenedores que la letra será aceptada por el girado y pagada a su vencimiento. Tanto la aceptación como el pago son diligencias que realiza el girado.

*** Garantía de la aceptación**

¿Cómo se hace efectiva esta garantía? El tenedor debe presentar la letra al girado para recabar su aceptación. Si éste no la acepta, entonces el girado no queda obligado. El tenedor deberá protestar la letra para acreditar la falta de aceptación.

La no aceptación produce lo que se denomina *«el vencimiento anticipado de la letra»*

(art. 99). Como el librador garante la aceptación, el tenedor puede reclamar el pago al librador de inmediato a pesar de que la letra aun no haya vencido.

Recordemos que el librador puede liberarse de la responsabilidad por la aceptación, con una cláusula en la letra que diga: «*no respondo de la aceptación*». El art. 60 admite que el librador establezca que no responderá por la aceptación pero no puede liberarse de su responsabilidad por el pago.

*** Garantía del pago**

¿Cómo se hace efectiva? El tenedor debe presentar la letra al girado para reclamar el pago. El girado puede pagar o no. Si paga habrá cancelado la obligación del librador y con ello la suya propia. Si no la paga, el tenedor deberá formalizar el protesto. Luego podrá reclamar su pago contra el librador.

Si el tenedor protesta tiene acción ejecutiva contra el librador, que ha garantido el pago (art. 99). Tiene, además, acción ejecutiva contra el girado que aceptó, los endosantes y los avalistas ya que todos son obligados cambiarios.

Si no protesta pierde acción cambiaria contra el librador, endosantes y avalistas; sólo la conserva contra el aceptante (art. 106).

2. Aceptación

a. Concepto y caracteres

***Concepto**

La aceptación es el acto jurídico por el cual el girado admite la orden de pago que contiene la letra y se obliga a pagarla a su vencimiento (art. 76 § 1).

La letra de cambio es una orden de pago del librador al girado. El girado no está obligado cambiariamente por el solo hecho de ser mencionado en la letra; es menester, para que quede obligado, que acepte. Recién con su aceptación deviene en obligado. Su aceptación se manifiesta con la firma.

Una vez librada la letra, el tenedor debe presentarse ante el girado a los efectos de recabar su aceptación. El girado puede aceptarla o negarse a hacerlo. Si la acepta, entonces se obliga a pagarla una vez que se produzca el vencimiento. En otras palabras, la aceptación tiene el efecto de convertir al girado en el obligado principal y directo al pago de la letra.

Si el girado no acepta la letra, entonces no se hace responsable por el pago. Cabe aclarar que aun cuando la letra no sea aceptada, ella es válida y produce sus efectos respecto a los obligados cambiarios, que ya la han suscrito. Además, aunque no acepte la letra, ello no libera al tenedor de tener que presentársela, nuevamente, al pago, aunque sepa que no la va a pagar.

En resumen: la letra nació con la firma del librador y desde su nacimiento con esa sola firma existen obligaciones y los derechos correlativos. La aceptación no es un complemento esencial para que la letra produzca sus efectos. Lo que sucede simplemente es que, en tanto no se acepte, el girado no es un obligado; aunque a su respecto, el tenedor de la letra debe cumplir ciertas obligaciones o cargas: debe requerirle la aceptación o pago y en caso de no aceptación o de no pago, formalizar el protesto correspondiente.

***Caracteres**

La aceptación, por ser un negocio que tiene que ver con un título valor, reviste los caracteres propios de los títulos valores.

La obligación del girado nace por su sola declaración escrita de que acepta o por su

sola firma, que actúa como señal de aceptación. La fuente de su obligación es su voluntad unilateral.

Consiste en una constancia escrita en el documento. La sola voluntad del girado de aceptar aun cuando lo manifieste y exteriorice de cualquier modo y aun documentalmente, no basta para que nazca una obligación cambiaria a su cargo. Debe existir la constancia escrita de su aceptación en el propio documento.

La obligación contraída por el aceptante reviste el carácter de autonomía previsto por el art. 8 del DLTV. El derecho correlativo que adquiere el portador es un derecho literal y autónomo (art. 1).

El art. 74, § 1, dispone que la aceptación será pura y simple. El girado no puede subordinar el pago de la letra al cumplimiento de una condición (art. 74, § 1).

La aceptación es irrevocable. No obstante, el DLTV autoriza que el girado - que tiene en sus manos la letra ya que ha firmado la aceptación- antes de restituirla, tache su aceptación. En tal caso debe tenerse por no aceptada.

Si aparece en una letra una aceptación tachada, el DLTV presume que la tachadura fue realizada por el girado, antes de la restitución. Esta presunción admite prueba en contrario. El portador, interesado en la responsabilidad del girado, podrá probar que la aceptación fue tachada tiempo después de la aceptación.

b. Formalidades de la aceptación

*** Formalidades de acto de presentación**

La presentación implica la exhibición de la letra. La presentación es el acto por el cual se exhibe la letra de cambio al girado para que ponga en ella su aceptación. El portador no tiene que entregar la letra pero la tiene que exhibir, permitiendo que el girado estampe en ella su aceptación, si quiere hacerlo.

La presentación de la letra para recabar la aceptación es una carga del tenedor (art. 69). Es una facultad que le beneficia, pues de contar con su aceptación, se refuerza el valor de la letra. Si no la presenta para recabar la aceptación, nada impide que luego la presente al vencimiento, exigiendo el pago al girado. No obstante, hay un caso en que la presentación de la letra a la aceptación más que una carga, se una obligación: cuando las letras son a cierto plazo desde la vista. Por otra parte, el librador puede imponer la obligación de que se presente o prohibir la presentación a la aceptación (art. 70).

La presentación a la aceptación la debe hacer el tenedor de la letra, esto es, quien aparece como endosatario. También, puede presentarla un representante de éste. También, puede requerir la aceptación el mero tenedor, aunque no tenga derechos como endosatario, pues el art. 69 se refiere al simple portador.

La presentación se hace al girado en su domicilio (art. 69). La oportunidad en que se ha de presentar varía según el tipo de vencimiento.

La letra a la vista es pagadera a su presentación, no es necesaria su previa aceptación. En cambio, la letra a cierto plazo desde la vista debe presentarse para su aceptación, necesariamente, por lo dispuesto por el art. 80. La ley impone el plazo de un año a contar de la fecha de su creación, para su presentación (art. 71). El librador puede estipular un plazo distinto, mayor o menor (art. 71). No puede estipular que no se presente a la aceptación, es decir, no puede agregar la cláusula *no aceptable* (art. 70, § 1, in fine).

En la letra con vencimiento fijo el DLTV no establece plazo para presentar la letra a la aceptación. Es del interés del tenedor presentarla cuanto antes, pues con la aceptación obtiene un nuevo obligado cambiario que refuerza el valor del título.

*** Formalidades del acto de aceptación**

La aceptación es un acto formal. El art. 73 dispone que se escriba en la misma letra. No hay fórmulas sacramentales. Puede expresarse *acepto* o *conforme*, aunque basta la sola firma del girado puesta en la letra y la firma estamparse en el anverso (art. 73). Lo corriente es que el girado firme al pie de la letra, donde figura su nombre (art. 72). El DLTV no establece la posibilidad de hacerla constar en hoja adherida, como se prevé para el aval o para el endoso.

Tiene capacidad para aceptar quien tiene capacidad para obligarse. Puede aceptar, un mandatario aplicando las normas generales de la Ley (arts. 21 y ss.).

En las letras a días o meses vista debe establecerse la fecha de la aceptación (art. 73). En efecto, en estos casos, el plazo para el vencimiento de la letra se cuenta desde la fecha de la aceptación.

Para las letras domiciliadas el art. 75 dispone que cuando el librador hubiere indicado en la letra de cambio, un lugar de pago distinto al del domicilio del librado, sin designar a un tercero en cuya casa haya de hacerse el pago, el librado podrá indicarlo así en el momento de su aceptación. A falta de semejante indicación, se entenderá que el aceptante se ha obligado a pagar por sí mismo en el lugar de pago.

Cuando la letra sea pagadera en el domicilio del librado éste podrá indicar en la aceptación una dirección en el mismo lugar para que en ella se efectúe el pago.

c. Monto de la aceptación

El art. 74 prevé la aceptación parcial pero deja librado a la voluntad del portador admitirla, en cuyo caso debe protestarse por el resto. En caso contrario deberá protestarse por el total.

El protesto por aceptación parcial produce iguales efectos que el protesto por falta de aceptación respecto al importe por el cual se protesta. En consecuencia, el portador puede exigir el pago anticipado de la parte que no fue aceptada por vía de regreso, pero debe esperar al vencimiento para exigir del girado la parte que aceptó. El obligado de regreso que paga anticipadamente sólo parte de la letra, no puede exigir la letra pero puede exigir un recibo, que se anote en la letra su pago parcial y, además, una copia certificada de la letra y del protesto (art. 103). Con esos documentos puede ejercer la acción de reembolso contra quienes son sus garantes.

Si el tenedor no admite la aceptación parcial protestará por el todo. El DLTV no lo establece pero debe entenderse así, ya que es facultativo para el tenedor admitir o no la aceptación parcial.

d. Efectos de la aceptación

El girado que aceptó debe pagar, aun cuando no tenga fondos, porque la existencia o no de fondos es irrelevante para el funcionamiento de la letra. El girado puede haber aceptado sin tener provisión de fondos porque los esperaba y no los recibió o porque simplemente concedió crédito al librador. En cualquiera de los casos, pagada la letra, el girado tendrá una acción para reclamar al librador el importe pagado, acción que será extracambiaria.

En conclusión, sea que el girado tenga o no fondos del librador, su aceptación produce los siguientes efectos:

*** El aceptante se convierte en el principal obligado por el pago de la letra**

El efecto principal de la aceptación consiste en que el girado se convierte en obligado cambiario, siguiendo el principio genéricamente establecido de que todo aquél que firme un título valor se obliga a pagarlo (arts. 8 y 9). El principio está expresamente reiterado en los arts. 76 y 105 del DLTV.

El girado con su aceptación se compromete a cumplir la orden librada y se convierte en el obligado principal y directo al pago de la letra. Cuando llegue el vencimiento de la letra, el tenedor acudirá a exigir su pago al aceptante por ser el principal obligado y, si éste no paga, deberá protestar la letra por falta de pago y tendrá acción ejecutiva para exigir su pago contra el girado aceptante, endosantes y el librador.

El girado obligado por su aceptación, como todo obligado cambiario, contrae una obligación literal. Se obliga por los términos de la letra.

El portador tiene un derecho autónomo contra el aceptante y, por lo tanto, éste no puede oponerle, en el momento del pago, excepciones que tengan que ver con sus relaciones con el librador ni con anteriores tenedores.

La aceptación de la letra no extingue, por sí, la obligación extracambiaria que pueda existir entre librador y girado. El girado ha consentido en obligarse nuevamente, por un vínculo cambiario que se suma a la obligación extracambiaria preexistente. La relación fundamental subsiste. La deuda del girado a favor del librador no se extingue. Recién se extinguirá cuando el girado pague, al vencimiento.

*** Refuerza el crédito en la medida en que garantiza el pago**

Decimos que refuerza el crédito que la letra ha incorporado porque aumenta la confianza de que la letra será pagada a su vencimiento. Con la aceptación, las letras obtienen un mayor respaldo pues, además de la firma del librador tiene la firma del girado, ambos solidariamente responsables del pago, sin perjuicio de las responsabilidades de endosantes y avalistas que pudieran haber firmado. Ello contribuye, además, a facilitar su circulación pues el tenedor la ha de colocar mejor en el mercado cuando la letra cuente con la aceptación del girado.

*** Comienza a correr el plazo en las letras a cierto plazo desde la vista**

En las letras a cierto plazo desde la vista interesa la aceptación puesto que desde su fecha empieza a correr el plazo señalado, con lo cual queda determinado el día del vencimiento.

e. Efectos de la falta de aceptación

Si el girado no acepta la letra se producen los siguientes efectos:

*** Se produce el vencimiento anticipado de la letra de cambio**

De acuerdo al art. 99, lit. B, § 1, si el girado no acepta la letra se produce el vencimiento anticipado del derecho incorporado. Esto quiere decir que el tenedor no tendrá que esperar al vencimiento de la letra; queda habilitado a presentarla inmediatamente al pago.

*** Debe formalizarse el protesto por la falta de aceptación**

El portador tiene la facultad, en algunos casos, y en otros la obligación de recabar la aceptación del girado. Si al hacerlo el girado se niega a aceptar, debe formalizarse la diligencia de protesto.

*** Responsabiliza al girado si el librador le proveyó de fondos**

El girado que no acepta, teniendo provisión de fondos, daña al librador en tanto haya pactado con él prestar el servicio de pago. De manera que aun cuando el girado tuviera fondos, no tiene por qué pagar la letra si no existió un pacto cambiario, tácito o expreso, en tal sentido. Existirá responsabilidad sólo si se hubiera celebrado un pacto cambiario.

La acción del librador será una acción extracartular, esto es, basada en la relación fundamental que existe entre librador y girado, y en el pacto celebrado.

3. Pago

a. Presentación al pago

El art. 6 dispone que el ejercicio del derecho consignado en un título valor requiera la exhibición del mismo. La presentación de la letra al pago, exigida por la ley, es consecuencia de la aplicación de ese precepto general. Para reclamar el pago, el portador debe exhibir o presentar la letra al obligado.

Además, el DLTV dispone que si el título es pagado, el portador debe entregarlo a quien lo pagó. La presentación al pago dependerá del vencimiento de la letra:

Para las letras a la vista, el vencimiento acaece el día de la presentación. En consecuencia, respecto a estas letras no se requiere la previa aceptación: el portador exige directamente el pago.

Las letras con otros vencimientos deben ser presentadas al pago por el tenedor el día en

que debe pagarse, o en uno de los dos días hábiles sucesivos. Así lo dispone el art. 83.

Obsérvese que el legislador ha tratado la misma situación de diversa manera:

En el art. 106, para las letras a la vista, dispone que la falta de presentación en el término de un año produzca la caducidad de las acciones de regreso.

En el art. 83, para las letras con otros vencimientos, en cambio, la falta de presentación no se sanciona especialmente. El DLTV dispone que el tenedor deba presentarla pero nada dispone para el caso que no se cumpla con el precepto legal. Entendemos que no hay sanción sin texto que la imponga.

b. Efectos del pago

El girado puede pagar la totalidad de la letra o puede pagar parte de ella. El art. 85 del DLTV establece que el tenedor no puede rehusar un pago parcial. El pago parcial solamente libera por la parte pagada.

Para el caso de pago parcial, el art. 85 establece, en su § 2, que el portador debe protestar por el resto que no se pagó. Los efectos del protesto y de su omisión respecto al importe impago son similares a los analizados en el caso de falta de pago.

Los efectos son los siguientes:

*** Extingue la obligación cambiaria**

El pago total por parte del girado extingue la obligación del librador y la de todos los demás firmantes de la letra de cambio: el girado, los avalistas y los endosantes.

*** No extingue la relación fundamental entre el librador y el girado**

No extingue las relaciones fundamentales que mantengan el librador y el girado. El girado se convertirá en acreedor del librador si éste no le ha entregado fondos para pagar la letra.

*** El girado puede rescatar la letra**

El girado, al pagar la totalidad, tiene el derecho a exigir que se le entregue la letra. Si ha efectuado un pago parcial, tiene derecho a exigir que se le proporcione la letra a los efectos de colocar una constancia del pago que ha hecho (art. 85).

c. Efectos de la falta de pago

Si el girado no paga la letra se producen los siguientes efectos:

*** El tenedor debe protestar por falta de pago**

El tenedor de la letra, aceptada y no pagada por el girado, debe protestar formalmente para conservar las acciones tendientes a su cobro.

*** El girado se hace responsable frente al librador**

La letra que fue aceptada y no se pagó genera la responsabilidad del girado porque éste garantizó al librador el pago cuando aceptó. Si incumpliendo su obligación no paga, es responsable frente al librador por los daños y perjuicios ocasionados.

Si el librador entregó los fondos al girado para pagar, además de los daños y perjuicios, el girado deberá el monto de la provisión de fondos. Si no hubo provisión pero hubo pacto cambiario (según el cual el girado daría crédito al librador), igualmente deberá los daños y

perjuicios.

4. Protesto

a. Concepto

El protesto es un acto auténtico y solemne por medio del cual se deja constancia de determinados hechos, actos jurídicos u omisiones relativos a la letra de cambio. En nuestro Derecho se formaliza con la intervención de un escribano público.

Los protestos se clasifican en dos categorías: los relacionados con el acto de aceptación y los relacionados con el acto de pago.

b. Protestos relacionados con la aceptación

*** Protesto por falta de aceptación**

Cuando el girado se niega a aceptar la letra, el beneficiario debe formalizarse el protesto. También, debe protestar si el girado que aceptó, luego tacha su aceptación antes de restituir el título (art. 77 DLTV).

*** Protesto por aceptación parcial**

El protesto por aceptación parcial produce iguales efectos que el protesto por falta de aceptación respecto al importe por el cual se protesta. En consecuencia, el portador puede exigir el pago anticipado de la parte que no fue aceptada por vía de regreso, pero debe esperar al vencimiento para exigir del girado la parte que aceptó.

El obligado de regreso que paga anticipadamente parte de la letra, no puede exigir la letra, pero puede exigir tres cosas: un recibo, que se anote en la letra su pago parcial y además, una copia certificada de la letra y del protesto. Con esos documentos puede ejercer la acción de reembolso contra quienes son sus garantes.

*** Protesto al girado que quiere aceptar pero no puede o no sabe firmar**

En virtud de lo que dispone el art. 73, la aceptación debe constar en la misma letra y debe ser firmada por el girado o por su representante. Si el girado no puede o no sabe firmar y no tiene representante que firme por él, la letra debe ser protestada por falta de aceptación, aun cuando el girado tuviera la voluntad de aceptar. No dejar constancia de la aceptación en la forma que dispone la Ley equivale a no aceptar.

*** Protesto por aceptación condicional**

Cuando el girado acepta bajo una condición, la condición es nula y la letra debe tenerse por aceptada (art. 74).

Como puede entenderse que la aceptación condicional es nula, es prudente protestar por falta de aceptación con iguales efectos a los ya analizados.

*** Protesto en caso de aceptación en que se incluye una modificación**

La inclusión de una modificación a la letra, en el acto de aceptar, equivale a una negativa de aceptación (art. 74, § 3). En consecuencia, debe protestarse a los efectos de conservar las acciones de regreso para el cobro anticipado. Sin perjuicio de lo expresado, el portador conserva acción directa contra el girado, que quedó igualmente obligado en los términos de la letra con sus modificaciones.

*** Protesto de letras a cierto plazo desde la vista, aceptadas sin indicar fecha**

En las letras a cierto plazo desde la vista, el aceptante debe establecer la fecha de su

aceptación (art. 73). La norma se explica por cuanto en este tipo de letras, el término empieza a correr a partir de la fecha de la aceptación (art. 80). Si no se establece la fecha de aceptación no puede determinarse la fecha de vencimiento. En consecuencia, el tenedor debe protestar.

El efecto del protesto, en este caso, es que se toma como fecha para determinar el vencimiento. Los efectos de la omisión son varios.

*** Letras con obligación de presentar a la aceptación en un plazo determinado**

El establecimiento de un término responde a la conveniencia de conocer rápidamente lo resuelto por el girado y adoptar las previsiones del caso. En estas letras el girado debe poner en la letra, al aceptar, la fecha de su aceptación y si el tenedor se lo requiere la fecha de la presentación. Ello es así porque la letra puede ser presentada un día y aceptada otro día distinto. Esta práctica está permitida en el art. 72, que admite que el librado solicite se le presente en una segunda vez, al día siguiente de la presentación. Si el aceptante no pone la fecha, tal como se le requiere, el portador debe protestar.

*** Letra con la mención «no aceptable»**

Si en el texto de la letra aparece la prohibición de presentarla a la aceptación, el tenedor no puede requerir la aceptación del girado y desde luego no puede protestarla. Si no obstante la prohibición la presenta y protesta por falta de aceptación, ese protesto no tendrá ningún efecto y los gastos deberán ser absorbidos por quien solicitó la diligencia.

c. Protestos relacionados con el pago

*** Protesto por falta de pago**

El pago debe exigirse por el portador el día del vencimiento o en uno de los dos días hábiles sucesivos. Si el girado no paga, el tenedor debe formalizar el correspondiente protesto (art. 89).

*** Protesto por pago parcial**

Para el caso de pago parcial, el art. 85, §2, establece que el portador debe protestar por el resto que no se pagó.

d. Formalidades

El acto de protesto es una diligencia que debe realizar un escribano público mediante la formalización de una serie de actas notariales: la de presentación, la de protesto y la de protocolización (art. 89 y 94 DLTV).

Las tres actas deben labrarse llenando requisitos legales que revisten carácter de solemnidades. El art. 94 establece las menciones que esencialmente deben contener cada una de ellas. El incumplimiento de cualquier formalidad vicia el acto de nulidad.

Resumidamente estas formalidades son las siguientes:

*** Presentación al escribano y acta de solicitud**

La presentación al escribano debe efectuarse dentro de los dos días hábiles siguientes a aquél en que la letra debía ser aceptada o pagada (art. 91). El escribano labra, entonces, un acta de solicitud cuyo contenido esencial es el siguiente:

1. el lugar, día, mes y año en que se realiza la presentación;
2. referencia a la letra de cambio a protestar, especificando el lugar y fecha de libramiento, cantidad y especie de moneda, plazo, nombre del librador, del tomador, del

girado y del avalista, fecha de los endosos, nombres de los endosantes y nombre de los endosatarios, nombre de indicados y sus domicilios. La relación de datos se puede sustituir por agregación al acta de copia fotostática de la letra. El Decreto Ley establece que no es necesaria la traducción de los documentos redactados en otro idioma.

Aunque el DLTV no lo establezca, el acta debe contener el requerimiento del portador de la letra de que se proteste la letra y su firma en el acta.

*** Protesto y acta de protesto**

Dentro de los dos días hábiles inmediatos siguientes al día de la solicitud, el escribano debe presentarse ante el girado para efectuar la diligencia de protesto (art. 91). En ese acto leerá la solicitud, le solicitará la aceptación o el pago de la letra y de todo lo que el girado diga tomará debida nota.

Realizado el protesto, el escribano labra un acta de protesto con el contenido siguiente: el lugar, día, mes y año de la diligencia; la intimación hecha a la persona que debe aceptar o pagar la letra o no estando presente, a la que sea intimada en nombre de ella y la respuesta dada o la atestación de que no dieron ninguna; la conminación de gastos y perjuicios contra todos los obligados a las resultas de la letra; mención de haber entregado copia firmada por el escribano actuante y si hubiere agregado copia fotostática de la letra, entrega de otro ejemplar también firmado por el escribano, del documento que se protesta; la interpelación para que el protestado firme el acta y si no pudiere hacerlo o se negase a verificarlo, la constancia de esa circunstancia.

*** Acta de protocolización**

Finalmente, el escribano protocoliza las actas anteriores mediante la incorporación del acta de protocolización a su Registro de Protocolizaciones. Debe efectuarlo al día siguiente de los dos días hábiles que tiene para formalizar el protesto.

e. Efectos

***Efecto del protesto por falta de aceptación: vencimiento anticipado de la letra**

Si el portador de la letra protesta por falta de aceptación, no tiene que aguardar al vencimiento de la letra para iniciar las acciones ejecutivas contra el librador; puede iniciarlas inmediatamente, en forma anticipada (art. 99, n° 1, lit. B).

La acción es ejecutiva por lo dispuesto en el art. 107. Obsérvese que no tiene acción contra el girado porque, precisamente, éste no aceptó.

Se trata de una facultad. Si el tenedor quiere aguardar el vencimiento y volver a presentarse ante el girado para exigir el pago, puede hacerlo.

Si no se protesta la letra por falta de aceptación, el portador pierde el beneficio del vencimiento anticipado. En ese caso necesariamente debe esperar al vencimiento y presentar la letra al pago y en defecto de pago, protestar.

Como es obvio, si el portador promueve acción para el cobro de la letra anticipadamente, se hace innecesaria y superflua la presentación de la letra al vencimiento para requerir su pago.

No obstante lo que acabamos de expresar, el art. 89, § 2, del DLTV establece: «*El protesto por falta de aceptación no exime al tenedor de la letra de la obligación de protestarla de nuevo si no se pagase.*»

Entendemos que esta norma sería aplicable cuando el portador renuncia al ejercicio de la acción anticipada. Porque, insistimos, si el tenedor puede de inmediato ejercer las acciones de regreso para obtener el pago, no tiene sentido que se le obligue a protestar por

falta de pago.

También funcionaría la norma en el caso en que el protesto por falta de aceptación no provoque el vencimiento anticipado, esto es, en las letras a cierto plazo desde la vista (art. 80 DLTV) o en las letras con la mención *no aceptable*.

En el caso de una aceptación parcial se aplica el art. 74, § 2. Esta norma establece: «*De admitirse por el tenedor una aceptación parcial deberá protestarse por el resto.*»

Si el tenedor no admite la aceptación parcial protestará por el todo. La ley no lo dice, pero debe entenderse así, ya que es facultad del tenedor admitir o no la aceptación parcial. El protesto por aceptación parcial produce iguales efectos que el protesto por falta de aceptación respecto al importe por el cual se protesta. En consecuencia, el portador puede exigir el pago anticipado de la parte que no fue aceptada por vía de regreso, pero debe esperar al vencimiento para exigir del girado la parte que aceptó.

El obligado de regreso que paga anticipadamente sólo parte de la letra, no puede exigir la letra, pero puede exigir tres cosas: un recibo, que se anote en la letra su pago parcial y, además, una copia certificada de la letra y del protesto. Con esos documentos puede ejercer la acción de reembolso contra quienes son sus garantes.

*** Efectos del protesto por falta de pago: formación del título ejecutivo**

Si el tenedor protesta por falta de pago la letra adquiere calidad de título ejecutivo para accionar contra los obligados cambiarios de regreso, con acciones ejecutivas tendientes a lograr el cobro inmediato de la prestación.

Si la letra no se protesta por la falta de pago, el tenedor pierde las acciones cambiarias contra los endosantes, contra el librador y contra los demás obligados (art. 106). Sin embargo, aun cuando no la proteste, conserva la acción contra el girado aceptante. En caso de pago parcial, los efectos son los mismos en la parte que no se pagó y se protestó.

II. Vales

A. Concepto

El vale, pagaré o conforme, es un título valor de contenido dinerario que contiene una promesa de pagar una suma de dinero a una persona designada expresamente, o a su portador.

A diferencia de la letra de cambio, no contiene una orden de pago, sino una promesa de pago y en su funcionamiento intervienen sólo dos personas: el librador y el beneficiario. También a diferencia de la letra, los vales pueden librarse al portador, lo cual determina que puedan transmitirse por la simple entrega.

B. Enunciaciones del vale

Los vales deben contener una serie de enunciaciones que son esenciales y que están dispuestas en los arts. 120 y 3 del DLTV. Estas enunciaciones son las siguientes:

1. El nombre del título valor
2. La fecha de creación
3. El lugar de creación. Pese a figurar en la enumeración legal, ha de tenerse presente que esta enunciación no es esencial pues en caso de no figurar deb¹¹e aplicarse el art. 54 .4 que es la norma supletoria.

4. La promesa de pagar una suma determinada de dinero
5. La firma del librador

Los vales también pueden contener otras cláusulas a las que se les denomina *facultativas*, en tanto dependen de la voluntad del creador. Estas cláusulas facultativas están dispuestas en el art. 125 del DLTV y son las siguientes:

1. Interés corriente o moratorio que podrá pactarse en todos los casos.
2. Mora automática. La incorporación de esta cláusula permite que por el sólo vencimiento de los plazos estipulados para el pago del capital e intereses, el deudor caiga en mora sin necesidad de ningún tipo de interpelación.
3. Atribución de jurisdicción. Con esta cláusula el librador señala la competencia jurisdiccional en caso de litigio.
4. Constitución de domicilio. Esta mención ha sido interpretada de diversa forma. Se ha dicho que permite al librador establecer un determinado domicilio a los efectos del juicio y también se ha dicho que además es útil para consituir domicilio a los efectos extrajudiciales.
5. Vencimientos. El librador puede extender el vale a la vista; a cierto plazo desde su fecha y a fecha fija. Se aplica, por tanto, el art. 78 ya estudiado sobre letra de cambio.
6. Vencimientos sucesivos y pacto sobre cuotas. Esta cláusula autoriza a dividir el total del importe del vale en partes. Por ejemplo, un vale de 10.000 pesos puede fraccionarse en diez cuotas de 1000 pesos cada una. De modo de facilitar la ejecución de la totalidad del vale, cuando se pacta un vale con vencimientos sucesivos la Ley autoriza que se acuerde que la falta de pago de una o más cuotas hará exigible el pago de toda la suma adeudada. Si no se pacta de esta manera, habrá de esperarse el vencimiento de la última cuota para ejecutar el vale.

Sobre la inclusión de otras cláusulas, además de las permitidas, es necesario considerar lo siguiente: el art. 121 del DLTV, hoy derogado por el 125 que se analiza, establecía lo siguiente: «*Solamente pueden incluirse en los vales...*». El carácter restrictivo de esta norma fue señalada por los redactores de la misma. Hoy, en cambio, el art. 125 dispone: «*Podrán también incluirse en los vales, pagarés y conformes, otras cláusulas tales como...*» (las enumeradas precedentemente).

Como puede apreciarse, esta redacción plantea el problema de si actualmente se pueden agregar otras, en tanto el vocablo *podrán* genera dudas a la doctrina. Existen autores que consideran que al haberse omitido la palabra *solamente* sería posible agregar cualquier tipo de estipulación en un vale. Otros autores no están de acuerdo y consideran que el vale debe tener, únicamente, las estipulaciones que la Ley permite.

III. Cheques

El art. 1 del DLCh clasifica a los cheques en dos categorías: comunes y diferidos. La norma define a los cheques comunes en el art. 2 y al cheque de pago diferido en el art. 3.

A. *Cheque común*

1. Concepto

El art. 2 del DLCh define al cheque común en los siguientes términos:

«El cheque común es una orden de pago, pura y simple, que se libra contra un banco en el cual el librador debe tener fondos suficientes depositados a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización expresa o tácita para girar en descubierto.

El cheque garantizado y el de viajero son modalidades del cheque común y se regirán por las disposiciones de los artículos 53 y 54 al 57, respectivamente, de la presente ley, sin perjuicio de la aplicabilidad de las restantes normas del capítulo siguiente.

En todos los casos en que se haga mención a cheques sin ninguna otra especificación, se entenderán referidos a los comprendidos en el literal A) del artículo anterior.»

A diferencia del vale y de la letra de cambio, que pueden ser confeccionados por el librador, los cheques se confeccionan por los bancos cumpliendo ciertas normas que imparte el BCU y se entregan al librador en libretas.

El concepto legal nos dice tres cosas sobre el cheque común:

- a. que es una orden de pago pura y simple;
- b. que esa orden se libra contra un banco;
- c. que el librador debe tener fondos suficientes depositados a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización expresa o tácita para girar en descubierto.

a. El cheque como orden de pago de pago pura y simple

El cheque sirve fundamentalmente para pagar una obligación, aunque justo es advertir que la entrega del cheque no constituye, realmente, un pago, en tanto no extingue la obligación. No extingue la obligación dado que el cheque se recibe *pro solvendo* o, lo que es lo mismo, *salvo buen cobro*. Así está dispuesto en el art. 25 del DLTV y en el art. 46 del DLCh: *«La entrega de un cheque por el importe de una suma debida, no extinguirá el crédito originario y el acreedor conservará los derechos y privilegios que tenía, además de los que derivan del cheque recibido, salvo que se pruebe que hubo novación.»*

En puridad, por tanto, y salvo que se haya pactado lo contrario, la entrega del cheque no extingue la obligación y simplemente evita el desplazamiento de dinero. Quiere decir que sólo en un sentido coloquial se puede decir que se paga con cheque.

El cheque contiene una orden de pago pues el librador ordena al banco pagar una suma de dinero. El banco cumple la orden porque se ha obligado a ello por el contrato de cuenta corriente bancaria. Recibido el cheque, debitará su importe de la cuenta del librador.

La orden debe ser pura y simple en tanto el librador no puede condicionarla al cumplimiento o incumplimiento de ninguna condición. Ello es es coherente con los atributos de autonomía y abstracción que caracterizan a todos los títulos valores de contenido dinerario.

Además, el art. 32 del DLCh establece que esta orden, en general, es irrevocable. Hacemos la salvedad por cuanto la revocación del cheque sólo se permite en los casos de violencia en el acto de libramiento, extravío o hurto de la libreta de cheques y aviso del tenedor (hipótesis que no es propiamente una revocación), y en todo caso cumpliendo los requisitos legales establecidos en el art. 36 n^{os} 4, 6 y 8 del DLCh. Fuera de estos casos, la revocación de la orden de pago emitida en un cheque está penada con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría (art. 58 lit. D).

El librador incurrirá en la misma pena si retira los fondos existentes en su cuenta para defraudar al acreedor. Asimismo, también será castigado penalmente si teniendo fondos, los bloquea bajo cualquier pretexto legal que no sea cierto o si, teniendo fondos en el momento

de librarlo, clausura su cuenta corriente después de librarlo. Lo mismo si da aviso del extravío de la libreta cuando, en realidad, lo que pretende es evitar el pago de un cheque concreto.

b. El cheque como orden librada contra un banco

Tal como surge de la definición del cheque y del estudio de sus enunciaciones, resulta que pueden intervenir en un cheque las siguientes personas: el librador, el banco girado y el beneficiario, sin perjuicio, de la participación de endosantes y avalistas.

El banco girado no se comporta como el girado de una letra de cambio. No acepta el cheque y por lo tanto no se constituye en deudor de su importe. El art. 11 del DLCh establece: «*El cheque no puede ser aceptado. Toda mención de aceptación puesta en el cheque se reputa como no escrita.*»

El librador ordena un pago al banco, pero el banco no asume la obligación cambiaria de pagar el cheque al tenedor, lo que significa que el tenedor, si el cheque no es pagado, no puede nunca demandarlo por ello como demanda al librador, endosantes, avalistas y aceptantes, haciendo valer la solidaridad cambiaria o la solidaridad entre los firmantes del mismo acto de conformidad con los arts. 105 y 14 del DLTV. El banco sólo está obligado con el librador por el contrato de cuenta corriente bancaria a pagar los cheques que el librador gire contra su cuenta, en tanto ésta sea suficiente y esté disponible.

Insistimos, el banco no puede, ni debe aceptar el cheque, pues ello le está prohibido por el art. 11 del DLCh. En consecuencia permanece ajeno a las obligaciones propias de cada cheque. No se constituye en obligado cambiario. Su posición es distinta a la del girado de una letra de cambio, sujeto que sí puede aceptar y qué al hacerlo se convierte en un nuevo obligado por su importe, comprometiendo así su patrimonio.

c. La provisión de fondos y el giro en descubierto

La definición contiene una referencia a la relación previa que debe existir entre el librador y el banco: el contrato de cuenta corriente bancaria, vínculo que une al librador con el banco.

El contrato de cuenta corriente bancaria es un contrato normativo dentro de cuyo marco se celebran otros contratos: el contrato de depósito bancario y el contrato de apertura de crédito bancaria. El libramiento de cheques y su pago se efectúan en el marco del contrato de cuenta corriente bancaria para permitir el retiro del dinero depositado o para la utilización del crédito acordado.

*** Concepto de cuenta corriente bancaria**

La cuenta corriente bancaria es el contrato convenido entre un banco y su cliente por el cual aquél se obliga a realizar por cuenta de éste, todas las operaciones inherentes al servicio de caja contabilizando, puntual y sistemáticamente, los ingresos y egresos de fondos. Aunque es opinable¹², nosotros nos inclinamos por considerarlo un contrato de naturaleza instrumental porque sirve al contrato de apertura de crédito y el contrato de depósito bancario. Se encuentra regulado por los arts. 33 a 39 de la Ley 6895 de 1919 y puede ser de dos formas: al descubierto o con provisión de fondos.

Cuando la cuenta corriente bancaria opera con provisión de fondos significa que los fondos que allí se encuentran han sido depositados por el cuenta correntista. En este caso, el

12 RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios*, 4ª ed. (1990), p. 152 y ss.

contrato de cuenta corriente bancaria se combina con el contrato de depósito bancario. Por el contrario, cuando los dineros de la cuenta corriente no son depositados por el cuenta correntista, sino que se obtienen gracias al crédito de dinero que el banquero proporciona permanentemente y mientras está vigente el contrato, la cuenta se combina con el contrato de apertura de crédito bancaria.

De lo dicho se desprende claramente que siempre debe existir provisión de fondos y que que la expresión *al descubierto*, que utiliza el DLCh, no debe nunca ser interpretada como una licencia al librador para que pueda girar sin fondos, pues ello es un delito.

*** Requisitos de la provisión de fondos**

El DLCh exige que la cuenta corriente bancaria tenga provisión de fondos. El librador no sólo debe haber celebrado un contrato de cuenta corriente, sino que debe haberlo perfeccionado realizando o un depósito o solicitando la apertura de determinado crédito. En ello justamente consiste la provisión de fondos: el derecho de disponer de lo depositado, o el derecho de disponer del crédito concedido.

En materia de letras de cambio, el DLTV no se refiere a la provisión de fondos. La provisión de fondos resulta de una relación extracartular entre librador y girado que el legislador no disciplina.

Obsérvese la diferencia entre los dos títulos: el girado de una letra de cambio, aun cuando no tenga provisión de fondos, puede aceptar convirtiéndose en principal obligado cambiario. En el cheque, en cambio, el banco que no tiene provisión de fondos no debe pagar y ello por cuanto no se comporta como el girado de una letra de cambio. No acepta el cheque y por lo tanto no se constituye en deudor de su importe. El art. 11 establece: «*El cheque no puede ser aceptado. Toda mención de aceptación puesta en el cheque se reputa como escrita.*»

La provisión de fondos debe cumplir los siguientes requisitos: liquidez, suficiencia y disponibilidad.

En la cuenta corriente bancaria debe haber dinero depositado, lo que confiere al librador un crédito contra el banco. Liquidez significa que no debe ser necesario efectuar una liquidación para determinar el monto de ese crédito. De acuerdo a la definición de cheque, la provisión debe existir en el momento en que el cheque se crea. Ello es así porque el tenedor puede presentarlo inmediatamente de recibido. Sin embargo, por aplicación de otras normas del DLCh, lo que interesa es que la provisión exista en el momento en que el beneficiario o tenedor se presente al banco a cobrarlo. Es en ese momento en que debe existir la provisión; de lo contrario el banco no lo paga (art. 36, § 2). Obsérvese, además, que el art. 58, lit. E, no sanciona el libramiento de cheque sin fondos, sino al que librare un cheque que, al tiempo de la presentación, careciere de provisión suficiente.

La provisión de fondos debe ser suficiente, es decir, debe alcanzar para cubrir el importe total del cheque. En nuestro DLCh, el tenedor de un cheque no está obligado a recibir un pago parcial.

La provisión debe ser disponible. La disponibilidad de los fondos es otorgada al librador por el contrato de cuenta corriente bancaria. Puede suceder que esos fondos hayan sido objeto de un embargo, en cuyo caso los fondos existirán, pero no estarán disponibles porque se encuentran afectados y en consecuencia no pueden destinarse al pago del cheque.

*** Efectos de la inexistencia de provisión**

El cheque emitido sin provisión será formalmente válido pero, al mismo tiempo, irregular. Como consecuencia de su irregularidad, el cheque no será pagado por el banco girado, pero el tenedor podrá exigir su pago de los obligados, librador y endosantes,

mediante el ejercicio de la acción ejecutiva acordada al cheque por este decreto ley (art. 39, § 3).

El DLCh establece que los obligados responden no sólo por el importe del cheque sino, también, por sus intereses y los gastos que se hubieran originado (art. 42).

Además de las responsabilidades civiles, el DLCh prevé la responsabilidad penal del librador. La insuficiencia de fondos constituye, un elemento de una figura delictiva descrita en el art. 58, lit. E.

En fin, el libramiento de cheques sin provisión de fondos apareja la aplicación de sanciones administrativas de suspensión o clausura de las cuentas corrientes del librador (arts. 62 y ss. DLCh).

2. Menciones del cheque

Por disposición del art. 17 del DLCh los cheques deben extenderse en libretas impresas que los bancos entregan a sus clientes. El banco sólo paga los cheques girados por un librador cuando hayan sido extendidos en la libreta entregada.

Las enunciaciones que debe contener el cheque común, están establecidas en el art. 4 del DLCh. Este artículo dispone:

«El cheque debe contener las siguientes enunciaciones:

- 1. La denominación 'cheque' inserta en el texto del documento, expresada en el idioma empleado para su redacción.*
- 2. El número de orden impreso en el documento y en los talones, si los tuviese.*
- 3. La indicación del lugar y de la fecha de su creación y la indicación del lugar donde debe efectuarse el pago.*
- 4. El nombre y el domicilio del banco contra el cual se libra el cheque.*
- 5. La expresión de si es a favor de persona determinada o al portador.*
- 6. La orden incondicionada de pagar una suma determinada de dinero, expresada en números y en letras, especificando la clase de moneda.*
- 7. La firma del librador.»*

Entre las menciones transcriptas algunas son esenciales, es decir que si faltan el cheque es jurídicamente inexistente. Otras, en cambio, son facultativas. Luego, hay una serie de menciones impresas en las fórmulas que proporciona el banquero y otras que deben ser completadas por el librador.

a. Menciones impresas

*** Denominación**

En primer lugar, la denominación «cheque» inserta en el texto del documento, expresada en el idioma empleado para su redacción, distingue al cheque de otros documentos. El texto legal admite la posibilidad de que el cheque se extienda en idiomas diversos, lo cual es consecuente con la posibilidad de su circulación fuera de fronteras, consentida por esta ley. Para el caso de que se haya utilizado un idioma extranjero, la denominación cheque debe hacerse en ese idioma. El DLCh no dispone una ubicación determinada para esta mención. Sería suficiente una mención que estableciera: *Páguese por este cheque...*

***Numeración**

En segundo lugar, es característico del cheque el ser numerado. La numeración del cheque es una enunciación que lo distingue de las letras o de los vales. Con este requisito se individualiza el documento y es necesaria, además, para controlar el acto de pago del cheque en tanto el cheque debe coincidir con la libreta entregada al cliente.

***Nombre del banco y domicilio**

En tercer lugar, el nombre del banco girado es esencial pues se trata del ordenado al pago. Lo mismo corresponde advertir respecto del domicilio. El banco girado puede estar domiciliado en el país aunque el cheque se libere en el exterior o puede tener su domicilio en el extranjero y librarse dentro de nuestras fronteras. La determinación del domicilio del banco tiene importancia porque la Ley aplicable es la del domicilio del banco (art. 20, § 1). El domicilio del banco girado no es una enunciación esencial. El DLCh suple su falta con una previsión especial en el art. 5, n° 1.

b. Menciones que deben llenarse

*** Lugar de creación**

El lugar de creación determina el cómputo de los plazos de caducidad del cheque. El cheque puede ser creado en el país o fuera del país. Si se crea en el exterior contra un banco domiciliado en el país o si se crea en el país contra un banco en el exterior, estamos ante un cheque internacional, en cuyo caso el plazo de presentación al cobro es de 60 días (art. 29, § 3).

En cuanto a los cheques librados en el país, debe distinguirse si se han girado sobre bancos situados en el mismo lugar o si ha sido girado de un punto a otro de la República, porque los plazos de presentación varían en uno y otro caso, estableciéndose en 15 o 30 días respectivamente (art. 29).

La enunciación del lugar de creación no es esencial. El art. 5, § 3 suple la omisión con una presunción: se presume que el lugar del libramiento es el domicilio que el librador tenga registrado en el banco.

¿Cuál es el fin de esta norma? Según hemos de ver, el tenedor debe dar aviso al librador en el caso de que el cheque no sea pagado por el banco girado. Además, ese tenedor tiene acción ejecutiva contra el librador y endosantes, si los hubiera, para el cobro del cheque, intereses y gastos. El tenedor puede desconocer el domicilio del librador. El DLCh impone al banco la obligación de proporcionárselo.

Si el banco, al amparo del secreto bancario, se negara a informar al tenedor sobre el domicilio del librador se frustraría la aplicación de las normas legales en tanto el tenedor no podría enviar el aviso y tendría dificultades para iniciar su acción ejecutiva.

El DLCh fue previsor y le impone al banco la obligación de comunicar el domicilio del al tenedor del cheque, cuando éste lo solicite, de modo de permitirle el ejercicio de las acciones que le competen. No le bastó al legislador esta previsión y agregó una nueva obligación. El art. 39, al establecer el contenido necesario de la constancia que el banco debe extender cuando no paga el cheque, incluye el domicilio del librador.

El endosante, también tiene obligación de informar al tenedor sobre el domicilio del librador (art. 20, § 3), pero esa obligación depende de que lo conozca. Puede conocerlo si es el beneficiario indicado por el librador; pero si se trata de un endosante que lo recibió por sin endoso anterior, puede ignorarlo, en cuyo caso, no se le aplica la norma.

***Fecha de creación**

La fecha de creación es esencial. Interesa su inclusión en el documento ya que en razón de la fecha se determina la capacidad del librador. También interesa la fecha para el cómputo del plazo de presentación al cobro y para el cómputo del plazo de prescripción, plazo al que ya nos hemos referido en el capítulo de excepciones.

La fecha debe contener día, mes y año, debe ser verdadera, esto es, debe coincidir con el día en que efectivamente se crea. No puede antedatarse o postdatarse un cheque. Si se antedatara o postdatara se estaría falsificando un documento privado y cometiendo uno de los delitos previstos en el art. 58 del DLCh: «*El que librare un cheque falseando alguna de las enunciaciones esenciales requeridas por el art. 4° para que el documento valga como tal.*»

***Lugar de pago**

Esta enunciación es exigida por el art. 4, n° 3. Normalmente el cheque es pagadero en el domicilio del banco. No obstante, nuestro DLCh admite la determinación de un lugar distinto para el pago.

La doctrina entiende que la domiciliación implica la indicación de una tercera persona distinta del girado para efectuar el pago. Nuestro DLCh no es explícito al respecto ya que se limita a incluir, entre las enunciaciones del cheque, la indicación de un lugar de pago, sin desarrollar la disciplina aplicable a un cheque librado de esa forma, como sí lo hacen otras legislaciones.

Sólo el librador puede domiciliar el cheque. Ni los endosantes ni el banco girado, podrían agregar una enunciación, con indicación de un lugar diverso para el pago.

En materia de letras de cambio, el art. 58 del DLTV, prevé la domiciliación de la letra y se admite expresamente que la indicación de un lugar de pago pueda ser establecida por el girado al aceptar, por el art. 75 del mismo DLTV. La indicación de un lugar de pago, en el cheque, es una enunciación facultativa. Si no se establece, el cheque es pagadero en el domicilio del banco girado (art. 5, n° 1).

Podría ser utilizado cuando en una determinada localidad el banco no tiene una sucursal pero tiene un corresponsal para la concreción o ejecución de determinados negocios. El banco puede encomendarle la atención de pagos de ciertos cheques.

Cuando se debe librar un cheque a favor de una persona domiciliada en esa localidad, el librador podrá estampar esta enunciación especial.

****La expresión de si es a favor de persona determinada o al portador***

Sobre el contenido de esta enunciación se extiende el art. 7 del DLCh, que viene a complementar el n° 5 del art. 4. El art. 7 establece que el cheque puede librarse: a favor de persona determinada; a favor de persona determinada, con cláusula *no a la orden* u otra equivalente; o al portador.

La distinta forma de emisión interesa a los efectos de la transmisión del cheque. El cheque al portador se trasmite por la simple entrega; el cheque a favor de persona determinada se trasmite por endoso y entrega y el cheque con la cláusula *no a la orden*, mediante cesión de créditos y entrega.

Puede librarse un cheque dejando en blanco el nombre del beneficiario. En este caso, por aplicación del art. 4 de el DLTV, el tenedor legítimo puede llenar el claro poniendo su nombre.

Quien libra el cheque es quien determina su forma de transmisión; tiene total libertad

para establecerla y los posteriores tenedores no pueden cambiarla por expreso mandato del art. 12 del DLTV.

Un cheque emitido al portador no deja de serlo porque uno de los tenedores haya efectuado un endoso, indicando el nombre del beneficiario (art. 25 DLCh). De la misma forma, el beneficiario de un cheque a la orden podría endosar un cheque sin indicar al endosatario (endoso al portador), aunque ello no transforma el cheque a la orden en cheque al portador. En consecuencia, el cheque podrá circular, sin que medien nuevos endosos, por la simple entrega, pero en el momento en que el último tenedor lo presente al cobro, éste deberá justificar su identidad frente al banco, de igual modo que se procede con los cheques a la orden.

****La orden incondicionada de pagar una suma determinada de dinero expresada en números y en letras***

La orden de pago se expresa con la palabra *páguese*. Como la letra, el cheque sólo puede contener referencia a dinero y no a otras cosas fungibles. La cantidad debe indicarse dos veces: una en letras y otra en números, especificando la clase de moneda. El DLCh no indica los lugares en que deben figurar las cantidades, pero ello está determinado precisamente por el Decreto reglamentario 739/975.

El art. 14 del DLCh prevé la posibilidad de que existan diferencias entre las dos cantidades y da idéntica solución que la prevista en el art. 5 del DLTV para los títulos valores. El art. 14 dispone: «Cuando exista diferencia entre la cantidad escrita en el cheque en números y en letras, valdrá la escrita en letras.»

Debe especificarse la clase de moneda. Cuando se establece que el cheque debe contener la enunciación de la cantidad de dinero, imponiendo que se especifique la clase de moneda, se presupone la posibilidad de emitir un cheque en moneda nacional o en moneda extranjera; posibilidad que es coherente con la previsión de que existan cheques internacionales. Ello a su vez presupone la necesidad de que se autorice la apertura de cuentas corrientes en moneda extranjera.

****Firma del librador***

La firma del librador en el cheque es esencial, como lo es la firma en cualquier documento privado. Con ella se acredita la conformidad con el contenido del documento y se se confiere autenticidad al documento, contrayendo, quien la estampa, las obligaciones que allí se establecen. Debe ser la firma manuscrita. No una firma digital, ni una mecánica.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, la firma debe contener nombre y apellido. No obstante, el art. 15 del DLCh admite como firma, no sólo la que contenga nombre y apellido, sino la que contenga la inicial o el nombre abreviado, además del apellido. De modo que, de acuerdo al texto legal, la firma que sólo contenga el apellido no sería suficiente para la creación del cheque. Es necesaria la indicación del nombre, aunque más no sea abreviado o indicado con una inicial.

Sobre la forma material de trazar la firma, en general, las legislaciones establecen un régimen de libertad. Se entiende que los rasgos especiales que cada persona confiere a su firma constituyen un derecho de la personalidad.

Se ha planteado si la firma debe contener trazos legibles, dada la exigencia legal de que contenga nombre o nombre abreviado y apellido. Entendemos que la norma debe interpretarse de acuerdo a su espíritu. El legislador pretende que la firma del cheque cumpla con la función de otorgar autenticidad al documento y que mediante ella se pueda identificar a su autor.

El librador, en el acto de celebrar el contrato de cuenta corriente, ha registrado su

firma; ha registrado los trazos con los cuales extiende la firma que contiene su nombre, sea completo, sea abreviado. El banco conserva esa escrituración, aunque no sea legible, en virtud de que esos rasgos especiales que cada uno utiliza para su firma son un derecho de la personalidad que debe ser respetado por los demás y por la propia Ley.

La ilegibilidad de la firma no plantea problemas en la medida en que el art. 15 del DLCh requiere que DLCh establece que al lado o debajo de la firma se agregue el nombre del librador.

Sólo existe una restricción: el banco se negará a pagar un cheque firmado con rasgos distintos a los que aparecen registrados. El primer y principal contralor que debe efectuar el banco tiene por objeto la firma del librador y si paga un cheque en que la firma aparece con rasgos distintos será responsable en caso de falsificación.

Debe tenerse presente que el § 1 del art. 24 hace responsable al que suscribe un título valor sin tener facultades para ello o excediendo sus poderes. Este principio tiene tres excepciones: 1) si se ratifica expresa o tácitamente lo hecho, cosa que incluso se puede hacer en un documento extraño al título valor; 2) si se firma el título dando lugar, con hechos positivos o con omisiones graves, a que se crea que se está autorizado para suscribirlos a nombre de cierta persona, en cuyo caso no se puede oponer la excepción de falta de representación en el suscriptor (art. 22) y 3) si quien los firma es un administrador de sociedad o el factor o gerente de un establecimiento comercial en tanto cualquiera de ellos se reputará autorizado para suscribir títulos valores a nombre de sus representados (art. 23).

La firma, como las demás constancias del cheque, debe ser auténtica. Vale la pena detenernos en este aspecto en la medida en que el banco controla la autenticidad de la firma antes de pagar, y no paga el cheque si la firma es falsa. Si lo hace debe el importe del cheque al librador. Sin embargo, incurre en responsabilidad cuando paga un cheque cuya firma es notoriamente falsificada. En este caso, además del importe del cheque deberá los daños y perjuicios que se hubieran ocasionado (art. 37 DLCh).

La falsedad de la firma es una excepción que habrá de oponer el librador. Si el cheque ha sido endosado, el art. 16 del DLCh establece la validez de las obligaciones de los otros firmantes del cheque como consecuencia y aplicación del principio de la autonomía de la obligación en los títulos valores, tal como ya hemos estudiado.

c. Menciones facultativas

En este apartado estudiaremos las menciones que voluntariamente pueden incluirse en un cheque común y que dan lugar a los llamados cheques cruzados y cheques para abono en cuenta.

*** Cruzamiento**

Se denomina cruzamiento al trazado de un par de líneas en el anverso del cheque, concretamente en el ángulo superior izquierdo, a los efectos de limitar los derechos del tenedor, quien no puede cobrar directamente el importe del cheque en la caja del banco, sino que debe hacerlo a través de otra institución bancaria. A tales efectos, quien recibe un cheque cruzado necesariamente ha de depositarlo en el banco en que tiene una cuenta corriente o, si no tiene cuenta corriente abierta, solicitar a un banco el servicio de su cobranza.

El librador y el tenedor pueden efectuar cruzamientos (art. 47, § 19). Las limitaciones a los derechos del tenedor pueden ser establecidas no sólo por el librador frente a los beneficiarios eventuales, sino por cualquiera de los tenedores para los que le precedan. Si el librador cruza un cheque en forma general, cualquier tenedor puede efectuar un cruzamiento

especial haciendo más severo el cruzamiento. El cruzamiento también puede ser efectuado por el banco especialmente designado, quien mediante un nuevo cruzamiento puede indicar el nombre de otro banco (art. 48, § 2, DLCh).

El DLCh prevé dos tipos de cruzamiento: el general, que consiste en el trazado de dos líneas paralelas en el anverso del cheque, con la palabra banco entre ellas o sin ninguna mención; el especial, que consiste en establecer entre dos líneas paralelas el nombre de un banco determinado. Si el cruzamiento es especial, el cheque debe ser depositado en el banco designado para que sea éste el que proceda a su cobro frente al banco girado. Si no tiene cuenta corriente en ese banco, el tenedor deberá contratar el servicio de cobranza.

El cruzamiento del cheque tiene por finalidad aliviar los riesgos de pérdida o robo en tanto dificulta que pueda ser cobrado por quien no tiene derechos legítimos y si lo fuera, que por lo menos pueda ser identificado fácilmente. Ello se logra en la medida en que este cheque necesariamente ha de entregarse a un banco para su cobranza. Puede suceder, sin embargo, que el cheque cruzado haya sido robado o extraviado y que llegue a manos de un tercero de buena fe que recurre a un banco para que se encargue de la cobranza, en cuyo caso el pago será regular. De manera que el cruzamiento no suprime los riesgos de pérdida o robo, no obstante lo cual se puede identificar a quien lo cobró y éste, a su vez, tal vez pueda llegar a quien lo recibió.

El DLCh establece que el cruzamiento general podrá transformarse en especial, pero que el especial no podrá transformarse en general (art. 47, § 5). De este modo se permite hacer más estricta la situación del girado, aumentando las garantías que ofrece el cheque.

El DLCh dispone que no se pueda tachar el cruzamiento, ni el nombre del banco designado. Si se hiciera, el tachado se tendrá por no puesto (art. 47, § 6). Con esta norma se consagra la irrevocabilidad del cruzamiento. La finalidad de la norma es impedir que se disminuyan las garantías impuestas por el librador o cualquier tenedor. No podrá hacerlo ni siquiera el librador con una inscripción al dorso en que expresara que lo anula bajo su firma.

*** Cheque para abono en cuenta**

Esta cláusula, prevista en el art. 50 del DLCh, puede ser puesta por el librador o por el tenedor mediante la fórmula «*para abono en cuenta*», «*para acreditar en cuenta*» o cualquiera semejante. Tiene el alcance de una prohibición de pago en efectivo. El banco no debe pagar, sino que debe acreditar el importe en la cuenta del beneficiario o el portador en el mismo banco. Esta cuenta puede ser de cualquier tipo: cuenta corriente o caja de ahorros.

La finalidad de la inclusión de esta mención es asegurar el ingreso del importe del cheque en el patrimonio de su tomador. La inclusión de la cláusula presupone, por tanto, que el beneficiario o tomador deba tener una cuenta abierta en el banco girado. Si el tenedor del cheque no la tiene, deberá abrirla a los efectos del depósito del cheque. El art. 50, § 3 prevé que el tenedor no tenga cuenta y que el girado rehúse abrirla. En este caso el cheque no se paga.

Si el banco paga el cheque por caja, contrariando la enunciación, responde por el pago irregularmente efectuado. La norma es vaga, no obstante lo cual entendemos que el banco deberá restituir el importe del cheque indebidamente pagado y además deberá responder por los daños y los perjuicios ocasionados.

Nuestro legislador no reguló la forma en que debe incluirse esa enunciación. El art. 29 del Decreto 730/975 dispone que se inserte en el anverso del cheque pudiendo estamparse con sello de goma.

El cheque cruzado y el cheque para abono en cuenta tienen una similitud: operativamente necesitan que su tenedor los deposite en una cuenta bancaria. Fuera de este aspecto, se trata de menciones que pretenden hacer funcionar al cheque de diversa manera.

En el cheque para abono en cuenta, quien cobra el cheque es el tenedor y quien lo paga es el banco ordenado al pago. Lo único que ocurre es que el importe del cheque no puede ser retirado en efectivo de la caja, sino que debe ser depositado en una cuenta.

En el cheque cruzado, quien cobra el cheque es otro banco. Esto significa que se agrega un nuevo elemento personal en la vida del cheque: el banco encargado del cobro por el tenedor o el banco especialmente designado en el cruzamiento. Quiere decir que tenemos al banco ordenado al pago por el librador, que es el banco girado, y el banco ordenado al cobro, que es el banco designado en el cruzamiento.

En este punto de la comparación es menester advertir que ambas enunciaciones son incompatibles. A un cheque cruzado, general o especialmente, no se le podría agregar la mención para abono en cuenta, porque en el cheque cruzado debe encomendarse el cobro a otro banco distinto al girado y el cheque con cruzamiento no puede ser cobrado por otro banco, a menos que éste tenga cuenta abierta en el banco girado.

En la práctica suele suceder que la mención para abono en cuenta se escritura entre dos líneas que se atraviesan en el anverso del cheque. Ello no significa una acumulación de dos institutos distintos: cruzamiento y mención de abono en cuenta, sino de una especial forma de escriturar la mención en estudio. Las dos rayas consisten en un mero marco o encuadramiento para la mención especial. Tal como ya dijimos el cruzamiento es incompatible con la cláusula para abono en cuenta y no pueden coexistir.

*** Certificación: cheque certificado**

El cheque certificado está regulado en los arts. 51 y 52 del DLCh y consiste en una constancia, firmada por el banco en el mismo cheque, en que se establece que existen fondos disponibles en la cuenta del librador para el pago del cheque. La certificación la hace el banco, a pedido del librador, una vez que éste ha completado el cheque. No existe una forma establecida. Pueden utilizarse las palabras "*visto bueno*" u otras semejantes como «*certifico que*», aunque es suficiente la sola firma del banco extendida en el mismo cheque (art. 52, § 2).

La finalidad del cheque certificado es proporcionar mayor seguridad a quien lo recibe en tanto el banco girado debe mantener afectada en la cuenta corriente la cantidad correspondiente al cheque certificado, hasta que venza el término de presentación (art. 52, § 3). Vencido ese término, el banco la desafecta ya que, según dispone el § 1 del art. 52, el banco es responsable de que existirán fondos durante el período de presentación y no después de él.

De acuerdo al art. 52 del DLCh, el banco girado será responsable frente al tenedor de que tendrá fondos suficientes para pagar el cheque durante su término de presentación. No es una responsabilidad cambiaria. No se responde del pago, sino de la existencia de fondos.

Aceptación y certificación son conceptos diferentes. Recuérdese que el art. 11 prohíbe la aceptación del cheque. La certificación vincula jurídicamente al banco girado con el tenedor pero en forma diversa a la aceptación cambiaria. El banco se obliga, frente al tenedor, a mantener la provisión de fondos afectada al pago del cheque. La certificación agrega al cheque, título valor, obligaciones no cartulares. El banco no asume obligación de pagar el cheque pero sí de resarcir el daño que ha causado al tercero con su certificación, si por no haber mantenido la afectación de la provisión en la forma asegurada, no ha pagado el cheque a su presentación por falta de fondos. Con otras palabras, si el tenedor lo presentara al cobro y el banco no lo pagara por falta de provisión de fondos, el tenedor tendrá acción contra el banco, pero no la acción cambiaria, sino una acción de reparación por los daños y perjuicios sufridos. En el cheque común, el tenedor no tiene acción contra el banco girado ya que no existe relación jurídica entre ellos. Solamente nacen acciones a favor del tenedor cuando el banco ha pagado mal, pagando a quien no es legítimo tenedor; pero estas acciones

revisten naturaleza extracontractual.

El banco certifica que en la cuenta corriente del librador existen fondos suficientes para el pago del cheque y además se responsabiliza de que los siga teniendo durante el plazo de presentación. A tal efecto, el banco debe afectar la cantidad correspondiente al cheque y no debe permitir retiros de fondos ni atender pagos de otros cheques. Para ello debita de la cuenta del librador el importe y lo acredita a una cuenta de cheques certificados.

El banco debe mantener afectada la provisión durante todo el plazo de presentación del cheque. Vencido el plazo, el banco debe desafectar el importe del cheque. El tenedor que no presenta el cheque al cobro, dentro de los plazos legales de presentación pierde las acciones cambiarias. También pierde la posibilidad de accionar contra el banco ya que éste responde de la existencia de fondos durante el período de presentación.

El banco debe certificar los cheques una vez completos. Por otra parte, el cheque para poder ser certificado debe reunir determinadas condiciones: debe ser extendido a favor de persona determinada (art. 51, § 2) y no puede endosarse, lo que supone que su transmisión habrá de realizarse por cesión de créditos y entrega (art. 51, §3). La certificación no se puede hacer parcialmente (art. 51, § 2).

El cheque certificado y el cheque con provisión de fondos garantizada tienen la misma finalidad: garantizan al beneficiario la existencia de fondos para cubrir el importe del cheque. No obstante, las diferencias son sustanciales.

En primer lugar, el cheque con provisión de fondos garantizada no es una mención que se le coloca a un cheque común, como es el cheque certificado; se trata de un tipo de cheque que se proporciona a pedido del cuenta correntista en fórmulas independientes. En segundo lugar, mientras que en materia de cheques comunes los bancos están obligados a proporcionar las libretas, tratándose de cheques con provisión garantizada es facultativo del banco entregarlas o no. En tercer lugar, estos cheques lucen diferente en tanto son verdes y tienen las menciones correspondientes de modo de diferenciarlos. Todo ello está dispuesto en el art. 3 del Decreto 739/975. En cuarto lugar, el período durante el cual los fondos permanecen afectados es de sesenta días contados desde la fecha de su creación.

d. Cláusulas prohibidas

El DLCh prohíbe ciertas estipulaciones y al hacerlo establece que en caso de que se incluyan se tendrán por no puestas. Estas estipulaciones son las siguientes:

*** Intereses**

En los cheques no puede existir estipulación de intereses alguna. En el art. 10 se prohíbe la estipulación de intereses. Si el cheque la contuviera se reputa no escrita.

*** Plazo para el pago**

El art. 28 establece que los cheques son pagaderos a la vista, es decir a su presentación. Toda mención contraria se tendrá por no puesta.

*** Exoneración de responsabilidad del librador**

El art. 12 establece que toda cláusula según la cual el librador se exonere de responsabilidad, se tendrá por no puesta.

3. Causales de rechazo del cheque

El art. 36 del DLCh establece que el banco debe pagar el cheque inmediatamente a su presentación pero, previamente, debe efectuar una serie de controles que tienen que ver con los siguientes aspectos: con la existencia del cheque y su regularidad formal, con la

existencia de provisión de fondos, con los plazos de presentación y con la persona que se presenta a cobrarlo.

a. Causales de rechazo vinculadas a controles previos al pago

*** Control de la regularidad formal del cheque**

En cuanto al contralor de su regularidad formal, el banco debe verificar que el cheque esté completo. Esto significa que debe controlar que el cheque contenga todas sus enunciaciones esenciales, sin blancos y sin alteraciones. Si el banco paga un cheque sin las menciones esenciales o que tuviere enmendaduras y no fueren expresamente subsanadas, paga mal y se hace responsable por el pago frente al librador (art. 37).

Además, el banco debe controlar que el cheque haya sido extendido en las fórmulas entregadas por el banco al librador. Si paga un cheque que no corresponde por la numeración a los entregados oportunamente, paga mal y se hace responsable por el pago frente al librador. En resumen, el banco no debe pagar el cheque si el cheque no reúne los requisitos esenciales enumerados en el art. 4.

Luego debe verificar que el el cheque no esté raspado, interlineado, borrado o alterado en cualquier forma que hiciere dudosa su autenticidad, salvo que estas deficiencias estuvieren expresamente subsanadas bajo la firma del librador, a satisfacción del banco. Finalmente, debe cerciorarse de que el cheque pertenezca a la libreta entregada al librador.

*** Control de la firma del librador y la cadena de endosos**

El banco controlará la firma del librador la que debe coincidir con la registrada por éste en el banco. Si siendo ésta visiblemente falsificada el banco paga el cheque, responderá por el mismo (art. 37). Si la falsificación no es visible entonces responde el librador.

No se controla la autenticidad de las firmas de los endosantes, aunque si la cadena de endosos que debe ser ininterrumpida. La cadena de los endosos es ininterrumpida o regular, cuando quien firma el primer endoso es la persona que figura como beneficiario y cuando quienes firman los sucesivos endosos son quienes figuran como endosatarios. Si el nombre de la persona que aparece endosando es diverso del que figura como beneficiario (endosatario), el banco no debe pagar porque el endoso es irregular.

*** Control de la provisión de fondos**

El banco no paga si la provisión de fondos no existe, no es suficiente o no está disponible por una orden judicial de embargo o porque se encuentren afectados al proceso de concurso (art. 36, n° 6).

*** Control de los plazos de presentación**

Con respecto al contralor de los plazos de presentación, el banco no paga el cheque cuando ha transcurrido el término para la presentación del mismo.

Para cheques en moneda nacional, el plazo varía según cual fuere el lugar del libramiento: si el cheque se libra en el mismo lugar en que el banco girado está situado, el plazo será de quince días corridos; si el cheque se gira de un punto a otro de la República, el plazo será de treinta días corridos; si el cheque se libra en el extranjero contra un banco domiciliado en el país el plazo que tiene el tenedor para presentarlo al cobro será de sesenta días corridos.

Los cheques en moneda extranjera sobre un banco domiciliado en el país, deben presentarse al cobro dentro del plazo de ciento veinte días.

El plazo de presentación se cuenta desde el día de la creación (art. 29, § 2). Se computa el día de la creación. Se computan por días corridos. No se interrumpen por la existencia de días feriados en el intermedio (art. 29, § 2).

El art. 29 prevé que el plazo termine un día inhábil o en un feriado bancario. La previsión es acertada. Existen feriados bancarios que no coinciden con los días inhábiles declarados por ley o con los días no laborales comunes. Si el plazo vence un día inhábil o en un día feriado bancario, el cheque debe ser presentado al cobro el primer día hábil bancario siguiente.

El art. 30 del DLCh establece la prórroga del plazo. El efecto de la prórroga del plazo es un beneficio para el tenedor, que le posibilita presentar el cheque al cobro ante el banco girado, después del vencimiento de los plazos y en determinadas circunstancias como cuando lo dispone un Estado extranjero o en caso de fuerza mayor.

*** Control de la persona que se presenta al cobro**

El banco no pagará el cheque, sino a la persona que esté legitimada para cobrarlo, sea el portador o la designada en el documento para cobrarlo. Si el banco paga a una persona diversa de la establecida se hace responsable de su importe frente al tenedor legítimo.

En el caso del cheque cruzado el banco sólo puede pagarlo a un banco o al banco designado en el cruzamiento. Si el cheque tiene la mención *para abono en cuenta* sólo puede acreditarlo en la cuenta del beneficiario, no puede pagarlo por caja. Si la persona beneficiaria concursó y el banco tiene conocimiento de este hecho no debe pagarle el cheque. En este caso, el banco deberá pagar el importe del cheque al síndico o al deudor con conocimiento del interventor pues en todo caso su importe deberá ingresar a la masa activa del concurso. El banco tampoco puede pagar un cheque cuando recibe aviso de un anterior tenedor que, bajo su responsabilidad y sin especificar razones, le indica que no pague.

b. Causales de rechazo vinculadas con avisos recibidos

El banco debe tener en cuenta determinadas circunstancias que pueden alterar la eficacia del cheque como medio de pago. No pagará el cheque cuando reciba ciertas advertencias. Es el caso del aviso del librador notificando al banquero que ha librado un cheque bajo violencia (art. 36, n° 4) y cuando le notifica que ha extraviado o le han robado la libreta de cheques (art. 36, n° 7).

Fuera del caso del librador, el banco tampoco paga un cheque si un anterior tenedor le previene por escrito, bajo su responsabilidad, que no se pague el cheque (art. 36, n° 8).

El que notificare al banco para que no se pague un cheque que hubiere librado, fuera de los casos y en la forma que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare, de cualquier manera, su pago, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría (art. 58).

B. Cheque de pago diferido

Con la creación del cheque de pago diferido se solucionó la práctica de la postdatación de los cheques. Había cundido, desde bastante tiempo atrás y no sólo en nuestro medio, la práctica de la postdatación de los cheques con la finalidad de dotar de la función de crédito a un instrumento que naturalmente sólo otorgaba una función de pago.

En efecto, quien no tenía fondos al librar un cheque, pero esperaba tenerlos luego, acudía al recurso de postdatarlo, esto es, colocarle una fecha posterior a la del efectivo libramiento. El Decreto Ley 14.234 del 25 de julio de 1974 penalizó esta costumbre tipificando como delito el libramiento de cheques sin fecha o postdatados, así como otras prácticas tendientes a la desnaturalización del cheque. Se entendió, entonces, que la función

normal del cheque era la de servir de instrumento de pago.

El legislador pretendió desalentar la postdatación además por otra razón. La postdatación supone el acuerdo entre el acreedor y el deudor pero el acreedor puede burlar la confianza del librador y presentarlo al cobro antes de la fecha estipulada con lo cual burla su confianza. La práctica se usó, además, como un arma extorsiva en manos de acreedores inescrupulosos y en ocasiones como instrumento de presión de usureros.

El DLCh elimina la postdatación del cheque pues involucra un engaño y se crea un documento que sirve a la vez para efectuar pagos y para instrumentar el crédito conferido al librador. En lugar de legitimar una maniobra se legisla sobre un nuevo tipo de documento, permitiendo la actuación de los particulares dentro de marcos legítimos.

El legislador de acuerdo a los antecedentes relacionados, incorporó el cheque de pago diferido con el propósito de regularizar la práctica de la postdatación del cheque, que desvirtuaba la naturaleza de medio de pago propia del cheque.

Con la postdatación se recurría al falseamiento de la fecha del cheque, para que éste sirviera como instrumento de crédito.

Mediante este nuevo cheque, el librador y beneficiario no deben recurrir al expediente del falseamiento de las constancias del cheque. Se les ha proporcionado, lisa y llanamente, un documento que permite aplazar el pago, conservando los atributos comunes de un cheque.

Las ventajas que ha aportado este documento ha determinado que se autorice al Estado a utilizarlo. El art. 703 de la Ley 16.170, habilita al Estado, Intendencias Municipales y demás organismos públicos a emitir cheques diferidos con el fin de cancelar sus obligaciones si ello se prevé en los recaudos del procedimiento de contratación. Se agrega que no se podrán girar cheques diferidos con fecha de vencimiento posterior al término del mandato constitucional que corresponda.

1. Concepto

El art. 3 del DLCh establece: *«El cheque de pago diferido es una orden de pago que se libra contra un banco en el cual el librador, a la fecha de presentación estipulada en el propio documento, debe tener fondos suficientes depositados a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización expresa o tácita para girar en descubierto.»*

a. Orden de pago

El cheque de pago diferido es una orden de pago igual que el cheque común. Se omitió establecer que la orden es pura y simple. No obstante esa omisión, la generalidad de la doctrina entiende que el cheque de pago diferido no puede condicionarse dado el carácter de título valor que tiene. En conclusión, aunque el DLCh no lo diga, la orden de pago contenida en un cheque de pago diferido no puede condicionarse sino que debe, al igual que en el cheque común, ser pura y simple.

b. Cuenta corriente bancaria y provisión de fondos

Respecto a este punto, nos remitimos a lo expuesto en oportunidad de analizar el cheque común. La diferencia básica con el cheque común, radica en el momento en que deben existir los fondos para pagar un cheque de pago diferido.

En el cheque común, de acuerdo a la definición legal, la provisión de fondos debe existir en el momento en que se libra el documento por más que, como vimos, en puridad basta con que los fondos existan al momento de presentación del cheque al banco.

En el cheque de pago diferido, de acuerdo al DLCh, la provisión debe existir en la fecha de presentación que se encuentra estipulada en el documento. Siguiendo el mismo

razonamiento que para el cheque común, entendemos que es suficiente que existan fondos en el día de presentación del cheque al banco. El tenedor, a partir de la fecha puesta en el cheque tiene 15, 30, 60 o 120 días para presentarlo al cobro; es por lo tanto, jurídicamente relevante, que los fondos existan en el momento en que el tenedor, dentro de esos plazos, presente el documento al banco.

De esta manera el cheque de pago diferido funciona en el mundo de los negocios exactamente como un vale o como una letra de cambio que a la vez sirven como instrumentos de pago y de crédito. Se diferencia del cheque común, que sólo funciona como medio de pago.

2. Diferencias con el cheque común

a. Diferencias en cuanto a las enunciaciones y formalidades

El art. 70 del DLCh establece las enunciaciones esenciales que debe contener el cheque de pago diferido¹³. La mayor parte de ellas vienen impresas en los formularios de las libretas de cheques entregadas por el banco y son similares a las exigidas para el cheque común: nombre del banco girado y su domicilio; el número de orden impreso en el documento, en el talón y en el control; indicación del lugar y la fecha de su creación; suma determinada de dinero que se ordena pagar, expresada en números y en letras; expresión de si es a favor de persona determinado o al portador; la firma del librador.

Las enunciaciones especiales del cheque de pago diferido que lo diferencian de un cheque común, son las siguientes: el nombre del título, «*cheque de pago diferido*», es específica del papel que analizamos; y la frase «*Páguese desde el....*»

*** Denominación: cheque de pago diferido**

La inclusión de esta mención tiene igual finalidad que la mención *cheque* en el cheque común: distinguir este cheque, ostensiblemente, como instrumento diverso del cheque común y de otros títulos valores.

El Decreto 739/975 establece la ubicación de esta mención, dentro de un rectángulo en el centro de la parte superior (art. 4, ap. A, § b). Se le da una ubicación más ostensible que a la expresión "cheque" en el cheque común.

*** La frase «*Páguese desde el....*»**

La fecha desde la cual podrá ser presentado al cobro un cheque de pago diferido debe seguir a la expresión impresa: «*Páguese desde el...* »

Con esta redacción se quiso precisar que el día previsto en el cheque se computa para el término de presentación. En ese mismo día ya se puede exigir el pago.

El art. 73 del DLCh establece una limitación: el término entre la fecha de creación y la fecha establecida para la presentación no puede exceder de 180 días.

Con esta limitación este instrumento sirve para el crédito a corto plazo. Su inclusión en el DLCh se debe sin duda a razones de política legislativa que no fueron explicitadas en la historia de su sanción.

El DLCh no establece en forma precisa cómo se computa el plazo. Dada la redacción del DLCh, habría que contar todos los días entre la fecha de creación y la fecha establecida,

¹³ No obstante la calificación contenida en la norma, no todas las enunciaciones son esenciales. Algunas pueden faltar.

sin computar ni una ni otra.

*** Formalidades**

El DLCh impone que los cheques de pago diferido sean claramente diferenciables de los comunes.

Por vía reglamentaria se ha dispuesto que se impriman en papel de **color** amarillo claro y ese color no podrá ser empleado en la impresión de cheques comunes. De este modo se impone una caracterización material ostensible, para que nadie se confunda o pueda ser confundido respecto al título de que se trata, aportando un elemento de seguridad para su negociación.

El art. 4 del Decreto 739/975 establece:

«A) El cuerpo del cheque medirá 178 milímetros de largo por 76 milímetros de ancho.

El color de fondo del cheque será amarillo claro.

Las enunciaciones del cheque se distribuirán de acuerdo al modelo que proporcionará el Banco Central del Uruguay el que será estructurado sobre las siguientes bases....»

El art. 74 establece que las libretas, también, serán claramente diferenciales de las libretas de cheques comunes.

Es obligación del banco entregarlas si el cliente lo solicita, tal como surge de la redacción del art. 74. Quien abre una cuenta corriente tiene derecho a que el banco le entregue fórmulas de los dos tipos de cheques regulados: comunes y de pago diferido.

b. Diferencias en cuanto al régimen jurídico

El art. 71 establece: *«A partir de la fecha a que se refiere el numeral 4° del artículo anterior, serán aplicables al cheque de pago diferido todas las disposiciones que regulan el cheque establecidas en el Capítulo II, salvo aquéllas que se opongan a lo previsto en el presente.»*

La disposición marca dos etapas en la vida del cheque: antes de la fecha fijada para su presentación y después de esa fecha.

Después de la fecha fijada, son aplicables a los cheques todas las disposiciones que regulan el cheque común, pero ¿cuál es el régimen aplicable antes de que llegue la fecha estipulada? Para la primera etapa del cheque de pago diferido, el legislador incorpora pocas previsiones. Por ejemplo, regula la creación del documento, determinando las enunciaciones que debe contener, algunas de las cuales son diferentes respecto al cheque común, aunque sólo aquéllas que tienen que ver con el nombre del documento y la fecha de presentación; en lo demás, la forma y contenido de las dos modalidades de cheque son idénticas.

En cuanto al funcionamiento del cheque de pago diferido, en la primera etapa, la ley sólo ha previsto dos apartamientos al régimen del cheque común: en el art. 72 para la presentación al cobro y en el art. 75 para los casos de fallecimiento e incapacidad sobreviniente del librador, acaecidos antes de la fecha de presentación. Puede entenderse, en consecuencia, que en los demás aspectos, se aplica el régimen del cheque común ya que, cuando el legislador se quiso apartar de él, así lo estableció expresamente, como en los dos artículos recién mencionados.

Por otra parte, ante el silencio del legislador sobre las normas aplicables al cheque de pago diferido, en su primera etapa, el recurso a las normas análogas nos llevaría precisamente a aplicar las contenidas en el propio DLCh sobre cheque común.

*** Normas generales aplicables al cheque antes de la fecha estipulada**

Ya hemos hecho referencia a las normas del DLCh aplicables a la creación del título y a las menciones que debe contener. Aunque el DLCh no dice nada, entendemos y así se ha entendido sin controversias al respecto, que en el término que va de la creación a la fecha de presentación y desde ésta hasta su presentación efectiva para el cobro, el cheque de pago diferido puede circular como los cheques comunes: ya por su entrega manual ya por endoso, según la forma en que se haya emitido. Incluso se podría estipular en el cheque la cláusula “no a la orden” u otra equivalente, con lo cual se traba su circulación por vía de endoso. Sólo se podrá pagar al beneficiario o a un cesionario (art. 8, § 2, y art. 36, § 6, DLCh).

Para el endoso no hay normas especiales y produce los efectos del endoso tal como se reglamenta para el cheque común y para la letra de cambio.

El cheque de pago diferido como los demás títulos valores puede ser avalado (es decir tener un aval); sin perjuicio de que las obligaciones asumidas por los obligados cambiarios sean también garantidas por los contratos de garantía del derecho común: fianzas, prendas e hipotecas.

Puede emitirse un cheque de pago diferido con cruzamientos o con la cláusula para abono en cuenta.

Lo que no resulta aplicable es la certificación por el banco girado. En efecto, quien libra un cheque de pago diferido es porque no tiene fondos en ese momento o porque desea pagar ese cheque con disponibilidades futuras; en consecuencia, no le sirve que le quede afectada en su cuenta el importe del cheque, como consecuencia de la certificación bancaria.

*** Normas generales aplicables al cheque de pago diferido después de la fecha de presentación**

Ya hemos analizado que el cheque puede ser presentado en los distintos plazos de presentación previstos por el DLCh para el cheque común.

Cuando el cheque de pago diferido se presenta al banco girado, éste debe asumir las mismas actitudes que frente a un cheque común. Examinará que el cheque cumpla los requisitos legales, efectuará los contralores que se le imponen por el DLCh y lo pagará a su legítimo tenedor, si está todo en orden y si hay fondos suficientes.

El pago del cheque de pago diferido puede hacerse por ventanilla o por el crédito en la cuenta corriente que el tenedor, tenga en el propio banco girado o por intermedio de la cámara compensadora (*clearing*) con el arbitrio de mecanismos contables y sin movimientos dinerarios.

Cuando el cheque de pago diferido no es pagado a su presentación por el banco, éste debe poner una constancia al dorso con las explicaciones de la razón del no pago y otras que impone el DLCh. Con tal constancia el cheque de pago diferido constituye un título ejecutivo - de la misma manera que el común - que permite promover acciones ejecutivas contra los obligados cambiarios.

Además, el Decreto Ley tutela el buen funcionamiento del cheque, tanto común como de pago diferido, con sanciones administrativas: desde la suspensión de la cuenta corriente del librador hasta la cancelación de todas las cuentas corrientes que pudiera tener en el sistema bancario, para los casos de libramiento de cheques sin fondos o con provisión insuficiente y para la hipótesis de reincidencia en tal comportamiento.

c. Normas especiales relativas al cheque de pago diferido

*** Presentación al cobro**

El art. 72 establece: «*El cheque de pago diferido no podrá ser presentado al cobro sino desde la fecha establecida en el numeral 4º del artículo 70 de la presente ley; y si a pesar de ello se presentará, el Banco se negará a su pago.*»

Creado el cheque de pago diferido, debe respetarse el plazo en él estipulado. El tenedor no puede presentarlo al cobro sino después de ese plazo. El legislador insiste y remarca la única y gran diferencia con el cheque común: la existencia de un plazo para la presentación.

Los términos de 15, 30, 60 ó 120 días establecidos en el art. 29 del DLCh se computan a partir de la fecha establecida en el cheque de pago diferido.

Los bancos no pueden pagar un cheque sino después de esa fecha. Si el tenedor lo presentará al cobro, el banco no lo atenderá.

*** Fallecimiento e incapacidad sobreviniente del librador**

El art. 75 establece: «*Si el librador de un cheque de pago diferido falleciere o fuere declarado incapaz antes de la fecha establecida, el documento se regirá por las disposiciones aplicables a los vales, billetes o pagarés.*»

Para la mejor comprensión de esta norma, debemos señalar que tratándose del cheque común, si el librador fallece o se incapacita, el banco debe de todos modos pagarlo. La cuenta corriente no se cancela automáticamente por la muerte ni por la incapacidad sobreviniente del cuentacorrentista y el banco debe atender los cheques librados con los fondos existentes.

En verdad, esta solución legal no es congruente con el Derecho común. Con sujeción a éste, producido el fallecimiento o la incapacitación de un cuentacorrentista, correspondería la clausura de su cuenta y el banco no debería pagar cheques librados. La solución opuesta consagrada por nuestro DLCh, ha buscado asegurar la circulación de los cheques. Esta solución - si bien desde el punto de vista jurídico estricto no es ajustada - contemplaría las necesidades del tráfico.

Ahora bien, si se trata de un cheque de pago diferido, el régimen varía según cuando acaezca el fallecimiento o la incapacitación.

Si el librador fallece después de la fecha fijada para la presentación del cheque se aplica el régimen del cheque común y el banco ha de pagarlo por lo dispuesto en el art. 33 que establece que el fallecimiento del librador no afecta al cheque.

Si el librador fallece antes de la fecha estipulada, el DLCh no autoriza a aplicar la normativa del cheque común. La norma legal citada remite, para las hipótesis señaladas, a la regulación de los vales. Pero ¿cuál es la disciplina de los vales?

El art. 125 establece que son aplicables a los vales las disposiciones generales del DLTV y las especiales relativas a las letras de cambio. En ninguna de las normas especiales para el vale, letra de cambio o generales para los títulos valores, hay previsiones para el caso del fallecimiento del librador. En consecuencia, para reglar esta situación habrá que aplicar la disciplina específica de los vales en lo que respecta a la formación del título ejecutivo y en lo demás las normas del Derecho común y del Derecho sucesorio.

Se puede interpretar que el título será tratado como un título distinto al cheque y se prescinde de la presencia del banco girado. En consecuencia, al llegar la fecha de presentación, el tenedor no podrá exigir el pago al banco y éste ya no podrá pagarlo. Se reputa al cheque como un vale y al librador del cheque se le da el tratamiento correspondiente al librador de un vale.

Aunque el cheque se presente al cobro en el banco y éste estampe la constancia de que

no se paga porque ha fallecido el librador antes de la fecha establecida en el cheque, con esa constancia no se formará el título ejecutivo, puesto que no se aplican ya las normas de los cheques; el título ejecutivo deberá formarse cumpliendo las exigencias establecidas para los vales: habrá que intimar el pago a los herederos o endosantes, judicialmente o por telegrama certificado colacionado.

Si el librador se incapacita después de la fecha de creación y después de la fecha establecida en la fecha para la presentación, el banco debe pagarlo por aplicación del art. 33 del DLCh. Si el librador se incapacita antes de la fecha establecida, corresponde aplicar las disposiciones en materia de vales.

¿Cuáles son las disposiciones de vales aplicables a esta situación? La respuesta es similar a la del caso antes analizado. El cheque no podrá ser pagado por el banco. Si se presenta al banco, éste no lo pagará y pondrá la correspondiente constancia. El tenedor conservará sus acciones cambiarias contra el librador incapacitado, quien estará representado por su curador que, por otra parte, está facultado por la Ley para pagar las deudas del incapaz, cuando ello corresponda. Se aplican las normas de los vales para la formación del título ejecutivo. Se formará el título ejecutivo intimando el pago al librador, en la persona de su representado.

CAPÍTULO QUINTO: ACCIONES Y EXCEPCIONES CAMBIARIAS

Por Nuri E. RODRÍGUEZ OLIVERA,
Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ y Virginia S. BADO CARDOZO

I. Acciones cambiarias

A. Concepto y clasificación de acciones

1. Concepto

Se denomina acción cambiaria a la acción judicial que tiene por objeto la satisfacción coactiva del derecho incorporado en un título valor.

Los legitimados para iniciar esta acción son los portadores del título impago: el beneficiario para su cobro o cualquier endosante, el girado aceptante o el avalista en tanto, habiéndolo pagado, tienen el derecho a que los obligados cambiarios a su respecto cumplan con la garantía prometida.

El actor podrá demandar a uno o a todos los obligados, individual o conjuntamente, por el total de la deuda, haciendo valer la responsabilidad solidaria cambiaria que le confiere la Ley en el art. 105 del DLTV. También, podrá hacer valer la responsabilidad solidaria entre los suscriptores de un mismo acto del art. 14 del mismo DLTV, en la medida en que en el acto encuentre más de un firmante que resulten codeudores entre sí.

2. Clasificación

Las acciones cambiarias pueden ser objeto de diferentes clasificaciones:

- De acuerdo a quién sea el actor en el juicio son de cobro o de reembolso.
- De acuerdo a quién sea el demandado son directas o de regreso.
- Independientemente de lo anterior, las acciones pueden ser ejecutivas u ordinarias dependiendo de si el título valor es o no un título ejecutivo, o si el actor prefiere el proceso ordinario.

a. Acción cambiaria de cobro y de reembolso

La acción cambiaria de cobro es la que posee el último tomador para demandar el monto del título valor, más sus intereses y gastos, contra todos los que resulten obligados (art. 100 DLTV). Complementariamente, el art. 354.1 del CGP establece: «*Cuando se pretenda el cobro ejecutivo en cualquiera de los casos que lo aparejen, el tribunal decretará inmediatamente el embargo y condenará al pago de la cantidad reclamada, intereses, costas y costos*»

La acción cambiaria de reembolso es la que posee el obligado cambiario que ha pagado el importe del título valor (endosante, avalista o el librador en la letra de cambio), para recuperar lo pagado, los intereses y los gastos a quienes sean obligados a su respecto (art. 101).

b. Acción cambiaria directa y de regreso

La acción cambiaria directa es la que tiene el tenedor contra el principal obligado. En el caso de los vales, el principal obligado es el librador. En el caso de la letras de cambio, el principal obligado es el girado aceptante (art. 76, §2). Tanto en el caso de los vales como en el de la letras de cambio, el avalista del librador o del girado aceptante (respectivamente), también, son considerados obligados principales por cuanto están obligados en iguales términos que su avalado (art. 18).

En el cheque, el principal obligado es el librador. El tenedor tiene acción directa contra el librador. En cambio, no hay acción contra el banco girado.

La acción cambiaria de regreso es la que tiene el tenedor contra los demás obligados cambiarios. Las acciones de regreso para el cobro o el reembolso están previstas en los arts. 99 y ss. El contenido está dispuesto en los arts. 100 y 101.

La clasificación que acabamos de referir se ajusta a las distintas responsabilidades asumidas por los firmantes del título valor.

El girado que acepta la letra de cambio se convierte en obligado principal de la letra (art. 76). Contra él se tiene, por lo tanto, acción directa. Contrariamente, el librador y los endosantes se obligan, pero no en forma directa y principal, sino en cuanto con su firma garanten la aceptación y el pago que debe hacer el girado (arts. 60 y 66). Es precisamente porque garantizan que pueden ser llamados a responder frente a la no aceptación o al no pago por el girado. Por ello, contra estos se tiene una acción de regreso.

El librador que crea la letra de cambio garante su aceptación y su pago, frente a todos los endosatarios futuros. Es lógico, por lo tanto, que responda frente a todos ellos y que deba pagarla si el girado no lo hace y reembolsarle a cualquiera lo que haya pagado por la letra de cambio.

El endosante garante la aceptación y el pago frente a su endosatario y a quienes le sigan. De manera que a ese endosante se le puede exigir el pago o reembolso, sólo por los endosatarios posteriores a quienes garantizó.

Es un principio fundamental del Derecho cambiario que el pago efectuado por el obligado principal - girado aceptante - libera a todos los obligados de regreso. Pagada la letra de cambio por el girado, judicial o extrajudicialmente, se extinguen los derechos incorporados a ella.

Otro principio que interesa señalar es el siguiente: el pago por parte de un obligado de regreso libera a los obligados de regreso que le siguen en el nexo cambiario, pero no libera a los obligados que le preceden. Tanto es así que el art. 102 establece al final: *«Cualquier endosante que haya pagado la letra de cambio puede cancelar su endoso y los que le siguen.»*

En consecuencia, efectuado el pago por un endosante, se extinguen las acciones contra los endosantes que le siguen pero permanecen expeditas las acciones contra los endosantes que le preceden y las que puedan intentarse contra el librador.

Efectuado el pago por vía de regreso por el librador, se extinguen las acciones contra los endosantes.

Efectuados los pagos por vía de regreso, en ningún caso queda liberado el girado aceptante. Siempre queda pendiente su obligación frente a quien pagó o a quien reembolsó por vía de regreso, por aplicación de los arts. 105 y 76. Es decir que quien pagó por vía de regreso conserva acción directa de reembolso contra el girado.

En el cheque, el tenedor tiene acción directa contra el librador y de regreso contra los endosantes.

c. Acción cambiaria ejecutiva y ordinaria

*** Acción cambiaria ejecutiva**

Se denomina *acción cambiaria ejecutiva* a la acción fundada en un título valor de contenido dinerario que se tramita por la vía del juicio ejecutivo, tal como está regulado por el CGP (arts. 353 y ss.), con algunas particularidades en cuanto a las condiciones requeridas para poder promover la acción, la limitación de excepciones y la limitación de los medios probatorios respecto de algunas de ellas.

En cuanto a las condiciones requeridas para promover la acción, la acción será ejecutiva cuando se exhiba al juez un título ejecutivo y se cumplan con las demás condiciones previstas por la Ley. Los títulos ejecutivos están establecidos taxativamente en el art. 353 del CGP. En esta enumeración están incluidos los títulos valores de contenido dinerario.

El art. 107 del DLTV confiere acción cambiaria ejecutiva a la letra de cambio debidamente protestada: *«La letra de cambio debidamente protestada es título ejecutivo para accionar por el importe del capital y accesorios conforme a lo dispuesto en los artículos precedentes.»* La norma no establece que deba procederse al reconocimiento de firma y ello en tanto el DLTV presume tácitamente la autenticidad de las firmas, abriendo la vía ejecutiva, sin perjuicio de que el demandado pueda excepcionarse alegando la falsedad de su firma.

Obsérvese que se confiere a la letra de cambio protestada carácter de título ejecutivo dándole una presunción de autenticidad. El DLTV presume la veracidad de las firmas cambiarias admitiendo directamente la acción ejecutiva contra todos o cualquiera de los firmantes, sin exigir que se recabe previamente el reconocimiento de sus firmas, como es de rigor en el Derecho procesal para otros documentos.

En la misma tesitura, el art. 124 declara que se presumen auténticos los vales, pagarés o conformes. Por ello, la misma norma exime de realizar la diligencia judicial de reconocimiento de firma.

No obstante, el art. 124 del DLTV, en su § 2, establece que la intimación prevista por el inciso final del art. 53 de la Ley 13.355 de 1965, podrá sustituirse por un requerimiento de pago en un plazo de tres días documentado en un telegrama certificado o colacionado. El inciso final de la norma referida dispone que, cuando no exista diligencia judicial de reconocimiento o protesto (como sucede en el caso de los vales), la ejecución no podrá decretarse sin previa intimación de pago al deudor. Significa, entonces, que si no se intima el pago, no puede decretarse la ejecución. El art. 39, § 3, del DLCh puede interpretarse en similar sentido: *«La constancia de la presentación y falta de pago del cheque tendrá carácter de protesto por falta de pago. Puesta la constancia de presentación y falta de pago, el cheque, sin ningún otro requisito, aparejará ejecución.»*

El juicio ejecutivo cambiario presenta dos diferencias fundamentales con el juicio ejecutivo común:

En primer lugar, la limitación de excepciones. Esta particularidad surge de lo dispuesto en los arts. 45 del DLCh y 108 inciso final del DLTV.

Las excepciones se deben interponer en el término procesal de diez días, término que corre a partir de la citación de excepciones, en un todo conforme al art. 355.1 del CGP:

«La citación de excepciones se practicará en la forma establecida para el emplazamiento en los artículos 123 y siguientes.»

El demandado dispondrá de un plazo de diez días, extensible en función de la distancia (artículos 125 y 126), para oponer cualquier excepción que tuviere contra la demanda,

debiendo deducirlas todas conjuntamente en un mismo escrito, acompañar toda la probanza documental de que disponga y mencionar todos los concretos medios de prueba de que intente valerse.»

Luego, el § 2 dispone: *«En los casos en que leyes especiales establezcan taxativamente las excepciones admisibles, serán rechazadas, sin sustanciación, las inadmisibles o las que no se opusieren en forma clara y concreta, cualquiera sea el nombre que el demandado les diere, y las que, por referir a cuestiones de hecho, no se acompañaren con la prueba documental o la proposición de los restantes medios de prueba.»*

El último inciso transcrito es particularmente importante en tanto vuelve a renovar la polémica sobre si la enumeración que realizan los arts. 108 del DLTV y 45 del DLCh es taxativa o no. Ya nos ocuparemos de ello más adelante.

De acuerdo al art. 354 del CGP, acreditado el título ejecutivo, el tribunal decretará inmediatamente el embargo y condenará al pago de la cantidad reclamada, con sus intereses, costas y costos. Hecho lo anterior, en el mismo auto que decreta el embargo el juez cita de excepciones al demandado. Si el demandado opone excepciones debe darse traslado de las mismas al al ejecutante durante seis días (art. 356 del CGP). Si el demandado no se defiende, esto es, no opone excepciones, se va directamente a la vía de apremio, sin necesidad de una nueva intimación (art. 354.4 del CGP). Evacuado el traslado de las excepciones opuestas por parte del ejecutante o agotado que sea el término, en caso de que no haya contestado las excepciones, de acuerdo al art. 357 del CGP debe celebras una audiencia, concluida la cual se dicta sentencia (art. 358 del CGP), conforme al art. 343.7 del CGP.

Cuando el juez hace lugar a ciertas excepciones se produce una cosa juzgada formal; el actor no puede volver a plantear una nueva acción ejecutiva con el título ejecutado, pero sí puede iniciar un juicio ordinario posterior (art. 361 CGP). Por ejemplo, si se rechaza la acción ejecutiva por inhabilidad del título, el actor no puede plantear una nueva acción ejecutiva sobre la base de ese título, pero sí podría obtener la revisión de lo actuado en un juicio ordinario cambiario.

Tratándose de otras excepciones, el rechazo de la demanda no impide la iniciación de un nuevo juicio ejecutivo cambiario, una vez subsanada la omisión o defecto. Por ejemplo, se opuso excepción de incompetencia y el juez la recoge; el actor podrá iniciar una nueva acción ejecutiva ante la sede competente.

Si se opuso la excepción de incompetencia, el juez que la acoge no puede expedirse sobre las restantes. Sólo se pronunciará sobre las otras excepciones en caso de haberla rechazado (art. 358.1 y 358.2 CGP).

En segundo lugar, la limitación de medios probatorios. Así sucede en cuanto a la excepción de espera o quita, que debe ser acreditada por *«documento público o privado reconocido judicialmente»*.

Merece un párrafo especial la consideración del juicio ordinario posterior. Cuando el juez hace lugar a ciertas excepciones planteadas por el deudor en el juicio ejecutivo, la sentencia puede ser revisada en un juicio ordinario posterior. Se dice, entonces, que la sentencia sólo adquiere cosa juzgada formal y no material.

El proceso ordinario posterior al proceso ejecutivo es una revisión de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo. VÉSCOVI lo llama proceso revisivo y explica su fundamento: el proceso ejecutivo constituye un procedimiento sumario, con limitación de defensas, lo que

determina esta otra vía que permite revisar lo juzgado¹⁴.

En nuestro régimen existen importantes limitaciones a la revisión que se puede operar en este juicio ordinario posterior.

En primer lugar, sólo pueden tratarse en el juicio ordinario posterior las defensas que la ley considera inadmisibles en el juicio ejecutivo, siempre y cuando no hayan sido examinadas, en su mérito, en aquél (art. 361 CGP). Entonces, si se rechaza la acción ejecutiva por inhabilidad del título, el actor no puede plantear una nueva acción ejecutiva sobre la base de ese título, ni puede obtener la revisión de lo actuado en un juicio ordinario posterior.

En segundo lugar, toda defensa que hubiere podido ser deducida en el proceso ejecutivo no habilitará la promoción de juicio ordinario posterior (art. 361 CGP).

El proceso ordinario posterior debe plantearse en las condiciones requeridas por la Ley. Si ellas no se cumplen, las sentencias dictadas en el proceso ejecutivo adquieren fuerza de cosa juzgada material y las cuestiones controvertidas en ese proceso ejecutivo ya no podrán ser reconsideradas en otro juicio.

El art. 361.2 del CGP agrega que, cualquiera sea la naturaleza de la demanda que se interponga, será competente el mismo tribunal que entendió en la primera instancia del proceso ejecutivo, cuyo titular no será recusable por prejuzgamiento fundado en dicha circunstancia.

Debe advertirse, además, que el art. 361.3 establece que el derecho a obtener la revisión de lo resuelto en el proceso ejecutivo caducará a los noventa días de la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia dictada en el proceso ejecutivo.

***Acción cambiaria ordinaria**

El DLTV no prevé - pero tampoco excluye - que el portador de la letra protestada pueda promover una acción cambiaria por la vía del juicio ordinario, prefiriendo la mayor seguridad que ofrece la cosa juzgada de un juicio de este tipo, sobre la ventaja que supone el embargo inmediato de los bienes del deudor y la limitación de las excepciones que le acuerda el juicio ejecutivo cambiario.

De manera que el portador de un título valor tiene la posibilidad de optar por uno u otro tipo de juicio. Tiene una acción cambiaria, directa, de regreso y de reembolso, que puede ser tramitada por la vía de un juicio ejecutivo y también tendría, en nuestro concepto, una acción ordinaria. Ambas acciones persiguen finalidades diferentes lo que repercute directamente en su estructura. La acción ejecutiva tiene por objeto obtener el cumplimiento forzado de la obligación que surge del título (lo que estudiamos como *acciones de cobro o de reembolso directas o de regreso*), mediante un proceso de estructura monitoria, mientras que la acción ordinaria persigue la declaración judicial de reconocimiento del derecho, mediante un proceso de conocimiento.

Lo verdaderamente interesante en torno a las acciones cambiarias es si son acciones especiales o no. Si se sostiene que se trata de una acción especial, en caso de perderse la acción cambiaria ejecutiva siempre habrá oportunidad de hacer valer el derecho utilizando la acción ordinaria. Si se sostiene que no se trata de una acción especial, en caso de perderse la acción cambiaria ya no habrá más oportunidad de defensa. En nuestro medio se han sostenido las dos posiciones.

14 VÉSCOVI, *Derecho procesal*, t. 6, 2da. parte (1985), pp. 262, 263 y 265.

PÉREZ FONTANA sostiene que la acción cambiaria es un juicio ejecutivo especial. Si se pierde la acción cambiaria, también se pierde la acción ejecutiva especial. No obstante, el portador podría ejercer su derecho utilizando el juicio ejecutivo ordinario¹⁵.

RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, entienden que no existe una acción cambiaria como una acción con caracteres típicos y especiales desde el punto de vista procesal. No hay un tipo de proceso específico para obtener la satisfacción judicial de los derechos cambiarios. La acción cambiaria es una designación genérica con la cual se señala la posibilidad que tiene el portador de un título valor de ejercitar en juicio su derecho. Consecuentemente, cuando se pierde la acción cambiaria se pierde toda posibilidad de reclamar el derecho que se incorporó en el título, no restando otras vías judiciales abiertas, ni ejecutivas ni ordinarias¹⁶.

15 PÉREZ FONTANA, *Títulos Valores*, t. 3, p. 216.

16 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 5 (2010), p. 253.

B. Cargas del portador del título valor para la conservación de las acciones cambiarias

1. Presentación de la letra de cambio a la aceptación y presentación al pago

a. Razón de ser

Las acciones cambiarias contra los obligados de regreso se pierden si el portador de la letra no la presenta para la aceptación o para el pago en determinados casos. ¿Por qué es así? Porque la Ley dispone que la responsabilidad de los obligados de regreso se haga efectiva sólo ante el incumplimiento del obligado directo, esto es, el incumplimiento del girado. Por ello, antes de reclamar a los obligados de regreso, que son garantes de la aceptación y del pago, el portador debe presentar la letra al girado.

A los efectos de probarle a los obligados de regreso que el portador se ha presentado con la letra y que es cierto que el girado se ha negado a aceptar o a pagar, se impone que se proteste notarialmente. Con el protesto se prueba fehacientemente la presentación en tiempo y la negativa del girado a aceptar o pagar, con lo cual queda abierta la posibilidad de accionar contra los garantes.

b. Consecuencias del incumplimiento

Si el portador no se presenta a recabar la aceptación o el pago en tiempo, o, si habiéndose presentado no protestó por falta de aceptación o de pago, no podrá probar fehacientemente a los obligados de regreso la negativa del girado. En consecuencia, como una sanción por su negligencia, pierde las acciones contra los obligados de regreso, en tanto su garantía opera en caso de incumplimiento probado del obligado directo. Así lo establece el art. 106 del DLTV que sanciona esas omisiones con la *caducidad* de la letra.

De lo dicho en el párrafo anterior se desprende que la omisión de la carga de presentación de la letra a la aceptación y al pago no perjudica las acciones directas que se puedan tener con respecto al girado, en tanto acepte la letra, claro está. Ello resulta de la lectura armónica del art. 76, § 2 y 106.

2. Título ejecutivo

a. Letra de cambio

De acuerdo al art. 107 del DLTV, la letra de cambio es título ejecutivo cuando está debidamente protestada por falta de pago: «*La letra de cambio debidamente protestada es título ejecutivo para accionar por el importe del capital y accesorios conforme a lo dispuesto en los artículos precedentes.*»

Obsérvese que la firma puesta en la letra no debe ser sometida a la diligencia de reconocimiento de firma, como es de rigor si se tratara de ejecutar un documento privado. El DLTV presume tácitamente la autenticidad de las firmas abriendo la vía ejecutiva, sin perjuicio de que el demandado pueda excepcionarse alegando la falsedad de su firma. En este caso, justamente, cae tal presunción.

Quiere decir que la letra protestada tiene carácter de título ejecutivo, dándole una presunción de autenticidad. El DLTV presume la veracidad de las firmas cambiarias, admitiendo directamente la acción ejecutiva contra todos o cualquiera de los firmantes, sin exigir que se recabe previamente el reconocimiento de sus firmas, como se exige en el Derecho procesal para otros documentos.

b. Vale

El art. 124 declara que los vales, conformes y pagarés se presumen auténticos. La misma norma exime de realizar la diligencia judicial de reconocimiento de firma.

No obstante, el § 2 del art. 124 del DLTV establece que la intimación prevista por el inciso final del art. 53 de la Ley 13.355 de 1965 puede sustituirse por un requerimiento de pago en un plazo de tres días, documentado mediante telegrama certificado o colacionado. El inciso final de la norma dispone que, cuando no exista diligencia judicial de reconocimiento o protesto, cosa que sucede en el caso de los vales, la ejecución no podrá decretarse sin la previa intimación de pago al deudor.

En torno al vale se plantean dos problemas: en primer lugar, cuáles son las consecuencias de la omisión de la intimación en tiempo y, en segundo lugar, si el título ejecutivo alcanza a los endosantes y sus avalistas.

***Consecuencias de la omisión de la intimación de pago**

La doctrina discrepa respecto a las consecuencias del incumplimiento de este requisito.

Parte de la doctrina advierte que la intimación o requerimiento de pago a que hace referencia el art. 124 es un acto ajeno a la formación del título, en tanto no se trataría de un sustituto del protesto. Se trataría, en cambio, de una diligencia a cumplir respecto a ciertos títulos ejecutivos ya completos, con el objeto de evitar demandas sorpresivas e impedir el abuso de acreedores que se resisten a percibir extrajudicialmente el pago de su deuda para crear gastos que hagan más gravosa la situación del deudor.

En esta posición, si se diera entrada a un juicio ejecutivo sin haberse intimado el pago, el juicio podría prosperar. El demandado podría, luego, promover una acción de daños y perjuicios por el incumplimiento de la norma en cuanto le haya perjudicado.

En otra posición, existen quienes afirman que el vale no es título hábil para promover un juicio ejecutivo, hasta tanto se cumpla con la intimación legal

Según esta posición el requerimiento de pago al demandado es un presupuesto para la acción cambiaria ejecutiva. Se esgrimen los siguientes argumentos:

En primer lugar, el § 2 del art. 124 impone el requerimiento de pago documentado mediante telegrama certificado o colacionado, con plazo de tres días, como requisito previo a la apertura del juicio ejecutivo, circunstancia que aparece clara de la remisión hecha al § final del art. 53 de la Ley 13.355: *«Cuando no exista diligencia judicial de reconocimiento o protesto, la ejecución no podrá decretarse sin previa intimación de pago al deudor con plazo de tres días.»*

La intimación judicial y sus subrogados (telegrama colacionado o envío postal mediante documento a la vista certificado con aviso de recibo), constituyen medidas preparatorias de la ejecución, expresamente previstas en forma inequívoca por la Ley como una condicionante de la admisión de la ejecución.

En segundo lugar, el § 2 del art. 123 permite sustituir la intimación judicial del art. 53 de la Ley 13.355 por un requerimiento de pago por telegrama colacionado. El plazo establecido en el art. 124 debe necesariamente transcurrir antes de que el portador pueda solicitar el embargo, devalándose como un verdadero plazo de gracia, derogatorio de lo establecido en el art. 119.

Si se omite el requerimiento de pago en los términos señalados, el deudor puede oponer la excepción de inhabilidad del título. Asimismo, el juez puede, de oficio, calificar el título como inhábil y denegar la ejecución.

En esta postura, los argumentos fundados en la equidad y la buena fe no pueden estar

por encima de la rigurosidad en el análisis del título ejecutivo. Ante el incumplimiento de las diligencias previas, y opuesta la excepción, lo único que corresponde es allanarse cumpliendo lo preceptuado legalmente. Cualquier otra alternativa significaría premiar la negligencia o temeridad del ejecutante que confía en la inadvertencia del tribunal de los requisitos exigidos legalmente para que se pueda decretar la ejecución.

***Alcance del título ejecutivo**

Otro problema que se plantea en torno al vale es si el título ejecutivo se tiene sólo contra el librador, o si también se tiene contra los endosantes y los avalistas.

Puesto que el legislador no ha hecho distinciones y armonizando los textos citados, pareciera que el legislador ha conferido al vale la calidad de título ejecutivo a un vale para el ejercicio de los derechos que él confiere contra cualquiera y todos los obligados cambiarios.

La intención del legislador al incorporar este artículo fue la de aligerar exigencias en materia de vales. Se quiso que la acción ejecutiva cambiaria de los vales se pudiera promover, sin que fuera necesario el protesto previo. La exención legal del protesto en materia de vales es de igual naturaleza que la exención del protesto establecida en otros textos legales para las letras de cambio.

El sentido de todas estas previsiones es aligerar de cargas al portador, liberándolo de protestar. El título debe conservar su eficacia ejecutiva contra todos los obligados cambiarios, para que tal exención legal tenga sentido.

El DLTV ha querido decir: no es necesario acreditar notarialmente la falta de pago del vale. Aunque no se acredite esta circunstancia por el obligado principal, de todos modos se dan acciones de regreso y tales acciones son ejecutivas.

La incorporación del art. 124 tiene por objeto aligerar las cargas del portador, eximiéndolo de cumplir con la diligencia notarial. Debe entenderse, con un criterio amplio, que se confiere al vale calidad de título ejecutivo, aun sin protesto, para ejercer todas y cualquiera de las acciones cambiarias, sea cual fuera el obligado o responsable demandado.

Una posición contraria quitaría sentido a las normas que eximen del protesto, pues significaría que ellas aportan una ventaja sólo aparente, pues libera de cargas al portador pero de inmediato lo sanciona con la pérdida de derechos por no cumplir con las cargas liberadas.

Además, la interpretación contraria implicaría atribuir incongruencia al legislador. Habría incongruencia si se le dice a un tenedor de un vale «*aunque no proteste tiene título ejecutivo*» y luego se le advierte «*si no protesta sólo puede accionar contra el librador y pierde acciones contra endosantes y sus avalistas*». La incongruencia resulta de permitir al portador incumplir con un protesto pero luego se le sanciona por ello.

c. Cheque

Según lo dispuesto en el art. 39 del DLCh, para transformar al cheque en un título ejecutivo basta con la constancia de rechazo por falta de fondos puesta por el banco, al dorso del mismo: «*La constancia de la presentación y falta de pago del cheque tendrá carácter de protesto por falta de pago. Puesta la constancia de presentación y falta de pago, el cheque, sin ningún otro requisito, aparejará ejecución.*»

El banco debe dejar constancia del rechazo en todos los casos, salvo si ha rechazado el cheque por haber sido presentado al cobro, pasados los plazos de presentación. En este caso, el tenedor habrá perdido todas las acciones cambiarias y no tiene sentido obligar al banco a dejar constancia cuando el objeto de la constancia es, justamente, demostrar la diligencia del

tenedor de modo de conservar sus acciones frente a los obligados.

Es menester precisar que el cheque aparejará ejecución en tanto sea efectivamente un cheque. Si adolece de un defecto, por ejemplo si le falta una enunciación, la sola constancia de las razones de su rechazo no tiene la virtud de conferirle acción ejecutiva.

*** Contenido de la constancia**

La constancia que debe colocar el banco debe necesariamente contener las siguientes menciones: fecha y hora de presentación del cheque, domicilio del librador y los motivos del rechazo del cheque.

La mención de la hora tiene interés cuando se trata de la devolución de cheques por falta de fondos o por su insuficiencia ya que puede suceder que, después de la hora puesta en la constancia, el librador deposite dinero en la cuenta^[3]. Si se establece fecha y hora el banco podrá justificar al librador que ha devuelto el cheque porque no tenía fondos para ello. Si no se pusiera hora, el librador podría alegar que en el día del rechazo existían fondos y podría pretender responsabilizar al banco en base a las relaciones contractuales de la cuenta corriente que los vincula. Claro está que el banco también tendría que poner constancia de la hora del depósito en las respectivas boletas, para justificar que el depósito fue posterior al rechazo del cheque^[4].

Interesa la fecha del rechazo para justificar la actitud del banco que rechaza el pago después que conoce el concurso o la incapacidad del librador. El concurso o la incapacidad se conocen por la publicación en el Diario Oficial. Los cheques librados con posterioridad a la publicación no deben ser pagados.

La exigencia del domicilio del librador complementa la norma contenida en el § 2 del art. 20.

En cuanto a los motivos del rechazo del cheque, al tenor del DLCh, el girado puede estampar cualquier causa como razón del rechazo del cheque. No obstante, si el librador no tuviere provisión de fondos o si ésta fuere insuficiente, el banco debe dejar constancia expresa de tal circunstancia (art. 39, § 2).

Por circulares del BCU deben indicarse como datos del librador: 1. tratándose de persona física: el número del documento de identidad; 2. tratándose de persona jurídica: la constancia del Registro Nacional de Comercio y datos de la ficha registral o la inscripción en el Registro que corresponda a su naturaleza jurídica (art. 127 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero).

*** Consecuencias de la omisión del banco en colocar la constancia**

El § 4 del art. 39 establece que el banco girado que no pone la constancia responde al tenedor por los perjuicios que ello le origine y le hará pasible de una multa que determinará la autoridad monetaria competente. El DLCh establece que en caso de reincidencia del banco, dentro de los seis meses, la multa se duplicará.

El art. 67 del DLCh, aplicable a esta hipótesis, establece: «*Las infracciones de las instituciones bancarias a las disposiciones de la presente ley serán sancionadas por el Banco Central del Uruguay, con multas de hasta un 100 % (cien por ciento) del capital mínimo autorizado para el funcionamiento de las mismas por resolución fundada apreciando las circunstancias del caso.*»

Por otra parte, el DLCh dispone que la constancia de falta de pago tiene la eficacia del protesto, pero no establece la necesidad o posibilidad del protesto notarial respecto al cheque devuelto. Entendemos que si el banco se negara a poner tal constancia sería procedente el protesto de acuerdo a las disposiciones generales contenidas en el art. 89 y ss.

del DLTV para las letras de cambio. Con el protesto se dejará constancia de la falta de pago y del incumplimiento de la obligación a cargo del banco de poner tal constancia.

II. Excepciones o defensas

La ejecución cambiaria de los títulos valores está dominada por el principio de limitación de excepciones. De modo que el demandado en un juicio cambiario no puede defenderse alegando cualquier circunstancia.

Este principio de limitación de excepciones está dispuesto en el art. 108 del DLTV para todos los títulos valores y en el art. 45 del DLCh, para los cheques.

La doctrina suele dividir las excepciones en dos tipos: las cambiarias o materiales y las procesales o formales. Las cambiarias son excepciones que pretenden justificar el incumplimiento del deudor en la ineficacia del título o del derecho pretendido. Las procesales, en cambio, son excepciones que se fundamentan en alguna irregularidad del proceso.

También, conviene distinguir otros criterios de clasificación según los cuales las excepciones, tanto sean cambiarias como procesales, son personales (*in personam*) o son reales (*in rem*) y además son absolutas o son relativas.

Las excepciones son personales si el deudor ejecutado las puede oponer sólo a determinado acreedor en virtud de una relación personal, generalmente por haber sido ambos parte en el negocio que dio lugar a la emisión o transmisión del título. Por el contrario, la excepción es real cuando el deudor ejecutado las puede oponer a cualquier acreedor.

Además, las excepciones son absolutas cuando todos los deudores cambiarios tienen el derecho a oponer la excepción. Contrariamente, cuando sólo algunos deudores cambiarios ejecutados en el juicio tienen derecho a oponer cierta excepción, la excepción es relativa¹⁷.

Mas allá de las clasificaciones anotadas, lo verdaderamente importante es, como hemos dicho, la limitación de excepciones impuesta por la Ley, lo que nos conduce al problema del carácter taxativo o enunciativo de la enumeración de excepciones y consecuentemente a la posibilidad de introducir otras excepciones en el juicio ejecutivo cambiario.

A. Excepciones cambiarias o materiales

1. Falsedad material

a. Alcance de la excepción

Con esta excepción, el demandado justifica su incumplimiento alegando que su firma es falsa o que alguna de las menciones del título lo es.

De lo dicho se desprende que el legislador ha dejado fuera la denominada *falsedad ideológica*, que es la falsead relacionada con algún aspecto de la relación fundamental que motivó el libramiento del título valor.

En materia de títulos valores, entonces, la excepción de falsedad sólo puede estar relacionada con tres cosas: con la firma, con las menciones del título, o con la firma y las menciones a la vez.

¹⁷ BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, v. 2, p. 518.

*** La falsedad en la firma**

La firma de una persona es falsa en tres casos: cuando el título es firmado con un nombre que no es el del firmante; cuando se imita la firma del firmante; cuando se estampa una firma de una persona imaginaria.

Cuando se falsifica una firma se pretende atribuir la declaración a una persona que no es su autora o se atribuye la declaración a un sujeto imaginario.

Nadie responde cambiariamente por una firma falsa y ello porque la firma de personas imaginarias o inexistentes no genera responsabilidad alguna. En consecuencia, si se falsifica la firma de una determinada persona la obligación es nula por falta de voluntad de obligarse de esa persona.

En este caso la excepción de falsedad es real, esto es, se puede oponer a cualquier portador, pero es relativa, ya que sólo se puede oponer por aquél cuya firma se falsificó.

Sólo puede oponerla la persona cuya firma fue falsificada y no los demás obligados cambiarios en virtud de la autonomía de las obligaciones, carácter que ya hemos tenido oportunidad de estudiar al analizar los caracteres de la obligación de todos los títulos valores. Recordemos que la falsedad de la firma de uno de los obligados cambiarios no altera la validez de las restantes firmas. Ello está establecido expresamente en el art. 8 del DLTV.

*** La falsedad en la declaración**

En este caso el documento nació regularmente, fue firmado auténticamente, pero luego se adultera cualquiera de sus estipulaciones.

En este caso el demandado no impugna la autenticidad de la firma, lo que no significa que valide el texto del documento, pudiendo oponer excepción de falsedad. Es una excepción *in rem* pues se puede oponer por cualquier ejecutado con las salvedades que se analizan más adelante.

*** La antedatación o postdatación**

La fecha de creación, como cualquier constancia del título valor y como sucede con las cláusulas de cualquier documento público o privado, debe ser verdadera, esto es, debe coincidir con el día en que efectivamente se crea.

No obstante, el creador del título puede colocar una fecha que no responda a la real para derivar el nacimiento de ciertos efectos a un momento anterior o posterior. Este falseamiento no puede perjudicar al tercero de buena fe. Respecto de éste la fecha supuesta es perfectamente válida y el obligado cambiario no podrá excepcionarse invocando la fecha real y aduciendo la falsedad.

Fuera de que la postdatación del cheque común es un delito de acuerdo al art. 58 del DLCh, ¿qué sucede si una persona posdata un cheque? Resulta claro que si el tenedor lo conserva en su poder hasta que llega la fecha puesta y luego lo presenta al cobro no se planteará ningún problema sobre su validez y eficacia.

En cambio, si el tenedor se presenta con el cheque postdatado en el banco antes de la fecha que figura como fecha de creación ¿cuál ha de ser la actitud del banco? Pueden sostenerse dos posiciones:

Se puede sostener que el banco no debe pagar pues el falseamiento de la fecha provoca la invalidez del cheque. El banco debe rechazarlo poniendo la constancia de que no se paga por contener fecha falsa. Por otra parte, el falseamiento de una enunciación esencial, como la fecha, es una conducta penalmente sancionada (art. 58, lit. B, DLCh).

También se puede sostener que la postdatación tiene por efecto fijar un plazo para el

vencimiento del cheque. Luego veremos que por disposición del art. 28 del DLCh, toda mención contenida en un cheque que establezca un vencimiento con fijación de un plazo se tiene por no escrita, lo que significa que no se anula la orden de pago, ni se afecta la validez del cheque. De acuerdo a esta posición, entonces, la fecha postdatada se debería tener por no puesta y el cheque sería válido.

Entendemos que la postdatación agrede la veracidad de una mención esencial justificada en la necesidad de asegurar que el cheque cumpla con su exclusiva función de pago y no se relaciona con la prohibición de colocar menciones.

Fuera de lo dicho, el art. 8 del Decreto reglamentario 730/975, estableció que el banco debe rechazar el cheque cuando su fecha sea posterior a la de su presentación al cobro. Asimismo se establece que debe hacer mención a la postdatación en la constancia de rechazo.

b. Diferencia entre la falsedad material y la alteración

Corresponde distinguir la falsedad de la alteración, práctica legítima que está regulada en el art. 13 del DLTV. Esta norma supone la hipótesis en que un título valor con determinadas enunciaciones comience a circular y en determinado momento de su circulación alguien le introduzca una modificación en cualquiera de sus estipulaciones, como por ejemplo la fecha de vencimiento, la cantidad a pagar, etcétera.

Para tal hipótesis, el art. 13 no dispone la nulidad del título valor, sino que establece una extensión diversa de la responsabilidad de los firmantes según el tiempo de su firma: quienes firmaron antes de que se introdujera la alteración no están obligados por el tenor literal del título valor, sino por el tenor que tenía antes de la modificación introducida; quienes firmaron después, se obligan de acuerdo a sus nuevos términos.

Desde luego que existe una dificultad probatoria para determinar el momento de la alteración y la fecha anterior o posterior de cada firma. Por ello el DLTV incorpora una presunción: se presume que se suscribió el título valor antes de la alteración efectuada. A quien le interese lo contrario deberá probarlo.

2. Pago

La excepción de pago enerva la ejecución en tanto se haya efectuado totalmente antes de la iniciación del juicio ejecutivo. De manera que si un obligado cambiario efectuó un pago parcial, este pago no obsta a la iniciación y prosecución del juicio, aunque la demanda, claro está, deberá ajustarse a la cantidad efectivamente debida. El art. 355 § 2 del CGP establece que en ningún caso el pago parcial configura excepción y que en todo caso, el pago será considerado en la etapa de liquidación del crédito.

a. Alcance de la excepción de pago

La excepción tiene distinto alcance liberatorio de acuerdo a quien haya efectuado el pago. Así:

- Si el pago fue efectuado por un obligado directo (el aceptante de una letra de cambio, el librador del cheque o el librador del vale), ese pago puede ser opuesto como excepción por todos los obligados cambiarios, en tanto se trata de los principales obligados quienes, cumpliendo con su obligación, liberan a todos los obligados de regreso a quienes prometieron pagar.
- Si el pago fue efectuado por un obligado de regreso (el librador en la letra de cambio y los endosantes en todos los títulos), ese pago sólo puede ser invocado por los obligados posteriores, que son los únicos que vienen a quedar liberados. El tenedor del título, por ejemplo uno de los endosantes, sólo puede exigir el reembolso de lo pagado

a quienes se han obligado con él, esto es, a los endosantes anteriores y al librador.

b. Prueba del pago

El art. 85 del DLTV establece lo siguiente:

«El girado que paga la letra de cambio, puede exigir que ésta se le entregue con la constancia del pago que ha hecho, puesto en la misma letra. El portador no puede rehusar un pago parcial.

En el caso de pago parcial, el girado puede exigir que se anote en la misma letra el pago que ha efectuado y además que se le otorgue recibo.

El portador debe protestar la letra por el resto.»

Cuando el obligado paga el título valor lo normal es que rescate el título. Si el título no fue devuelto el pago podrá probarse por todos los medios de prueba admisibles por el Derecho comercial, en un todo conforme a lo dispuesto en el art. 192 del CCom. No obstante, la tenencia del documento por el ejecutante es un indicio presuncional contrario al pago.

TEITELBAUM sostiene que «una constancia de pago u otra modalidad extintiva, en un documento de adeudo en poder del acreedor, aun sin firma, tiene pleno valor probatorio, en contra del poseedor del documento». Se basa en lo dispuesto por el art. 85 del DLTV y en el art. 1589, § 1, del CC que establece: «La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder, hace fe en todo lo que sea favorable al deudor.»

La posición de TEITELBAUM es teóricamente inobjetable y exacta. No obstante, en la práctica comercial a menudo ocurre que el deudor anuncia el pago de un título valor al dependiente del acreedor, pago del cual luego se arrepiente. Como consecuencia de ello, el dependiente, apresurado, coloca la constancia de pago en el título, constancia a la que luego se le superpone otra que la anula.

3. Compensación

Puede ocurrir que el acreedor ejecutante sea deudor del ejecutado por un crédito líquido y exigible que conste en un documento, aunque no necesariamente debe tratarse de un título ejecutivo. En este caso, el ejecutado en el juicio ejecutivo cambiario tiene derecho a hacer valer la excepción de compensación y extinguir, no sólo su obligación, sino también la de su acreedor.

La excepción de compensación es personal y además es relativa. Obsérvese que sólo se puede esgrimir por el deudor ejecutado frente al acreedor con quien se tiene una relación personal que explica el crédito que se pretende compensar. Consecuentemente, otros firmantes del título, aunque también resulten obligados cambiarios, no pueden beneficiarse de la compensación referida por el principio de la autonomía del derecho.

Producida la compensación, el demandado que extinguió la obligación por compensación tiene derecho a iniciar la acción de reembolso, por vía de regreso. Si la compensación se hubiere operado entre el aceptante de una letra y el tenedor, el título ya no será exigible a ningún obligado cambiario.

4. Prescripción

a. Concepto y condiciones de ejercicio

La prescripción es un modo de extinguir derechos justificado en el desinterés del titular que no ha hecho uso de la acción correspondiente en el tiempo señalado por la Ley. Su

ejercicio requiere ciertas condiciones:

*** Iniciativa de parte**

De acuerdo al art. 1191 del CC, la excepción de prescripción no puede ser opuesta de oficio por el juez; sólo es oponible por el ejecutado frente a cualquiera que pretenda su cobro.

De manera que se trata de una excepción real, esto es, una excepción que se puede oponer por el deudor requerido para el pago frente a cualquiera que pretenda el cobro, y es, además, una excepción absoluta en tanto pueden oponerla todos los deudores cambiarios.

*** Oportunidad para oponer la prescripción**

De acuerdo al art. 1191 del CC, la prescripción puede oponerse en primera o en segunda instancia, en cualquier estado de la causa, hasta que se halle en situación de dictarse sentencia.

No obstante, en el juicio ejecutivo cambiario la excepción de prescripción se debe interponer en el término procesal de diez días que corre a partir de la citación de excepciones (art. 355.1 CGP).

b. Términos de prescripción

*** Letras de cambio**

Los términos de prescripción para la letra de cambio se establecen en el art. 116 del DLTV. La norma obliga distinguir los términos de prescripción según se trate de una acción directa, de regreso o de reembolso.

La acción directa - toda acción emergente de la letra contra el aceptante (sea de cobro o de reembolso) - prescribe a los tres años. En las letras que tienen un vencimiento establecido, o que puede establecerse, el plazo de prescripción de la acción directa debe empezarse a contar a partir del vencimiento. En las las letras a la vista, con base en el art. 79 del DLTV, se ha entendido que el término prescriptivo se debe contar a partir del transcurso del año con que cuenta el tenedor para cobrar la letra de cambio.

La acción de regreso - del portador contra los endosantes y contra el librador - prescribe al año. El plazo de prescripción de las acciones de regreso se cuenta desde la fecha del protesto, salvo que la letra no fuera protestable. En este último caso, el plazo se cuenta desde el vencimiento.

La acción de reembolso - del endosante contra los otros endosantes y contra el librador - prescribe a los seis meses. El plazo de prescripción de la acción de reembolso se cuenta desde la fecha en que el endosante pagó o se le notificó la demanda.

*** Vales**

De acuerdo al art. 1019 del CCom, en la redacción dada por el art. 26 de la Ley 17.292, el término de prescripción de la acción directa fundada en un vale es de cuatro años contados desde el vencimiento, «*si la deuda no ha sido reconocida por documento separado*». Si hubo reconocimiento de la deuda por documento separado, la prescripción no será de cuatro años sino de veinte años. El acreedor del vale, que ha obtenido un reconocimiento documentado del adeudo, se ve beneficiado con el plazo mayor de prescripción.

El punto de partida a partir del cual debe computarse el término de prescripción es el vencimiento. Igual que en el caso de la letra de cambio, no habrá problema para computar el plazo si es posible determinar el vencimiento del vale. Si el vale es a la vista, puede

entenderse que el plazo corre a partir de un año de la fecha de creación, aplicando lo dispuesto para las letras de cambio en el art. 79.

En materia de vales el DLTV admite su creación con estipulación del pago en cuotas con vencimientos escalonados. Si en el documento se prevé que el pago de una o más cuotas hace exigible el total, el término de prescripción comenzará a correr desde la fecha en que se produce el vencimiento de la cuota que provoca la exigibilidad. Si la cláusula de vencimiento anticipado no se hubiere previsto, la prescripción opera, por cada fracción de capital, a partir de su respectivo vencimiento.

En cuanto a la acción de regreso – contra los endosantes - corresponde señalar que no existe una norma especial para la prescripción. En consecuencia, correspondería aplicar el término de un año establecido en el DLTV para las acciones de regreso contra los endosantes y el librador de la letra de cambio (art. 116).

En cuanto a la acción de reembolso - del endosante que pagó el vale contra todos los obligados que le preceden - se ha de aplicar el art. 116 de letras de cambio que fija un término de prescripción de seis meses desde el día que el endosante pagó o desde el día en que se le notificó la demanda.

La acción de reembolso del firmante de un mismo acto, contra los demás co signatarios, en cambio, es de carácter ordinario y prescribe a los veinte años (art. 1018 C.Com). Esto es así en tanto el art. 14 del DLTV establece que «... *El pago de un título por uno de los signatarios, no confiere a quien paga, respecto a los demás que firmaron el mismo acto, sino los derechos y las acciones que competen al deudor solidario contra los demás obligados...*»

*** Cheques**

El art. 68 del DLCh establece que la acción del tenedor contra librador o endosantes prescribe en un término de seis meses, que se computa desde el vencimiento del plazo de presentación del cheque para su cobro. Las acciones de los endosantes contra el librador y de los endosantes entre sí, prescriben a los seis meses desde que el endosante hubiere reembolsado el importe del cheque.

El DLCh no prevé una solución específica en la hipótesis de que existan co libradores y uno de ellos, que haya pagado el cheque, accione contra los restantes colibradores. Entendemos que para el caso también debe aplicarse el término de 20 años del art. 1018 del C. Com.

c. Interrupción de la prescripción

De acuerdo con el régimen establecido en el art. 1026 del C. Com., en la redacción que le ha dado la Ley 17.292, la prescripción se interrumpe por cualquiera de las vías siguientes:

“1° Por el reconocimiento que el deudor hace del derecho de aquél contra quien prescribía.

2° Por medio de emplazamiento judicial notificado al prescribiente. El emplazamiento judicial interrumpe la prescripción, aunque sea decretado por Juez incompetente.

3° Por medio de intimación judicial, practicada personalmente al deudor, o por edictos al ausente cuyo domicilio se ignorase.

4° Por la admisión de una pretensión concursal deducida por el deudor.”

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 67 de la Ley de Declaración Judicial de Concurso y Reorganización Empresarial de 2008, desde la declaración del

concurso quedarán suspendidos los plazos de prescripción y caducidad de las acciones contra el deudor, por créditos anteriores a la declaración.

*** Particularidades del cheque.**

Lo dispuesto en el art. 1026 del CCom tiene carácter general y, por lo tanto, se aplica también a los cheques. Sin embargo, en lo que respecta a la interrupción de la prescripción por el emplazamiento judicial notificado al prescribiente, el art. 68, § 2 del DLCh establece una solución diferente a la general: *«La acción intentada contra un endosante o el librador interrumpirá la prescripción con respecto a los endosantes contra los que no se haya iniciado acción por cobro del cheque»*. Por lo tanto, en materia de cheques, la mera interposición de la demanda ejecutiva interrumpe la prescripción respecto de todos endosantes. No es necesario que se le notifique la demanda al ejecutado para que se configure la interrupción.

El DLCh omitió prever que la iniciación de una acción contra un endosante interrumpe la prescripción con respecto al librador. Se han intentado dos soluciones.

Por una parte se ha dicho que el art. sólo alude a la interrupción respecto a los endosantes contra los que no se haya iniciado acción por cobro de cheque. Respecto al librador deberíamos remitirnos al art. 1026 del CCom que es el que establece el régimen general en materia de prescripción. En virtud de esta norma, se requeriría el emplazamiento judicial o la intimación judicial para interrumpir la prescripción, o el reconocimiento de la deuda o la admisión de una pretensión concursal deducida por el deudor. La mera interposición de la demanda contra un endosante, de acuerdo a esta posición, no interrumpiría la prescripción respecto del librador.

Por otra parte, puede entenderse que la interrupción de la prescripción con respecto al librador se encuentra implícita en el art. 68, en tanto parece un tanto absurdo interpretar que la interposición de una demanda contra el endosante interrumpa la prescripción respecto de los demás endosantes, pero no respecto del librador accionado.

d. Recomienzo del plazo de prescripción

El art. 1026 del CCom refiere a la posibilidad de que el plazo de prescripción interrumpido comience a correr nuevamente: *«En el primer caso, desde la fecha del reconocimiento; en el segundo, desde la fecha de la última diligencia judicial que se practicare en consecuencia del emplazamiento; en el tercero, desde la fecha de la intimación o de la última publicación en el Diario Oficial; en el caso del numeral 4°, comienza a correr de nuevo, una vez concluido el proceso concursal.»*

No hay dificultades para la prueba de prescripción, salvo cuando hubo actos interruptivos. La prueba de éstos incumbe al actor.

El DLTV no contiene ninguna norma especial para regular la situación en que se ha dictado una sentencia que condena a la devolución de lo pagado por una letra de cambio, en el proceso de concurso. Entendemos que corresponde aplicar el art. 1606.

El art. 1606 establece que la sentencia que haya condenado al portador a rembolsar, lo que haya recibido, surtirá los efectos de un protesto en forma para recurrir contra el librador y endosantes. Ello es así, porque el portador que recibió el importe de la letra no la protestó, precisamente, porque había sido pagado y para que no pierda sus derechos (por la falta de protesto) se hace surtir a la sentencia los efectos de un protesto y a partir de ella corre el plazo de prescripción.

e. Interversión de la prescripción

* Concepto

Intervención significa «*alterar el orden de las cosas*». En lo que tiene que ver con el plazo de prescripción de los títulos valores, la expresión se refiere a la modificación del término prescriptivo una vez recaída sentencia de condena en el juicio ejecutivo.

El derecho declarado en la sentencia está sujeto a prescripción a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada. La sentencia conserva su autoridad de cosa juzgada y de título de ejecución, pero ello no impide que la obligación reconocida en la sentencia se pueda extinguir por los medios generales de extinción de las obligaciones, entre los cuales se encuentra la prescripción¹⁸.

La sentencia que condena a cumplir una obligación es declarativa de un derecho y no crea ni constituye una situación jurídica nueva. Por lo tanto, no modifica el plazo de prescripción¹⁹.

Salvo los casos de excepción contenidos en los arts. 1222, 1223, 1224 y 1225 del CC, en los que la interrupción de la prescripción provocada por la actuación judicial modifica los plazos que tenían sustituyéndolo por el común de veinte años del art. 1216, en los demás casos rige el principio general expresado en el párrafo anterior. Si la obligación a cuyo cumplimiento condena la sentencia es la misma que se ha hecho valer al accionar, la intervención no puede ser admitida, según AMÉZAGA, sin una norma expresa que así lo establezca.

De la lectura de AMÉZAGA podría interpretarse que entendía que el régimen aplicable a la intervención en materia cambiaria difiere al general en materia civil y comercial. Sin embargo, ello es puesto en duda por la doctrina²⁰.

* La intervención en la legislación cambiaria

Según cierta doctrina, el carácter constitutivo o creativo de la sentencia no alcanza a la naturaleza de los derechos que el fallo atribuye a las partes. No puede hablarse de novación, ni de sustitución de un derecho por otro. Una pretensión de Derecho cambiario sigue siendo cambiariaa luego de la sentencia. La sentencia nada innova respecto del contenido del derecho debatido en el proceso. Siendo así, el problema atinente al plazo de la prescripción debe apoyarse sobre la naturaleza misma del derecho debatido, dentro de los términos que la Ley establezca²¹.

En particular, la sentencia judicial de condena no cambia el plazo para la prescripción

18 AMÉZAGA, *Culpa contractual* (1938), pp. 334 y ss.

19 AMÉZAGA, op. cit., p. 332.

20 GORFINKIEL, «La prescripción en los vales luego de la sentencia», *LJU Online*, UY/DOC/368/2009.

21 COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pp. 334 y 335; SAYAGUÉS ARECO, «La prescripción del vale luego de la sentencia de condena», *Anales del Foro*, n° 122, p. 38, notas 8 y 42.

de la acción proveniente de letras u otros papeles endosables; sólo modifica la oportunidad de su comienzo, situándola en la fecha de la sentencia de condenación²². Siguiendo los lineamientos asentados por esta doctrina, alguna jurisprudencia considera que, aun después de promovida la ejecución, la prescripción del vale, continua enmarcada en el término de 4 años que establece la legislación cambiaria²³.

En la posición opuesta se observa que el art. 1026, parágrafo final, del CCom, contiene una disposición especial - incorporada por el art. 27 de la Ley 17.292 de 2001 - que deja definitivamente de lado la interpretación que acabamos de referir: «*En materia de títulos valores cuando haya recaído sentencia de condena se aplicará lo dispuesto por los artículos 1216 y 1220 del CC.*»²⁴. En tales casos, no se puede ya invocar una prescripción del título valor, puesto que su portador ejerció judicialmente los derechos que le confiere el título. A partir de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, quien ejecuta el título, tiene los derechos emergentes de la sentencia. Esos derechos prescriben en el plazo de 20 años, según dispone el art. 1216 del CC. El término comienza a correr desde que «*causó ejecutoria*», aplicando el art. 1220 del CC.

Con otras palabras, por ejemplo, si hubo sentencia de condena en el juicio de ejecución del vale, ya no regirá el plazo de prescripción de cuatro años. Ello es lógico. Si habiendo ejercido la acción ejecutiva para el cobro de un vale, se obtiene una sentencia, a partir de esa sentencia no juega más la prescripción corta, de índole excepcional, que beneficia al obligado cambiario. Rige la prescripción de veinte años del art. 1216 del CC y ese término se relaciona con los derechos reconocidos por la sentencia.

*** Interrupción del plazo intervertido**

Es particularmente relevante, en la práctica, la determinación de si la reinscripción del embargo es suficiente o no para interrumpir esta prescripción veintenaria.

Parte de la doctrina advierte que los medios interruptivos del término de la prescripción están taxativamente enumerados en la Ley (art. 1026 CCom) y entre ellos no se incluye la reinscripción del embargo²⁵. El principio general es que la interrupción o suspensión de la prescripción en curso opera por el conocimiento de la otra parte de la gestión demostrativa de que no existe negligencia o desinterés en el acreedor. Consecuentemente, los meros

22 VÉSCOVI, «La interversión de la prescripción en nuestro Derecho comercial», *LJU*, t. 16, p. 453.

23 STAC de 1^{er} t. n° 134 de 27/10/1994, UY/JUR/73/1994 (red. GUTIÉRREZ); STAC de 4° t., de 24/2/1993 (PERERA, ECHEVERRÍA y LARRIEUX), STAC de 4° t., de 24/2/1993, UY/JUR/43/1993 (PERERA, ECHEVERRÍA y LARRIEUX).

24 La sentencia de condena a que se refiere esta norma es la providencia que, haciendo lugar a la demanda ejecutiva, dispone la traba de embargo que se hubiere solicitado o la que resuelva el excepcionamiento que el demandado hubiere eventualmente formulado. Si no hubo excepcionamiento, la providencia inicial de traba de embargo queda firme, con eficacia de cosa juzgada.

25 TEITELBAUM, *Juicio ejecutivo cambiario*, p. 129.

pedidos de nuevas inscripciones de embargos no interrumpen la prescripción, en tanto no producen este conocimiento²⁶. Este criterio ha sido aplicado por la jurisprudencia en varios fallos²⁷.

No obstante, GORFINKIEL observa que mientras se encuentra vigente la inscripción de embargo genérico el derecho no puede extinguirse por prescripción. A partir de esta premisa, el autor plantea dos posibilidades: a partir de la fecha de la caducidad del embargo comienza a correr un nuevo plazo prescriptivo o que al producirse la caducidad de la inscripción no comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, sino que el *dies a quo* del mismo sigue siendo la fecha de la última diligencia judicial y, eventualmente, el plazo de prescripción extintiva ya habrá transcurrido.

La inscripción de un embargo específico, en cambio, según GORFINKIEL, no interrumpe el término de prescripción, ni impide que ésta se consume. Si el ejecutante conoce bienes y los ha cautelado, a su inacción no debe atribuirse respaldo legal²⁸.

5. Caducidad

a. Concepto

La doctrina es contradictoria sobre el concepto de caducidad y en especial sobre sus diferencias con la prescripción. En general se entiende que en la prescripción juega fundamentalmente el tiempo y ello en tanto opera después de transcurrido determinado período. La caducidad, en cambio, se vincula con actos que el acreedor debe cumplir en plazos determinados y cuya omisión se sanciona. También se sostiene que la prescripción opera la pérdida de derechos y que la caducidad afecta las acciones y no el derecho.

Todos estos conceptos, sustentados por la doctrina, no se recogen claramente en las leyes de títulos valores. La mayor parte de las caducidades en materia cambiaria operan por omisiones o negligencias del portador del título valor, pero en determinados tiempos que el DLTV establece. De manera que en materia de títulos valores, ambas categorías se desdibujan y cuando el DLTV dispone la caducidad, en general se extinguen, no sólo las acciones sino, también los derechos sustanciales del portador.

b. Diversos casos de caducidad

*** Letra de cambio**

El portador de la letra tiene diversas cargas: tiene que presentar la letra a la aceptación y al cobro en determinados plazos fijados por la Ley o estipulados en el propio título, y tiene que llevar a cabo los protestos en los casos preceptuados por el DLTV.

Si no cumple con estas cargas pierde las acciones de regreso. En cuanto al obligado directo, tal como se analizó antes, en caso de no protestarse la letra de cambio, se conserva

26 VÉSCOVI, *Derecho procesal civil*, t. 4 (1985), p. 186.

27 STAC de 1^{er} t. n° 134 de 27/10/1994, UY/JUR/73/1994 (red. GUTIÉRREZ); LJU, t. 108, caso 12.568, 1/7/1994, p. 447, UY/JUR/43/1993 (PERERA, ECHEVERRÍA LJU, t. 108, caso 12.568, 1/7/1994, p. 447, UY/JUR/43/1993 (PERERA, ECHEVERRÍA y LARRIEUX).

28 GORFINKIEL, id. *ibid*.

la acción directa, pero se pierde la acción ejecutiva. Sobre la posibilidad de reconocer la firma de la letra de modo de formar un título ejecutivo y accionar por las vías procesales comunes, nos remitimos a las posiciones doctrinarias referidas al tratar las acciones cambiarias.

*** Vales**

En los vales a la vista, se produce la caducidad de acciones y derechos contra los obligados de regreso si el vale no se presenta al cobro dentro del plazo de un año contado a partir de su fecha de libramiento. Es una solución posible por aplicación del art. 79 del DLTV, norma ubicada en sede de letra de cambio.

*** Cheques**

En el caso de los cheques, la caducidad opera por el desconocimiento de los plazos de presentación del cheque al pago, plazos que están establecidos en el art. 29 del DLCh. De manera que quien no se presente en tiempo, pierde por su negligencia las acciones cambiarias.

También se pierde la acción ejecutiva cambiaria si el banco no estampa en el cheque la constancia de la falta de pago y, si en tal caso, el tenedor no realiza una diligencia de protesto notarial. Ello es así puesto que el cheque que carece de constancia de rechazo, o el cheque que no es protestado, no es título ejecutivo.

*** Caducidad de inscripciones registrales de embargo**

Por normas registrales se crea un régimen de caducidad de las inscripciones de embargos. De acuerdo al art. 35 de la Ley 16.871, en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones, se inscriben los embargos generales de derechos. El art. 79 dispone distintos términos de caducidad de las inscripciones. Las inscripciones de los embargos genéricos caducan a los cinco años.

El art. 80 admite reinscripciones de embargos y en el inciso final establece: «En todos los casos expresados las reinscripciones podrán reiterarse, pero no se admitirá extender la vigencia de las inscripciones originarias por más de treinta años contados desde el día de la primera inscripción, a excepción de lo previsto en el numeral 3) del presente artículo.»

La caducidad de la reinscripción de embargos es un instituto distinto a la prescripción. En función de la norma de caducidad, el Registro no admite reinscripciones de embargos cuando transcurren más de treinta años desde de la inscripción original. A nuestro juicio, de ello no puede interpretarse que se extingan los derechos y acciones del tenedor del título que obtuvo una sentencia de condena. Contrariamente, en función de ella, podría solicitar un nuevo embargo.

6. Espera o quita

a. Concepto y requisitos

La quita es una renuncia parcial a cierto monto del crédito. La espera, en cambio, consiste en un nuevo plazo conferido al deudor cambiario. Ambos son concesiones del acreedor al deudor.

Para que las excepciones referidas tengan efecto deben cumplirse los siguientes requisitos:

En primer lugar, la espera o la quita debe haber sido concedida por el acreedor ejecutante, al deudor ejecutado. De manera que estas excepciones son personales y, además, son relativas: sólo la opone la persona a quien se otorgó y sólo se opone a quien se concedió

la quita o espera. Ningún otro ejecutado puede excepcionarse en esta circunstancia en virtud del carácter de la autonomía del derecho de los títulos valores.

En segundo lugar, la espera o quita tiene que haber sido concedida antes de iniciarse el juicio. Trabado el embargo el acreedor puede conceder una espera, pero tal espera no puede ser invocada como excepción.

En tercer lugar, la espera o quita debe probarse por una escritura pública, o por un documento privado en tanto haya sido reconocido judicialmente, o por un concordato homologado, expresión legal que hoy debe entenderse referida a los casos de concurso en virtud de la derogación del régimen de los concordatos a partir de la Ley 18.387/2008, de 23 de octubre, de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial (LC). Una vez declarado el concurso, el deudor goza de una moratoria, similar a la que obtenía con los concordatos en el régimen anterior, moratoria que impide la prosecución del juicio ejecutivo cambiario y la iniciación de nuevos. Si se le inicia un juicio cambiario, el deudor podrá pedir levantamiento del embargo que fue pedido después de que se decreta el concurso.

b. Efectos del excepcionamiento

Acogida la excepción de espera el actor deberá respetar el término concedido pero, finalizado que sea, podrá iniciar un nuevo juicio. Acogida la excepción de quita el actor debe respetar la cantidad remitida, lo que significa que la ejecución seguirá por la cantidad no remitida.

El portador pudo conceder quita a uno de los deudores cambiarios, reservándose sus derechos contra los restantes (art. 992 CCom). Por ejemplo, el portador puede cobrar a X el 50 % del crédito y hacerle remisión por el resto, pero luego puede exigir a Z el 50 % restante.

Si la quita y espera fue concedida en el convenio o acuerdo concursal de uno de los obligados cambiarios, el acreedor del título valor puede exigir el total a los demás deudores o responsables del pago.

7. Usura

El art. 23 de la Ley 18.212 de 2007 incorpora la usura civil al elenco de excepciones previstas por el art. 108 del DLTV. Sin perjuicio de fundar la excepción, también puede ser relevada de oficio.

Para establecer si existe usura, la Ley 18.212 obliga determinar si el crédito es inferior o superior a los 2.000.000 UI. Si el crédito es inferior a 2.000.000 UI, la usura queda configurada en tanto la tasa implícita de interés supere el 80 % de la tasa media del trimestre móvil anterior. Si supera los 2.000.000 de UI la usura queda configurada si la tasa implícita supera el 120 % de la tasa media referida.

El art. 21 dispone la caducidad del derecho a exigir el cobro de intereses, compensaciones, comisiones, gastos u otros cargos de cualquier naturaleza, salvo las costas y costos por el crédito subsistente. Aun así, el cobro de las costas y costos no será preceptivo cuando el deudor o su fiador hubieran consignado lo que estimaban adeudar y el magistrado lo considere razonable al resolver la excepción de usura.

Asimismo, deberán descontarse del crédito subsistente a ejecutar, los intereses, compensaciones, comisiones, gastos, u otros cargos de cualquier naturaleza ya cobrados.

Sin perjuicio de darle trámite a la excepción de usura, los jueces deben comunicar a la autoridad administrativa competente la identidad del infractor (Banco Central o Área de Defensa del Consumidor, según establece el art. 24).

Las disposiciones de esta ley se aplican a las obligaciones contraídas con posterioridad

a su entrada en vigencia.

B. Excepciones procesales

1. Inhabilidad de título

El título sin un requisito esencial, no ha nacido como título valor y por lo tanto no puede conferir derechos cambiarios, ni acción cambiaria.

Cuando se analiza la habilidad del título la doctrina distingue entre las excepciones meramente formales, aquellas que se fundan en la falta de un requisito en el documento, de las excepciones sustanciales, que se fundan en la falta de requisitos calificados como intrínsecos y que inciden sobre la existencia de la obligación cambiaria. Las primeras son las que entran naturalmente dentro de la categoría *inhabilidad del título*; las segundas ingresan dentro de esta categoría por una interpretación extensiva formulada por buena parte de la doctrina²⁹. Es por esta razón que corresponde distinguir las hipótesis de inhabilidad formal del título, de aquellas hipótesis de inhabilidad sustancial.

a. Hipótesis de inhabilidad formal del título

El título valor es un documento eminentemente formal. Resulta de nuestro Derecho positivo y es, además, un principio general en la materia.

*** Título que no contenga todas las enunciaciones exigidas por el DLTV**

El art. 108 del DLTV señala los requisitos del art. 3 y no hace referencia a otros textos dentro del mismo cuerpo legal en que se incluyen menciones esenciales. Por lo tanto, habrá inhabilidad del título cuando no contenga las enunciaciones del art. 3, o las del art. 120 para vales.

Las enunciaciones son establecidas como solemnidades. Así resulta del art. 2 del DLTV que dispone que los documentos produzcan los efectos previstos por el DLTV cuando contienen las menciones exigidas.

El art. 55 del DLTV establece que la letra de cambio que carezca de alguno de los requisitos, no valdrá como letra de cambio. Un documento sin las menciones exigidas por el art. 120 podrá contener el reconocimiento de una deuda, pero no tendrá la categoría de vale.

Las menciones que falten no han de ser aquellas cuya falta ha sido prevista por el Decreto Ley, que incorpora soluciones para llenar la omisión. Por ejemplo, si falta el vencimiento en una letra se presume que ella es a la vista. La falta de estipulación sobre vencimiento, por lo tanto, no hace inhábil al título.

En cambio, si se ejecuta una letra de cambio y no contiene una orden de pagar o si se ejecuta un vale, que no expresa una promesa de pago, por más que tengan el rótulo de letra o vale, no han de ser títulos hábiles. Viceversa, el documento que contiene promesa de pago, pero le falta la enunciación *vale* o el documento que contiene una orden de pago pero le falta la mención *letra de cambio*, también es inhábil para el nacimiento de un derecho cartular y de la correspondiente acción cambiaria.

El título valor debe contener la denominación *letra, vale, cheque*, porque así lo exige la Ley como solemnidad. En un fallo, en nuestro medio, se sostuvo que un documento era un pagaré aunque no tenía la denominación, porque en el texto decía *pagaremos*. En nuestro concepto no se ha interpretado acertadamente la Ley desde que ésta requiere el nombre del

29 TEITELBAUM, op. cit., pp. 95 y ss.

título y además la expresión *pagaré*, como promesa de pagar una suma de dinero.

*** Inhabilidades relacionadas con la fecha**

Si al título le falta la fecha de libramiento, el demandado puede alegar la inhabilidad del título.

La fecha de libramiento ha de ser cronológicamente posible, dentro de las reglas del calendario vigente. Así, el vale librado el 30 de febrero o el 31 de setiembre, días inexistentes en el calendario, es un vale al cual le falta el requisito de la fecha y, por lo tanto, inhábil.

La fecha estampada puede ser contradictoria con la fecha del real libramiento. Sería el caso de un título valor con fecha de libramiento posterior al del vencimiento o a la fecha de la aceptación o del primer endoso. En este supuesto, dice CASALS, *«la fecha contradictoria es evidentemente nula, y por ello habrá de reputarse a la letra como carente de fecha y formularse la oposición cambiaria en la forma expuesta por aquel evento»*.

En la jurisprudencia Argentina, se han dictado fallos en que se admitió la acción en casos de fecha contradictoria. En una sentencia se estableció: *«No afecta la validez del pagaré que la fecha de emisión sea errada o imposible, si la de vencimiento está fijada precisamente y no se cuestiona la capacidad del librador al tiempo de la emisión.»*

*** Inhabilidades relacionadas con el vencimiento**

Supongamos que se establezca una fecha absurda, imposible o imaginaria. Por ejemplo, un vale en que se estampe como fecha de vencimiento 30 de febrero, que es fecha inexistente. Según GARRIGUES, esa letra es nula.

CÁMARA, en cambio, señala que establecer que el título es inhábil es una sanción muy severa pues el defecto no produce más inconveniente que el de no poder asegurar si se ha querido que la letra venza el día antes o el día después del equivocadamente señalado.

Ciertamente parece demasiado severo establecer su nulidad. En tal caso podrían aplicarse por analogía las normas interpretativas contenidas en los arts. 81 y 82, adecuándolas a la situación y entenderse que el título vence el último día del mes del vencimiento.

*** Inhabilidades relacionadas con la prestación debida**

Los arts. 55 y 120 establecen como contenido de la letra y del vale una cantidad determinada de dinero. El dinero puede ser moneda extranjera.

Hay una norma interpretativa en nuestro Derecho, para el caso de monedas de distintos países que tienen el mismo nombre. El art. 87 establece: *«Cuando el importe de la letra de cambio se haya indicado en una moneda que tenga la misma denominación, pero diferente valor en el país de emisión que en el país de pago, se presumirá que la moneda expresada es la del lugar del pago.»*

Fuera de las normas citadas no hay ninguna otra sobre el tema. No obstante, es posible imaginar algunas otras hipótesis.

Una primera hipótesis puede ser aquella en que al extender un título valor se omite la clase de moneda. Pongamos un ejemplo: si en el título valor dice *“páguese 4000”* y no dice nada más, faltaría el objeto de la prestación. ¿Podríamos interpretar que se aplica la norma antes citada y que si el título valor fuera pagadero en Uruguay entender que se trata de pesos uruguayos? No puede ser así. El DLTV impone que en las letras y vales se designe una suma determinada de dinero. Si no está designada la clase de moneda el título valor es inhábil. La norma del art. 87 no es aplicable a un caso como el planteado.

Una segunda hipótesis podría ser la de un título valor en que se estipulase que se pagará una suma no determinada, pero determinable. Frente a tal situación nos planteamos las siguientes interrogantes: ¿el hecho de que el DLTV imponga suma determinada de dinero excluye la estipulación de una cantidad fácilmente determinable? Aplicando la Ley 14.500, ¿no se podría fijar el monto en unidades de valor fácilmente liquidables, como ser la Unidad Reajutable, cuyo valor está periódicamente asignado por el Poder Ejecutivo? CASALS responde negativamente: «*Necesariamente el monto de la cambial se ha de referir a unidades de valor monetario*».

Efectivamente, el art. 120, al establecer el contenido del vale, establece la promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero.

¿Y si en un título valor se hubiere incorporado cualquier fórmula de actualización?, ¿podría ser admisible la excepción de inhabilidad del título, por faltar suma determinada de dinero? Se podría sostener que no podría incluirse un pacto de ajuste; pero tal solución es opinable en tanto la cláusula de reajuste presupone que existe una cantidad determinada. Nos interesa recordar los arts. 9 y 10 del Decreto Ley 14.500:

«Artículo 9. Las partes podrán establecer cualquier clase de estipulación que tenga por finalidad mantener el valor de las obligaciones contraídas.

Artículo 10. Quedan comprendidas en el artículo anterior las cláusulas en moneda extranjera. A los efectos establecidos por el artículo 874 del Código de Procedimiento Civil y disposiciones complementarias los documentos que contengan obligación de pagar suma de dinero expresada en cualquier especie de moneda extranjera, constituirán título que trae aparejada ejecución en la moneda especificada y se considerará líquida la respectiva cantidad.»

*** Inhabilidades relacionadas con la firma**

La firma permite atribuir al suscriptor la declaración contenida en el título valor. La firma significa la adhesión al tenor literal y formal del título valor pero, también significa una sumisión a las normas legales que rigen las obligaciones cambiarias, que están reguladas minuciosamente.

Del texto del art. 3 del DLTV, parece que no puede faltar la firma del creador. Es esencial, no puede omitirse.

Es necesario que exista, aun cuando esté falsificada. Si falta la firma del librador, no hay letra ni vale ni cheque. Cualquier ejecutado puede oponer la excepción de inhabilidad del título. Es excepción *in rem*, esto es, real, y además es absoluta.

No existe norma que imponga que la firma sea legible. No sería lícito, entonces, que el firmante se exonerara de responsabilidad alegando tal ilegibilidad, cuando se trata de la firma habitualmente utilizada.

*** Títulos valores con condiciones**

La letra de cambio no puede contener condiciones. Así surge del art. 55, norma que establece que la letra debe contener la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero. La letra con una condición deja de ser letra. Lo mismo ocurre con el vale en tanto el art. 120 establece que es una promesa incondicional de pago.

El demandado por un vale o por una letra con condiciones podrá oponer la excepción de inhabilidad del título. Por otra parte, de admitirse el título y la excepción basada en la condición, habría que admitir prueba del cumplimiento de esa condición ajena al documento y ello es contrario al principio cambiario de literalidad.

*** Falta de designación del girado y diferencia con el girado supuesto**

Si no se incluye la designación de un girado la letra no vale como tal (art. 56 DLTV). La designación debe ser suficientemente individualizante. Si no lo es, el título es nulo, esto es, no sirve como letra y se podrá oponer excepción de inhabilidad.

El librador puede haber librado dolosamente letras designando un girado imaginario. Obsérvese que es un caso diferente al anterior. Si no hay designación de girado y la letra igual circula, en todo caso ha habido negligencia del tomador. Se le puede oponer la excepción de inhabilidad. En el caso de suposición del girado, en cambio, la letra ha circulado sobre la base de su creación formal, esto es, se ha creado una apariencia regular y el librador debe responder por ello. No cabe sostener, entonces, la nulidad del título y liberar de responsabilidad al librador. Este no puede oponer excepción de inhabilidad del título en tanto no puede beneficiarse con su propio dolo. Su firma es válida y lo responsabiliza por las resultas de la letra.

Tampoco puede un endosante excusarse de pagar alegando la suposición del girado. El endosante recibió una prestación a cambio de su endoso y se obligó autónomamente por su firma.

*** Falta de protesto en la letra de cambio**

La omisión del protesto torna inhábil al título puesto que ese acto es necesario para configurar el título ejecutivo. La inhabilidad se configura tanto cuando falta el protesto como cuando se hizo defectuosamente.

Si el demandado fuere un obligado directo podrá oponer la excepción de inhabilidad del título. Si el demandado fuere un obligado de regreso podría invocar ese hecho como inhabilidad del título y, además, como excepción de caducidad. El juez podrá repeler de oficio la demanda ejecutiva.

*** Falta de la intimación en el vale**

Según hemos visto en páginas anteriores, los vales se presumen auténticos y constituyen títulos ejecutivos sin necesidad de protesto ni de diligencia judicial de reconocimiento de firma. Sin embargo, para que la ejecución pueda decretarse se requiere la previa intimación judicial de pago al deudor con plazo de tres días (art. 53, Ley 13.355 de 1965). En virtud de lo dispuesto en el art. 124 del DLTV, esta intimación puede ser sustituida por un requerimiento de pago en un plazo de tres días, documentado mediante telegrama certificado o colacionado. A esto el art. 340 de la Ley 18.172 el agrega la posibilidad de que la intimación se haga por envío postal mediante documento a la vista certificado con aviso de recibo.

En el caso en que faltase la intimación referida, se han sostenido dos posiciones.

En opinión de TEITELBAUM, la intimación previa y el reconocimiento de firma son medidas preparatorias de la ejecución, expresamente previstas. El hecho de que tales presupuestos no integren el título, no es impedimento para que pueda oponerse la inhabilidad del título.

Cuando el tribunal deniega la ejecución por haberse omitido la diligencia de reconocimiento de firma o la intimación, lo que está haciendo es calificar el título de inhábil y si tal inhabilidad puede oponerse de oficio, con más razón, concluye el autor, procede si se excepciona la parte³⁰.

30 TEITELMABUM, op. cit. p. 111.

RODRÍGUEZ OLIVERA, en cambio, sostiene que en materia de vales la falta de intimación no configuraría una hipótesis de inhabilidad del título en tanto la intimación no sería una condición para la formación del título ejecutivo, sino una diligencia cuya finalidad es avisar al deudor las consecuencias del incumplimiento. Dado ese fundamento, la falta de intimación no afectaría el nacimiento del título ejecutivo ni invalidaría el trámite promovido de modo que, si se promoviera un juicio ejecutivo sin la previa intimación, no se podría alegar la inhabilidad del título³¹.

A nuestro modo de ver los términos claros de la Ley 13.355 no dejan lugar a dudas: la ejecución no puede decretarse sin que se haya cumplido con la intimación correspondiente. El juez, entonces, debe rechazar de oficio una ejecución en la que no se haya cumplido adecuadamente con la intimación legal. Si así no lo hiciera, el demandado podrá excepcionarse con fundamento en el incumplimiento de un requisito legal para la procedencia de la ejecución o, incluso, presentar un recurso de nulidad. Por otra parte, el demandado podrá reclamar daños y perjuicios contra quien debió intimarle previamente.

*** Vales en que no se incluye la cláusula de mora automática**

El librador de un vale puede liberar al acreedor de su obligación de intimarle el pago de modo de hacerle caer en mora. En otras palabras, puede pactar la mora automática. En caso de que no se haga tal cosa, ¿debe interpretarse que el acreedor está obligado a intimar el pago de otro modo que no sea enviando el telegrama que permite la Ley? En un caso el demandado sostuvo que la omisión de la cláusula de mora automática obliga a realizar una previa intimación de pago, intimación que no basta con que sea mediante telegrama, sino que debe ser judicial. Entendemos que no corresponde más que la intimación por telegrama.

*** Vales en que no se incluye la tasa de interés moratorio**

Si en el vale no se pactó el interés moratorio, los intereses deberán calcularse de acuerdo a la cotización vigente para las operaciones corrientes de los bancos a la fecha de pago, pues así lo establece el art. 100, n. 2.

b. Hipótesis de inhabilidad material del título

Además de las razones formales analizadas, el título valor también puede resultar inhábil por faltarle algún requisito a la obligación cambiaria. En este caso, la excepción de inhabilidad del título se sustenta en razones de índole sustancial.

1. Inhabilidad por vicios de la voluntad

En términos generales la voluntad está viciada cuando la víctima actúa creyendo en algo que no existe o bajo una circunstancia que no se da³². Estos vicios suelen agruparse en dos categorías: los vicios de la declaración y los vicios de la voluntad, conocidos en la teoría general del contrato como vicios del consentimiento.

Los vicios de la declaración incluyen todos los casos de divergencia - inconsciente o consciente - entre la voluntad real y una voluntad hipotética, esto es, aquella que se habría

31 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, t. 1, p. 283.

32 QUIÑONERO CERVANTES, «El dolo omisivo», *Revista de Derecho privado*, t. 63 (1979), p. 349; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 3, 9ª ed. (1958), p. 382.

manifestado en otras condiciones y sin la ausencia de vicios.

En un segundo grupo se encuentran los vicios de la formación de la voluntad o del consentimiento, donde se consideran el error, el dolo y la violencia.

La generalidad de la doctrina alude a los vicios del consentimiento para referirse a la existencia de error, dolo o violencia en el acto de la creación o de la firma de cualquier acto cambiario. Quizás no es adecuada tal designación pues el consentimiento es uno de los requisitos o elementos de los contratos y los títulos valores no tienen naturaleza contractual. Ya hemos advertido que la obligación cambiaria nace de la voluntad unilateral de sus firmantes. Por ello parece más adecuado hacer referencia a los vicios de la voluntad, en lugar de a los vicios del consentimiento. De todos modos, no parece haber mayores obstáculos en aplicar a la voluntad para obligarse cambiariamente, las mismas normas del Derecho civil sobre el consentimiento en un contrato.

Así, entonces, para el nacimiento de la obligación cambiaria es necesario que la voluntad del firmante se forme con discernimiento, esto es, distinguiendo lo que se quiere de lo que se rechaza; con intención, o lo que es lo mismo, con la facultad de dirigir ese discernimiento en función de las ventajas y cargas que se han de obtener y finalmente con libertad, o sea, con la posibilidad de elegir lo distinguido intencionalmente. Si tales condiciones faltan, por error, dolo o violencia, se dice que la voluntad está viciada y que el acto cambiario es nulo.

*** Inhabilidad por error, violencia y dolo**

Corresponde preguntarse si un obligado cambiario puede padecer un error impropio u obstativo.

En la teoría general del contrato el error obstativo es el error resultante de la discordancia entre lo querido y lo declarado. A diferencia del error propio, que es la consecuencia de un defectuoso conocimiento de la realidad, en el error impropio u obstativo el individuo no se equivoca respecto de lo que quiere; lo que sucede es que declara algo que en realidad no quiere. Hay un obstáculo que impide la formación plena de la voluntad³³. Podría ser el caso de quien cree suscribir un recibo y firma un título valor.

En materia de contratos la responsabilidad por este tipo de errores se pondera en función de la mayor o menor excusabilidad del equivocado pues, para juzgar la excusabilidad del error del declarante, debe tenerse presente que cuanto mayor es el deber de conocimiento, tanto menor es la posibilidad de excusarse en la ignorancia, y tanto menor es en la otra parte la carga de advertir el error³⁴. Se ha dicho que para alegar la excusabilidad del error obstativo el juez habrá de verificar si la persona conoce el contrato o acto que realiza y ello en tanto el ordenamiento no puede proteger al que ha padecido el error cuando no merece protección por su conducta negligente³⁵.

Fuera del error obstativo, en la teoría general del contrato es condición de alegabilidad del error que recaiga sobre circunstancias determinantes del supuesto de hecho tenido en

33 PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. 2, v. 1, 3ª ed. (1988), pp. 73 y 81; CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos, Derecho de contratos* (2010), p. 276; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, v. 5 (2011), p. 119.

34 TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere* (1937), pp. 388 y ss.; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. 6, 1ª parte, trad. por DÍAZ CRUZ (1936), pp. 239 y 245.

cuenta por las partes al contratar. Las legislaciones modernas responden al Derecho romano que distinguía entre el error *in negotio, in re, in persona* e *in causam* (en la naturaleza, en el objeto, en la persona y en los motivos, respectivamente). El error en el objeto se divide en error *in corpore, in substantia, in qualitate* e *in quantitate* (en la identidad, en la materia, en las cualidades secundarias y en la cantidad)³⁶.

En lo que a nuestra materia refiere resulta particularmente interesante el error en la causa. Este error se encuentra toda vez que la misma sea falsa o inexistente y podría ser el caso del profesor que libra un vale en caso para explicar su funcionamiento.

La consecuencia de todos estos errores es la nulidad absoluta³⁷.

El dolo es un vicio del consentimiento, una conducta antijurídica contraria a la buena fe que se distingue claramente de la mera negligencia o la imprudencia. Se configura dolo cuando, mediante una estratagema, esto es, un engaño artificioso, una persona induce a otra a firmar un título valor y quien lo firma cree estar firmando un recibo, por ejemplo.

En la teoría general del contrato, el dolo produce la nulidad del contrato cuando afecta la causa al punto de transformarse en la causa del contrato para el que lo comete, de tal modo que no habría existido convención de no haberse empleado estas maniobras³⁸. Así, se distingue el dolo *causante, principal o determinante*, del *dolo incidental*, clasificación plasmada en el art. 1276 del CC y que ha sido bastante criticada dada la dificultad de su aplicación³⁹. El principal es aquél que inhibe toda contratación; la persona que lo sufre no habría contratado de haber tenido conocimiento de la realidad de las cosas. Es la máxima expresión de mala fe del contrayente y vicia la voluntad de la contraparte si se cumplen las condiciones legales⁴⁰. El dolo incidental no inhibe la contratación; la persona de todas formas habría contratado aunque en otras condiciones⁴¹.

Igual que sucede en el error La doctrina debate respecto de si los tribunales han de

35 PUIG BRUTAU, op. cit., p. 91; COLOMBO, «Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus», *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, año XCI, n° 5-6 (1993), p. 369.

36 PARDESSUS, *Cours de Droit commercial*, 4ª ed., t. 1 (1831), p. 247; CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pp. 382 y ss.; PUIG BRUTAU, op. cit., pp. 83 y ss; PLANIOL y RIPERT, op. cit. p. 250.

37 PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. 6, pp. 234 a 239.

38 BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude en matière civile & commerciale*, t. I, 4ª ed. rev. par RIVIÉRE, H.F. (1887), p. 24

39 DíEZ-PICAZO, op. cit., p. 172.

40 CARRANZA, *El dolo en el Derecho Civil y Comercial. Estudio doctrinario y jurisprudencial*, Colección Ensayos jurídicos, n° 10 (1973), pp. 44 y ss.

ponderar la preparación del sujeto burlado y su capacidad para advertir el artificio del que fue objeto. Se han sostenido dos posiciones.

Es posible utilizar un criterio objetivo para calificar el dolo, esto es, un punto de vista circunscripto a los elementos configurativos del dolo e indiferente a la persona que ha sufrido el engaño. De otro lado, también, se ha defendido la necesidad de verificar el resultado a la luz de la personalidad del engañado apelando, entonces, a un criterio subjetivo.

Sea cual sea el grado de elaboración del agente, el elemento que debe estar presente es la astucia dirigida a generar el error en otra persona sin que sea necesario un daño real⁴². La previsión de este resultado, esto es, la representación mental de causar un perjuicio efectivo, es lo que califica al fraude⁴³.

A este dolo se lo conoce como *dolus malus*⁴⁴. Vicia el consentimiento de la contraparte porque la induce en error y aunque no logre este objetivo, igualmente hay vicio porque somete la voluntad y priva a la persona de toda libertad⁴⁵.

También puede haber violencia en el acto de librar un título valor. Ello puede suceder si una persona es obligada a firmar un título valor bajo la amenaza de un arma de fuego o bajo la promesa de que si no lo hace se le hará daño a determinada persona. En el primer caso hay violencia física. En el segundo caso hay violencia moral. También se incluyen dentro de la violencia los casos en que se dirige la mano de la víctima en estado de sonambulismo o hipnosis. En estas hipótesis la violencia vició totalmente el consentimiento o la voluntad en el acto de la suscripción del título.

****Inhabilidad por incapacidad***

Ciertamente la capacidad es un requisito intrínseco de la obligación cambiaria. De acuerdo a la remisión que hace el art. 191 del CCom al CC, al firmante del título valor se le aplican las normas del Derecho común que regulan la capacidad. Luego, habrán de tenerse presente las normas especiales del CCom que amplían el régimen de capacidad para el ejercicio profesional del comercio.

La interpretación de las normas referidas permite concluir que el suscriptor de un título

41 PUIG BRUTAU, op. cit., p. 96.

42 BÉDARRIDE, op. cit., p. 18.

43 CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., p. 160.

44 CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., p. 388.

45 MORALES MORENO, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad», *ADC*, t. 35 (1982), p. 636; CARRANZA, op. cit., p. 28; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. 6, p. 270; PUIG BRUTAU, op. cit., p. 92; COLIN y CAPITANT, op. cit., p. 575; DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español* (1965), p. 223.

valor debe ser capaz para contratar y celebrar actos de comercio, de manera tal que la obligación cambiaria contraída por un incapaz es nula, absoluta o relativamente, según el caso.

La capacidad del firmante debe darse en el momento de la creación o de la aceptación o del endoso que suscriba. Si una persona incapaz suscribe un título valor, su obligación no se valida por recuperar su capacidad durante la circulación del título, salvo que ratifique su obligación si la incapacidad es relativa. De otro lado, si un título es librado por una persona capaz, la obligación cambiaria es válida y en nada la afecta la incapacidad sobreviniente.

Finalmente, recuérdese que, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 8, § 2 y 62 del DLTV, aplicables a vales y cheques (arts. 125 y 126), la obligación de cada suscriptor de un título valor es autónoma.

2. Inhabilidad por ejecución de un título valor incompleto y por violación del pacto de completamiento

Según hemos tenido oportunidad de analizar, nuestro Derecho admite el título emitido con blancos en los arts. 4 y 61 del DLTV. Ya hemos estudiado el régimen del completamiento de estos títulos. No hemos de insistir en ello. Sólo baste recordar que de acuerdo a nuestras normas legales, quien debe llenar los blancos es el portador legítimo (tomador o cualquier portador), antes de presentarlo para su cobro, de acuerdo al pacto de completamiento.

Quien recibe un título incompleto debe informarse sobre el alcance del pacto referido. Es deber del primer tomador informar de ello al adquirente subsiguiente y ello por cuanto los suscriptores del título con claros se obligan en los términos literales con los cuales el título es completado posteriormente.

Lo que importa en esta instancia, es que el acreedor que inicie su acción con un título sin completar se expone a que el deudor se excepcione en la inhabilidad del título. Ello es meridianamente claro si lo que ha quedado incompleto es una mención esencial. En caso de haberse dejado en blanco una mención no esencial, la cuestión puede ser opinable.

Si al llenarse el claro no se respetó el pacto cambiario ¿podrá el ejecutado excepcionarse en base a que no se llenó correctamente? Tal posibilidad no está prevista en el elenco de excepciones del art. 108 del DLTV. Sobre el punto se han sostenido dos posiciones.

Se ha dicho que no corresponde recibir la excepción de inhabilidad del título fundado en el incumplimiento del pacto de completamiento, en el entendido de que ello supone traer al juicio ejecutivo cambiario argumentos que pertenecen al mundo de la relación fundamental, lo que violenta el principio de abstracción⁴⁶.

Entre nosotros la cuestión no es pacífica. PÉREZ FONTANA tenía sus dudas y sostuvo posiciones distintas en dos pasajes del tomo 3⁴⁷. En la página 119 sostuvo

«Que aun cuando el artículo 108 de la Ley de títulos valores no incluye las excepciones previstas en el artículo 61 de la misma, si el ejecutante completó la letra contrariando lo establecido en el contrato de completamiento, el librador puede oponerse a la ejecución.»

46 CÁMARA, op. cit., t. 3, p. 472.

47 PÉREZ FONTANA, op. cit.

En cambio, en la p. 241 expresó:

«En el caso de que haya mediado un acuerdo entre el librador y el tomador, circunstancia prevista por el artículo 61 de la Ley de títulos valores que autoriza a alegar el incumplimiento de esos acuerdos al tenedor que haya adquirido el título de mala fe o al adquirirlo haya incurrido en culpa grave, el ejecutado no podrá excepcionarse porque esa excepción no está prevista en el artículo 108 de la Ley de títulos valores. Es procedente en los países que no siguen el sistema de lista donde no existen limitaciones para el excepcionamiento... El incumplimiento a la ejecución cambiaria (artículo 940 del CPC).»

MERLINSKI y ARAMBELL descartan la excepción puesto que a su entender el art. 108 del DLTV sería taxativo. No obstante, reciben la defensa en tanto el ejecutado podría argumentar el abuso en el completamiento al ser citado de excepciones, en un incidente innominado y atípico, que no inhibiría la ejecución. Su eficacia se limitaría a que, en la vía de apremio, se readecuase la obligación del deudor, en función a lo que éste alegara y probara en el incidente referido⁴⁸.

En nuestro concepto la enunciación de excepciones no se agota en el art. 108 pues existen otros textos legales que también prevén excepciones, expresa o tácitamente. Justamente, la admisibilidad de este excepcionamiento resulta del art. 61: *«Cuando una letra de cambio incompleta en el momento de su creación se hubiese completado contrariamente a los acuerdos celebrados, el cumplimiento de estos acuerdos no podrá alegarse contra el tenedor, a no ser que éste haya adquirido la letra de cambio con mala fe o que al adquirirla, haya incurrido en culpa grave.»*

En nuestra opinión, la expresión “no podrá alegarse” es una forma poco técnica de significar que no podrá oponerse la excepción de violación del pacto de completamiento en el juicio ejecutivo cambiario.

¿A quién se refiere el art. 61 como «tenedor»? Esto es ¿queda incluido el primer tomador de la letra o sólo los tenedores siguientes? El artículo no distingue, pero al referirse a la «adquisición» de la letra, hace pensar que el legislador plantea una hipótesis de circulación de la letra. De manera que la mala fe o la culpa grave no estarían centradas en el completamiento de la letra contrariando el pacto, sino en la adquisición de la letra. A nuestro entender, la norma se está planteando la hipótesis en que la letra es endosada a un tercero, frente a quien no sería oponible defensa alguna fundada en un pacto del que no fue parte y que la puede haber adquirido de buena fe o porque se está prestando a una maniobra del beneficiario para burlar el pacto de completamiento.

Si se considera aceptable la interpretación de la norma que hasta aquí venimos desarrollando, el librador que celebró un pacto de completamiento con el beneficiario podría excepcionarse contra cualquier tenedor, acreditando su mala fe o culpa grave al adquirir la letra.

Ahora bien, si es admisible que el librador se excepcione contra cualquier tenedor, con más razón debería admitirse que se excepcione contra el primer tomador. Si bien el pacto de completamiento es un elemento que excede el tenor de la letra, admitir la ejecución de una letra por quien ha suscrito un pacto de ese tipo y, a pesar de ello la completa contrariando el pacto, sería premiar a la mala fe. Tal como ha señalado la jurisprudencia argentina en algún caso referido a la violación del convenio de completamiento: *«Frente al dolo manifiesto no*

48 MERLINSKI GOLDSTEIN y ARAMBELL, «Cláusulas no previstas expresamente en los vales, conformes o pagarés», *Títulos valores, problemática vigente*, (1994), pp. 15 y 16.

pueden los jueces permanecer indiferentes por el apego formal a preceptos destinados a proteger la seguridad del tráfico de los títulos valores circulatorios, y la cuestión controvertida no afecta a otro interesado que las partes intervinientes en este proceso ya que no median endosante ni avalistas.»

3. Inhabilidad por causar el título valor

Muchos títulos valores que suelen adquirirse, especialmente vales, contienen expresiones tales como “*por igual valor recibido*” o “*por mercaderías*” o “*según factura*”. Se ha dicho que estas menciones son jurídicamente indiferentes en la medida en que no desnaturalizan el documento cambiario. A ello ha contribuido un desafortunado ejemplo que PÉREZ FONTANA utilizó para explicar las enunciaciones que pueden contener los vales, ejemplo que de ninguna forma debería distraernos de la idea central del autor respecto a que en los vales no se pueden colocar menciones extrañas a las que la Ley permite: «*Los vales, pagarés o conformes como también las letras de cambio, son documentos que deben redactarse en forma breve, clara y precisa referidos estrictamente a la obligación porque el documento como requisito de solemnidad constituye uno de sus elementos constitutivos, por lo que es inadmisibles la inclusión de cláusulas o menciones ajenas a las que la ley exige o permite contrariando así el principio de la literalidad cuando hacen referencia a hechos o actos que deberán ser probados por otros medios que no sean el título mismo*»⁴⁹.

A nuestro juicio, si un vale, por ejemplo, contiene una mención como las referidas, el librador está relacionándolo directamente a la relación fundamental que le dio origen y con ello lo está desnaturalizando pues está agrediendo el atributo de la abstracción. Ahora bien, la cuestión es si el título se torna inhábil por esta circunstancia y si esta excepción puede presentarse en el proceso ejecutivo cambiario.

Se ha entendido que no procede la excepción de inhabilidad del título por dos razones.

En primer lugar, porque el art. 108 del DLTV, al referirse a la excepción de inhabilidad del título, establece entre paréntesis “*falta de alguno de los requisitos esenciales exigidos por el artículo 3*”. En segundo lugar, porque la inhabilidad del título es calificada por la Ley como una excepción procesal.

En nuestra opinión es posible oponer la inhabilidad del título en un caso como el propuesto por las siguientes razones:

En primer lugar, porque la noción de inhabilidad del título puede ser comprendida en forma amplia, dado el tenor del art. 108.

En segundo lugar, además de las hipótesis de inhabilidad por omisión de los requisitos del art. 3, la inhabilidad podría estar fundada en la falta de requisitos calificados como intrínsecos. Consecuentemente, no sólo es inhábil el documento al cual le falte una enunciación. También lo es el título firmado por un incapaz o la falta de protesto de una letra que se presenta a ejecución. Si el título carece de abstracción, como cuando hace referencia a una factura o a ciertas mercaderías que han sido recibidas, también, es inhábil como título ejecutivo cambiario.

Pese a la calificación legal, se trataría de una excepción fundamentalmente material. El título sin un requisito esencial no ha nacido como título valor, lo que significa que no confiere derechos cambiarios, ni acción cambiaria. De manera que, en todo caso, esta excepción debe ser conceptuada como excepción material y procesal a la vez.

2. Falta de legitimación activa o pasiva del ejecutante o del ejecutado

49 PÉREZ FONTANA, op. cit., pp. 326, 357 y 358.

a. Falta de legitimación activa

La excepción de falta de legitimación activa la opone el deudor cuando entiende que el ejecutante no está legitimado para iniciar la acción porque no posee el título de acuerdo a la Ley de circulación (art. 12 DLTV).

Cuando el título valor se libra al portador, quien está legitimado para su cobro es quien lo porte. Cuando se libra a la orden, está legitimado el portador que demuestre ser el endosatario según una cadena regular de endosos. La regularidad de la cadena resulta del propio título valor que se ejecuta. Si el título valor es nominativo, el legitimado será el portador que demuestre ser endosatario en tanto figure, además, como tal, en el Registro del creador.

Toda vez que el actor no pueda acreditar los extremos anotados, el demandado podrá excepcionarse en la falta de legitimación activa.

El obligado que pagó el título en vía de regreso tiene derecho a recuperar lo pagado iniciado las acciones de reembolso contra los obligados cambiarios que le preceden. De modo de probar el pago realizado habrá de exhibir el título rescatado. Este obligado queda legitimado con la sola posesión del título, sin necesidad de que se consigne en el título un endoso a su favor. Si pretende el reembolso de gastos debe agregar la documentación probatoria.

Lo dicho también cabe para el librador de la letra de cambio que responde por el pago de la letra, que ha sido aceptada por el girado, pero que no ha sido pagada, tiene derecho a reembolsarse (art. 76, § 2).

En la misma situación que quien pagó, está el obligado que obtuvo liberación por otro modo de extinguir la obligación cambiaria, como por ejemplo, por compensación. Producida la compensación, el obligado cambiario renuncia a cobrar su crédito contra el portador del título pero simultáneamente recupera la propiedad de ese título, lo que le permite el ejercicio de la acción de regreso.

b. Falta de legitimación pasiva

Quien opone la excepción de falta de legitimación pasiva pretende no ser un obligado cambiario, esto es, pretende no haber firmado un título valor o pretende que su firma no es idónea para atribuirle las responsabilidades del librador, del endosante, del avalista o del girado aceptante.

***Alcance de la legitimación pasiva**

De acuerdo al art. 21 del DLTV, para que un sujeto obligue a otro mediante el libramiento de un título valor se requiere mandato con facultades suficientes o carta dirigida al tenedor del título.

Sólo existen tres excepciones al principio enunciado:

En primer lugar, que se haya dado lugar, con hechos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está autorizado para suscribir títulos a su nombre (art. 21);

En segundo lugar, que se trate de administradores o gerentes, de sociedades o de establecimientos comerciales (art. 23);

En tercer lugar, que haya existido ratificación expresa o tácita de la suscripción (art. 24).

Fuera de los casos indicados, el firmante se obliga personalmente.

El art. 24 del DLTV distingue dos situaciones: el falso representante y el representante

verdadero que actúa excediendo sus facultades. En ambos casos la solución es la misma: el que firma un título valor a nombre de otro se obliga personalmente, como si hubiera obrado a nombre propio, y claro, si paga tiene los mismos derechos que hubiera tenido la persona a quien pretendía representar.

Ciertamente la firma del falso representante no invalida las obligaciones de los restantes obligados en la medida en que los títulos valores están gobernados por el carácter de la autonomía de la obligación (arts. 8 y 62). A pesar de ello, a menos que ratifique expresa o tácitamente el acto de suscripción, la persona cuya representación se invoca no queda vinculada por la firma de quien alega indebida o falsamente su representación. Siendo así, podrá oponer la excepción de falta de legitimación pasiva. Pero sólo ella.

*** Suscriptores que carecen de legitimación pasiva**

No pueden argumentar la falta de legitimación pasiva quienes no son obligados cambiarios, esto es, quienes han endosado sin responsabilidad, quienes han recibido el título por cesión, salvo que se hayan comprometido a responder por la solvencia y quienes endosaron el título luego de vencido, ya que, en tal caso, el endoso produce los efectos de una cesión (art. 47 DLTV). Tampoco el endosante en procuración es un obligado cambiario en tanto no es más que un propietario formal.

3. Falta de representación

La representación convencional o legal para estar en juicio se rige por el CGP. De acuerdo a este Código, para actuar en juicio a nombre y por cuenta de un tercero debe acreditarse la condición para el ejercicio de la representación legal, o debe presentarse el poder conferido por la parte. En este segundo caso el apoderado debe ser procurador.

La excepción de falta de representación procede cuando se comparece invocando una representación o un poder, pero sin justificarse debidamente, esto es, si con la demanda se omite el poder o aún presentándose se trata de un poder general, por ejemplo, sin facultades para estar en juicio.

También puede oponerse esta excepción si quien invoca un poder no es procurador o abogado y en el caso de las personas jurídicas toda vez que no se acrediten los extremos justificativos de la representación alegada.

La falta de representación puede ser controlada por el juez al recibir la demanda.

a. Situación del endosatario en procuración o en garantía

El endosatario en procuración o en garantía puede cobrar el título valor, judicial o extrajudicialmente, sin necesidad de esgrimir ningún poder ni acreditar la calidad de procurador, pues ello no está requerido en los arts. 45 y 46 del DLTV. Sólo habrán de indicar que obran en nombre y por cuenta del propietario del título.

b. Efectos de la admisión de la excepción de falta de representación

Acogida la excepción procesal de falta de representación no se configura una cosa juzgada material, sino formal, lo que significa que su propietario, con el mismo título valor, podrá promover un nuevo juicio.

La falta de representación puede ser subsanable con la presentación de la documentación que se omitió adjuntar con el pedido de embargo. También se admite que la falta de representación sea subsanada por la ratificación del mandato por el dueño del título valor, ratificación que tiene efecto retroactivo.

En los dos casos precedentes, las costas y costos de la incidencia que se crea pueden ser

puestas de cargo del actor que actuó negligentemente obligando al planteamiento de una defensa por el demandado.

4. Litispendencia e incompetencia

a. Litispendencia

El demandado que se exceptiona en la litispendencia lo hace en el entendido de que existe otro juicio iniciado con anterioridad, que está pendiente de resolución, entre las mismas partes, con el mismo objeto y con idéntica causa.

El juicio pendiente puede ser ordinario o ejecutivo, ya que la acción cambiaria se puede plantear por las dos vías. Lo que sí debe verificarse es que la demanda haya sido notificada o se haya citado de excepciones. Si el juicio anterior terminó por desistimiento o si se declaró extinguida la instancia por perención, no corresponderá esta excepción porque, insistimos, la excepción sólo funciona en tanto haya un juicio pendiente de resolución.

La litis pendencia puede ser considerada de oficio, si el Juez tuviere conocimiento de ella. Así lo sostiene la doctrina en razón del interés público que reviste este excepcionamiento.

b. Incompetencia

Las normas sobre competencia están dispuestas en la Ley 15.750. La excepción de incompetencia es una de las establecidas en el art. 45 del DLCh, en términos generales, y también en el art. 108 del DLTV, tanto por razón de jurisdicción o por razón de cantidad.

Incompetencia de jurisdicción es aquélla en razón de la materia. Serán incompetentes los jueces en materia penal, de familia, laboral y contencioso administrativo. Dentro de los jueces con jurisdicción civil, la competencia varía de acuerdo al monto reclamado. Cuando se acumulan acciones derivadas de varios títulos valores, la competencia se determina por el valor sumado de todos los títulos.

De la diferente redacción de los textos podría deducirse que en materia de cheques el demandado puede exceptionarse por cualquier clase de incompetencia, en tanto que en materia de letras y vales sólo podrían oponerse como excepción las modalidades de incompetencia enunciadas en el art. 108. Consecuentemente, de acuerdo al sentido estricto de la norma, no se podría interponer excepción de incompetencia por razón de territorio. La doctrina entiende que, no obstante el texto legal, todas las normas de competencia, por ser de Derecho público, darán base a un excepcionamiento o a un incidente de nulidad.

Entendemos que, también, es procedente esta excepción, en el caso de que los tribunales uruguayos fueren incompetentes, de acuerdo con lo determinado por la norma de conflicto aplicable.

La incompetencia absoluta puede ser opuesta de oficio. El juez puede rechazar la demanda si se considera absolutamente incompetente. Si la incompetencia fuera de territorio, en cambio, no se puede plantear de oficio.

La competencia territorial puede prorrogarse expresa o tácitamente, estando incluso prevista para los vales la posibilidad de estipular una atribución de jurisdicción (art. 125 DLTV). Pongamos un ejemplo. En un vale se fijó competencia de jueces de Montevideo. Si el portador promoviera juicio en Salto, el demandado podría oponer la correspondiente excepción pues, de otro modo, no tendría sentido la previsión del art. 125.

La excepción de incompetencia se debe resolver con carácter previo al análisis de cualquier otra excepción porque admitida que sea, no corresponde el análisis de las demás. Admitida la excepción, el actor puede promover una nueva acción en la sede efectivamente competente. El rechazo de la acción por razón de incompetencia no produce efectos de cosa

juzgada material.

C. ¿Pueden oponerse otras excepciones?

Los títulos valores tienen la particularidad de permitir promover un juicio ejecutivo especial, denominado *juicio ejecutivo cambiario*, en el que están limitadas las excepciones oponibles por el deudor. La limitación de excepciones es la característica procesal fundamental del juicio ejecutivo cambiario, principio que se establece en el art. 45 del DLCh y en el art.108, § final del DLTV. En estas normas se dispone la inadmisibilidad de excepciones distintas a las allí enumeradas y, en especial, a las que se funden en relaciones personales entre actor y demandado, fuera de las expresamente mencionadas en el § 1.

La finalidad de la prohibición legal es fortalecer el crédito cambiario.

La doctrina ha discutido mucho respecto de si el art. 108 del DLTV se agota en la enumeración dispuesta o si, por el contrario, el demandado en un juicio ejecutivo cambiario puede oponer otras excepciones.

Se han sustentado dos posiciones.

1. Posición que considera que la enumeración es taxativa

Quienes entienden que la enumeración es taxativa se apoyan en el tenor literal de los artículos referidos en tanto hacen un especial énfasis en su carácter taxativo:

«Contra la ejecución de las letras de cambio no se admitirán más excepciones que...»

En el § 1 del art. 45 transcripto el legislador habría querido limitar tanto las excepciones sustanciales como las procesales.

El § 1 del art. 108 establece el principio limitativo creando una nómina de excepciones oponibles, en tanto que el § 2 dispone que *«también será admisibles...»* y se enumeran excepciones procesales. Con el *«también»*, se extendería el elenco de excepciones admisibles del inciso anterior, con el mismo criterio restrictivo.

2. Posición que considera que la enumeración es enunciativa

TEITELBAUM afirma que la limitación de las defensas no tiene carácter taxativo. La taxatividad, a lo sumo, podría referirse a las causas de extinción de las obligaciones pero no permitiría descartar infinidad de otro tipo de defensas de índole sustancial y procesal, enmarcadas bajo el rótulo de la inhabilidad del título⁵⁰.

Argumenta sobre la base de que el § 1 del art. 108 contiene la frase *«no se admitirá más excepciones que...»* y que tal frase no se repite en el § 2. El § 2 contiene un giro que hace pensar, para el autor, en una enumeración de carácter enunciativo.

Las excepciones procesales, según este autor, difícilmente pueden estar taxativamente enumeradas. La omisión legal no impide oponer la excepción de cosa juzgada, la incompetencia absoluta o falta de jurisdicción, el juicio seguido contra una persona fallecida o inexistente, el emplazamiento irregular, defecto legal en el modo de preparar la demanda, etcétera⁵¹.

50 TEITELBAUM, *Juicio ejecutivo cambiario* (1986), p. 72.

51 TEITELBAUM, *Juicio ejecutivo cambiario* (1993), pp. 76 y 201.

3. Nuestra opinión

En general, la doctrina comercialista considera que las normas que limitan las excepciones oponibles son de interpretación estricta. Sin embargo, se advierte que la taxatividad de las excepciones oponibles es un tanto relativa.

a. Posibilidad de ampliar el elenco de excepciones cambiarias

El elenco de excepciones puede verse ampliado o restringido apelando a diversas consideraciones.

En primer lugar, por la vía de la inhabilidad del título pueden incluirse situaciones no previstas expresamente. Ya hemos considerado muchas situaciones de inhabilidad del título. Allí nos remitimos.

En segundo lugar, a los efectos de ampliar el elenco de excepciones oponibles, se suele invocar los principios generales en materia cambiaria. En aplicación de los principios generales, pareciera claro que la limitación de excepciones nunca puede servir de premio a la mala fe. Asimismo, en aplicación de los principios de Derecho cambiario, se podrá admitir alguna excepción no establecida en los textos legales. Tal es el caso de que se reclame más de lo debido. Si así fuere, el demandado podrá defenderse en base a la literalidad, rasgo de los títulos valores contenido en la definición del art. 1 del DLTV.

b. Necesidad de aplicar un criterio restrictivo

No obstante lo dicho, cualquier extensión que se pretenda tiene una valla en otro principio fundamental, de igual importancia, que no es otro que la limitación de defensas para fortalecer el crédito cambiario. De modo que los principios generales manejados son útiles, tanto para una interpretación extensiva, como para una interpretación restrictiva del régimen legal de excepciones. En otras palabras, los principios generales en materia cambiaria, determinan la extensión de la pretensión ejercida en juicio y delimitan el contenido de las defensas.

CAPÍTULO SEXTO: ACCIONES EXTRACAMBIARIAS

Por Nuri E. RODRÍGUEZ OLIVERA,
Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ y Virginia S. BADO CARDOZO

I. Concepto y regulación

A. Concepto

Se denominan acciones extracambiarias a una serie de procesos judiciales que están vinculados al título valor pero que, a diferencia de las acciones cambiarias, no pretenden la satisfacción coactiva del derecho incorporado al título valor. El objeto de estas acciones, según ser analizará enseguida, es diferente de acuerdo a la especie de que se trate.

B. Regulación

Algunas de estas acciones extracambiarias se prevén en forma general para todos los títulos valores. Es el caso de la acción causal y la acción de enriquecimiento injusto que están previstas en los arts. 25 y 26 del DLTV. La acción de cancelación, en cambio, sólo está regulada para el caso de pérdida, sustracción o destrucción de las letras (art. 109) y no contiene normas generales para el caso de que esos hechos sucedan respecto a los restantes títulos valores, fuera del caso de los vales, en virtud de lo dispuesto por el art. 125, y de los cheques, según la remisión del art. 126.

Fuera de este DLTV, dentro del marco del Derecho civil y del Derecho comercial y de su común Derecho procesal, encontramos otras posibilidades de accionamiento que pueden tener por objeto a los títulos valores, como ser la acción de reivindicación y otras que emergen de contratos que recaen sobre el título valor, en tanto bien mueble.

II. Especies reguladas en el Decreto Ley de Títulos Valores

A. Acción causal

1. Concepto

Se denomina acción causal a la acción extracambiaria que tiene por objeto la prestación debida al acreedor por la relación fundamental, contrato que explica el libramiento o la transmisión del título valor y que vincula al librador con el beneficiario, a cada endosante con su respectivo endosatario y al librador con el girado de una letra de cambio.

En virtud de que los títulos valores se reciben salvo buen cobro, esto es, *pro solvendo*, tal como se establece en el art. 25 del DLTV, la relación fundamental no se extingue, ni por la creación, ni por la transmisión del título. Consecuentemente, el tenedor tiene dos derechos a la vez: el emergente de la relación fundamental y el derecho incorporado al título valor. Para obtener el reconocimiento judicial de esos dos derechos tiene sendas acciones judiciales que el DLTV ha denominado respectivamente *acción cambiaria* y *acción causal*. Como es lógico el tenedor del título valor no puede pretender simultáneamente la satisfacción de los dos derechos y, desde luego, no puede actuar judicialmente promoviendo a la vez dos acciones. Si lo hiciera, si se le permitiera hacerlo, se enriquecería injustamente. Por esta razón, según se verá, la devolución del título es un presupuesto de ejercicio de la acción causal.

La acción causal está prevista en la parte general del DLTV y, por lo tanto, se aplica a todos los títulos valores. Procede cuando no es posible entablar una acción cambiaria o cuando, aún siendo pertinente, se prefiere no hacerlo. Un ejemplo claro del primer caso ocurre cuando el tenedor ha sido negligente y no cumplió con los actos que la Ley ordena. En estos casos opera la caducidad y no es posible iniciar la acción cambiaria. Fuera del caso anotado, puede suceder que el acreedor prefiera la acción causal por la seguridad del juicio ordinario.

2. Diferencias entre la acción cambiaria y la acción causal

Las diferencias fundamentales entre la acción cambiaria y la acción casual son las siguientes:

En primer lugar, ambas acciones persiguen finalidades diferentes en tanto el objeto de la acción causal es obtener la prestación debida por la relación fundamental que fue causa de la creación o de la transmisión del título valor, y el objeto de la acción cambiaria es obtener la prestación que consta en el título.

En segundo lugar, obsérvese que el tenedor del título puede promover la acción causal

sólo contra la persona que la creó a su favor o que se la transmitió, esto es, sólo tiene acción contra quien fue su cocontratante en la relación causal. En consecuencia, a vía de ejemplo, el tomador tiene acción causal contra el librador, cada endosatario la tiene contra su respectivo endosante y el librador tiene acción contra el girado (esto último sólo en el caso de la letra de cambio, naturalmente).

En cambio, el tenedor del título que elige la acción cambiaria puede demandar a todos los obligados cambiarios el cobro de la letra y sus accesorios haciendo valer la responsabilidad solidaria del art. 105 del DLTV, con acciones directas y de regreso (art. 76 y 101). De modo de apreciar la diferencia, adviértase que de renunciar a la acción cambiaria, el mismo tenedor sólo podrá accionar contra quien le entregó la letra para reclamar la prestación debida por la relación causal.

3. Condiciones para el ejercicio de la acción

La acción causal se promoverá por las vías procesales que el Derecho acuerde al negocio causal, juicio ordinario o juicio ejecutivo. No existe una acción causal específica, como no existe una acción cambiaria típica. No obstante, deben cumplirse las condiciones siguientes.

a. Incumplimiento

La primera condición es que el título no haya sido pagado. Con el pago se extinguen los derechos incorporados a la letra y también la relación causal.

b. Restitución del título

Quien recibe un título valor para el pago de una deuda emergente de una relación fundamental, en tanto no venza el plazo estipulado en el título valor no puede exigir la prestación debida, ni puede ejercer ninguna acción que emane de la relación extracartular. Así, por ejemplo, el vendedor que recibe un vale en pago del precio de una compraventa no podrá exigir el pago del precio, sino que debe esperar el vencimiento del título valor, pues ha renunciado tácitamente a ejercer el derecho derivado de la relación fundamental hasta que no se produzca ese vencimiento.

De manera que cuando se recibe un título valor se renuncia a ejercer privada o judicialmente los derechos emergentes de la relación fundamental, pero no se renuncia definitivamente a ello. Ocurrido el vencimiento el portador del título puede resolver exigir la prestación debida por la relación fundamental, pero, si así lo decide, debe renunciar al ejercicio del derecho cartular. Debe optar entre el ejercicio de la acción cambiaria o el ejercicio de la acción causal porque no le está permitido el ejercicio simultáneo de ambas.

Consecuentemente, para ejercer acciones en base a la relación fundamental se debe restituir, previamente, el título valor. Se trata de una obligación legal que deriva del § 2 del art. 25.

El DLTV exige que el portador del título valor lo restituya al demandado para evitar que el portador se valga de ella y pueda exigir al demandado su pago en forma paralela o posterior al ejercicio de la acción causal. Debe restituirlo, además, porque el demandado necesita ese título para reclamar a los obligados cambiarios que pueden existir a su respecto el pago o el reembolso del título.

c. Existencia de un título no perjudicado

La letra de cambio que se restituye debe haber sido presentada a la aceptación y al cobro cuando el DLTV así lo dispone y debe haber sido protestada por falta de aceptación y de pago y no debe haber prescrito.

En otras palabras, es condición para el ejercicio de la acción causal que el portador haya sido diligente y la letra de cambio no esté perjudicada, ni prescripta. Sólo así el demandado que la recibe puede, a su vez, ejercer las acciones de cobro o de reembolso que el DLTV le confiere contra sus respectivos garantes.

En consecuencia, el portador tiene la obligación de ser diligente y realizar actos conservatorios para que la letra de cambio no se perjudique, tanto para el ejercicio de las acciones cambiarias, como de las causales.

Si la acción se promueve contra quien – a su vez - no tiene acción cambiaria por el título, por tratarse de un obligado principal, entendemos que no se aplica la norma que comentamos. Véase el caso: en una letra no aceptada, el único obligado es el librador. El portador es el primer tomador. Tiene, por lo tanto, acción cambiaria contra el librador y, también, tiene acción causal contra ese librador. Si el portador no protestó la letra y por ello perdió la acción cambiaria, igualmente conservaría su acción causal porque el librador demandado en nada se perjudica, ya que él no tiene ninguna acción cambiaria a ejercer con esa letra no aceptada.

d. Existencia de acción causal no prescrita

Es condición para el ejercicio de la acción causal que la relación fundamental autorice al interesado a accionar y que la acción no se haya extinguido por la prescripción de los derechos emergentes de esa relación. La relación fundamental y, por ende, la acción causal se extingue por prescripción de acuerdo a los términos establecidos por el derecho para el negocio de que se trate.

B. Acción de enriquecimiento injusto

1. Concepto y naturaleza jurídica

a. Concepto

La acción de enriquecimiento injusto es una acción residual, de naturaleza extracambiaria, que tiene por objeto permitir al tenedor negligente obtener el valor económico del título, siempre y cuando se verifiquen ciertas condiciones.

Esta acción se reserva para el tenedor negligente, esto es, aquél que no tiene ni acción cambiaria de regreso, ni acción causal.

El legislador ha entendido excesivo que el tenedor pierda toda posibilidad de hacerse del importe del título debido al incumplimiento de cargas formales. Por ello en el art. 26 le confiere una última oportunidad: *«Si se extinguió la acción cambiaria contra el creador del título, el tenedor que carezca de acción causal contra éste y de acción cambiaria contra los demás signatarios, podrá exigir al creador del título la suma con que se haya enriquecido en su daño. Esta acción prescribirá en un año a partir del día en que la acción cambiaria contra el creador del título se haya extinguido.»*

La acción responde a los caracteres generales del cuasicontrato de enriquecimiento injusto regulado en el art. 1308 del Código Civil (CC), aunque sin ajustarse totalmente a sus disposiciones.

El art. 1308 del CC establece: *«Todo hecho lícito del hombre que hace mejor la condición de una persona en daño de otro, sin que haya mediado intención de hacer liberalidad, da origen a un cuasicontrato que obliga al que ha mejorado su condición a devolver la suma o la cosa convertida en su provecho.»*

b. Naturaleza jurídica

El objeto de la acción de enriquecimiento injusto no es el crédito incorporado al título valor (este es el objeto de la acción cambiaria), ni tampoco el crédito emergente de la relación fundamental (este es el objeto de la acción causal). No tiene una base cartular ni contractual sino, cuasicontractual.

Esta acción se justifica en la regulación de las letras de cambio porque, a falta de un texto expreso que la admitiera, difícilmente sería procedente mediante la mera utilización de las normas del Derecho común.

Uno de los presupuestos de la acción de enriquecimiento injusto civil es que exista un hecho lícito de quien se empobrece. Adviértase que en materia de títulos valores, lo que existe son omisiones del portador en el cumplimiento de deberes que el DLTV pone a su cargo. Esas omisiones difícilmente podrían calificarse como un hecho lícito.

2. Presupuestos para el ejercicio de la acción

a. Pérdida de todas las acciones

Quien ejercita esta acción debe carecer de acción cambiaria tanto respecto del librador, como respecto de los demás signatarios. Las acciones cambiarias que tenía contra todos ellos las debe haber perdido por negligencia. Debe haber perdido, además, la acción causal contra el creador del título.

Para que el tomador pueda iniciar la acción de enriquecimiento injusto debe exhibir la letra perjudicada o prescripta como prueba de su empobrecimiento.

b. Empobrecimiento de portador

Debido a la pérdida de acciones cambiarias y causales el portador se debe haber empobrecido y su empobrecimiento debe ser correlativo al enriquecimiento del demandado.

El enriquecido no necesariamente es siempre será el librador de la letra. Puede serlo el girado si el librador lo proveyó de fondos. Si el girado acepta la letra y luego no paga, aun teniendo fondos para hacerlo, se estará enriqueciendo a costa del librador. En esta hipótesis y si nos ajustamos al texto del art. 26 del DLTV, el portador de la letra perjudicada no tendría acción contra el creador, ya que éste no se enriqueció. Tampoco tendría acción contra el girado pues el DLTV no se la confiere.

BUGALLO MONTAÑO postula la admisión de esta acción, contra otros obligados, en función de *principios generales*.

Tal vez pueda considerarse la aplicación del art. 1308 del CC para los casos no comprendidos en el art. 26 del DLTV, no en virtud de principios generales sino en función de la excepcionalidad del Derecho comercial.

c. Enriquecimiento del demandado

Lo que se pide al juez en la acción de enriquecimiento injusto es una suma de dinero, pero no necesariamente el importe que aparece en el título, sino la suma en que se haya enriquecido el creador.

El enriquecimiento debe ser probado por quien lo alega, de acuerdo a las normas procesales comunes. Si el demandado es el librador de una letra de cambio, por ejemplo, puede alegar que no se enriqueció, acreditando que hizo la provisión de fondos en manos del girado.

3. Prescripción de la acción

La acción de enriquecimiento injusto prescribe al año. El plazo se cuenta desde el día

en que se perdió la acción cambiaria.

C. Acción de cancelación

1. Concepto

La acción de cancelación es una acción extracambiaria que tiene por objeto quitarle validez a la letra de cambio que ha sido perdida, sustraída o que está deteriorada, y que culmina con una sentencia cuyo testimonio permite al accionante exigir el cobro del importe de la letra a todos los obligados cambiarios.

No es difícil observar que la posibilidad de este accionamiento contraría la norma general contenida en el art. 6 del DLTV. No obstante, se trata de un régimen de excepción respecto a situaciones también excepcionales.

Cuando la letra no hubiere vencido aún o fuese en blanco, con el testimonio de la sentencia el portador puede exigir un duplicado de la letra en la forma que señala también el mismo art. 112.

2. Presupuestos de la acción

El § 2 del art. 109 establece: «*Deberá ofrecer fianza en resguardo de los derechos del tenedor. La petición debe indicar los requisitos esenciales de la letra, que sean suficientes para identificarla. El Juez, previo examen de los antecedentes que se le proporcionen acerca de la verdad de los hechos invocados y del derecho del portador...*»

De la norma transcrita surge la necesidad de que la petición de cancelación, además de identificar el título cuya cancelación se pretende, cumpla los siguientes requisitos:

a. Otorgamiento de fianza

El accionante debe ofrecer la fianza que la Ley impone en resguardo de los derechos del tenedor.

El art. 115 establece que la garantía otorgada por el actor para poder promover la acción de cancelación no se extingue hasta tanto sea presentada la letra cancelada o se haya operado su prescripción.

b. Prueba de los hechos invocados

Cuando la norma se refiere a un previo examen del juez respecto de «*los antecedentes que se le proporcionen acerca de la verdad de los hechos invocados*», quiere decir que es necesario acompañar a la solicitud de cancelación la prueba fehaciente de la pérdida, sustracción o destrucción del título. Sólo así se justifica este régimen excepcional y el desconocimiento del art. 6 del DLTV.

c. Prueba del derecho sobre la letra

La acción de cancelación es promovida por quien alega la pérdida, sustracción o destrucción del título, contra el girado y el librador y también contra el tenedor que pudiera tenerlo.

Al girado y al librador se les debe notificar personalmente. El tenedor tomará conocimiento de la demanda en virtud de la publicación de edictos. Puede suceder que quien posea la letra no sea su propietario. Ello sucede cuando el propietario se desprende voluntariamente de la letra, o cuando es forzado a desprenderse de ella.

La desposesión es voluntaria cuando la letra es entregada a un tercero por un negocio jurídico como el depósito, la prenda o el mandato. Si surgiera un conflicto entre el

propietario del título y ese tercero, por la posesión de ese documento, ese conflicto se registrará por las reglas relativas al negocio jurídico que las vincula, esto es, el depósito, la prenda o el mandato.

Cuando la desposesión es involuntaria, pensemos por ejemplo en una sustracción, se plantean distintas situaciones.

En primer lugar, los conflictos suscitados entre el legítimo propietario y el autor de la sustracción deberían resolverse por la vía de una acción reivindicatoria, acción que no estando prevista en el DLTV deberá regirse por los arts. 676 y siguientes del CC y por las normas del Derecho procesal común.

En segundo lugar, los conflictos que pudieren ocurrir entre el legítimo dueño y el detentador del título, existe una disposición expresa, el segundo inciso del art. 67, que establece lo siguiente: «*Cuando una persona sea desposeída de una letra de cambio por cualquier causa que fuere, el tenedor, siempre que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo precedente, no estará obligado a desprenderse de la letra a no ser que la hubiese adquirido de mala fe o hubiere incurrido al adquirirla en culpa grave.*»

El legislador debió atender al confrontamiento de dos intereses opuestos e igualmente legítimos: el interés del propietario y el interés del adquirente. La protección a la propiedad exige que el dueño despojado sea amparado; la seguridad del tráfico requiere la protección del adquirente. El DLTV tutela primordialmente al tenedor de buena fe, a quien no puede exigírsele la restitución de la letra.

La tercera situación a considerar es la relación entre el propietario y quien debe pagarla. Para este caso el art. 109 y siguientes ofrecen solución que no se compadece con los principios generales que rigen a los títulos valores, en tanto tutela el interés del verdadero propietario por encima del interés del tráfico, otorgándole una acción que le permite el cobro de la suma establecida en el título, no obstante la pérdida, sustracción o destrucción sufrida.

3. Procedimiento y efectos

a. Procedimiento

*** Demanda**

La demanda de cancelación debe indicar los requisitos esenciales del título para que se le pueda identificar. El actor deberá acompañar justificativos sobre sus derechos y sobre los hechos invocados u ofrecer prueba sobre los mismos.

En la demanda se solicitará el dictado del auto de cancelación, que se ordene publicar en la forma legal y que se notifique al librador del título, así como la aceptación de la garantía ofrecida como suficiente resguardo de los derechos del tenedor.

El art. 109 dispone que la cancelación se requiera al «*Juez Letrado del lugar donde la letra debe pagarse*». No obstante, en la actualidad, luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales, 15.750, lo que procede es determinar la competencia en función de lo dispuesto en el art. 72 de esa Ley, que asigna el conocimiento de los asuntos judiciales no contenciosos a la Judicatura de Paz Departamental de la Capital⁵².

52 BUGALLO MONTAÑO, op. cit., p. 82.

*** Auto de cancelación**

Luego de examinados los antecedentes proporcionados por el actor, el juez dicta *«a la brevedad»* un auto de contenido complejo, según se establece en el art. 109: *«El Juez, previo examen de los antecedentes que se le proporcionen acerca de la verdad de los hechos invocados y del derecho del portador, dictará a la brevedad un auto indicando todos los datos necesarios para individualizar la letra de cambio y disponiendo su cancelación; también autorizará su cancelación para después de transcurridos sesenta días, contados desde la fecha de la última publicación del auto respectivo, si la letra ya hubiese vencido o fuese a la vista o desde el vencimiento, si éste fuese posterior a aquella fecha y siempre que en el intervalo no se dedujese oposición por el tenedor.»*

En el mismo auto el juez debe ordenar las publicaciones legales y la notificación al librador. También autoriza la cancelación luego de transcurridos sesenta días, contados desde la fecha de la última publicación, sea que el título hubiese vencido o fuese a la vista, o desde el vencimiento si éste fuese posterior a la última publicación.

*** Publicaciones y notificaciones**

El auto de cancelación se publica durante tres días en el Diario Oficial y otro diario de notoria circulación en el lugar de pago y se notifica personalmente al librador y al girado.

Luego de notificado el auto de cancelación, el girado y el librador no deben pagar la letra. Quiere decir que en tanto el auto de cancelación no se notifique, el pago efectuado al tenedor de la letra que se dice extraviada o sustraída, es perfectamente válido y liberatorio (art. 109 *in fine*).

*** Oposición**

La oposición es una etapa eventual, producto de la contienda iniciada por el tenedor del título cancelado que se presenta con la intención de mantener sus derechos sobre el título.

Para que su pretensión sea atendida debe comparecer en tiempo, esto es, respetando el término de 60 días durante el cual puede formalizar oposiciones y además debe acreditar su buena fe⁵³.

En el contradictorio que promueva el tenedor opositor se admite la intervención procesal del actor y de cualquier obligado cambiario y expresamente del girado y del librador, a quienes debe notificarse la oposición.

El contradictorio culminará con una sentencia que dejará firme el auto de cancelación ya dictado o que lo revocará dando razón al tenedor opositor, una vez que éste haya acreditado su posesión conforme a la Ley de circulación de la letra, esto es, una vez que haya demostrado su legitimación conforme a los arts. 31 y 67. De manera que se estructura un proceso, a semejanza de otros procesos monitorios, en que se obtiene una sentencia de inmediato que podrá quedar o no firme según la actitud que asuma el tenedor del título.

El tenedor que se opone puede cumplir con actos conservatorios. Puede exigir la consignación del importe de la letra al vencimiento o antes de que transcurra el plazo de presentación legal o estipulado si la letra fuera a la vista (art. 111).

b. Efectos del auto de cancelación o de la sentencia que pone fin al contradictorio

53 BUGALLO MONTAÑO, íd. ibíd.

Si el auto de cancelación queda firme por no haberse formulado oposiciones o por sentencia definitiva en el contradictorio que se hubiera planteado, ello apareja las siguientes consecuencias:

*** Cancelación del título**

El título perdido o sustraído o destruido pierde su validez. A pesar de la contundencia de lo expuesto, el art. 113 de la Ley dispone que el resultado del juicio no perjudique los derechos del poseedor que no formuló oposición contra el que obtuvo la cancelación: «*La cancelación extingue todo derecho emergente de la letra de cambio, pero no perjudica los derechos que eventualmente pudiera tener el poseedor que no formuló oposición contra el que obtuvo la cancelación.*»

De modo que queda abierta la posibilidad de que ese poseedor inicie un juicio ordinario contra quien obtuvo el pago y en el cual deberá justificar su mejor derecho.

*** Autorización de pago**

El obligado queda autorizado - porque así lo dispone el auto inicial - a pagar al actor del juicio el importe de la letra si la letra ya venció o si fuera a la vista. El pago debe hacerse después de transcurridos 60 días contados desde la última publicación. Si el título no hubiere vencido aún, se deberá esperar al vencimiento.

Cabe observar un error en el art. 109 de la Ley que seguramente obedece a un error tipográfico. En un pasaje que se refiere al auto de cancelación, establece la Ley «... *también autorizará su cancelación para después de transcurridos sesenta días...*». Debió establecer «... *también autorizará su pago para después de transcurridos sesenta días...*». Tal es la redacción en la Ley argentina, fuente de esta disposición. La norma se aclara y complementa en el art. 112.

*** Duplicado**

Si el título cancelado aún no ha vencido o si es en blanco, el actor puede exigir un duplicado. Para ello debe reconstruirse la letra en la forma dispuesta por la parte final del art. 112 que establece: «*Este deberá pedirse por el portador desposeído de su endosado y así sucesivamente de un endosante al que le precede hasta llegar al librador.*»

SEGUNDA PARTE: DERECHO CONCURSAL

Por Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ y Virginia S. BADO CARDOZO

El Derecho concursal es un sistema de normas cuyo objeto es la regulación de los procesos concursales, así como la situación en que se encuentran el deudor y sus acreedores, y las relaciones jurídicas que les atañen, en ocasión de dichos procesos.

En nuestro Derecho existen hoy tres normativas diversas que regulan regímenes jurídicos concursales:

- La LC que regula los regímenes concursales aplicables a cualquier deudor, persona física que realice *actividad empresarial* o persona jurídica civil o comercial. Se considera actividad empresarial a la actividad profesional, económica y organizada con finalidad de producción o de intercambios de bienes o servicios. Se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de esta ley el Estado, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados, los Gobiernos Departamentales y las entidades de intermediación financiera, en este último caso con excepción de las normas relativas a la calificación del concurso, contenidas en el Título IX.

- Los arts. 452 a 471 del CGP, que regula al concurso aplicable todas aquellas personas no comprendidas en la LC. Siendo que el art. 2 de la LC dispone su aplicabilidad a todas las personas jurídicas, comerciales o civiles, el régimen del CGP ya no se aplica a ninguna persona jurídica que pueda catalogarse como *civil*, ni *comercial*⁵⁴.
- El Decreto Ley 15.322, de 17 de setiembre de 1982, de Intermediación Financiera (DLIF), con las modificaciones introducidas por la Ley 16.327, de 11 de noviembre de 1992 que incorporó un régimen general para la liquidación administrativa de las entidades de intermediación financiera. Lo dispuesto por esta ley debe ser complementado por las normas incluidas en las leyes dictadas como consecuencia de la crisis que afectó al sistema bancario en el año 2002 y que determinó la intervención y suspensión de actividades de varios bancos de nuestra plaza: la Ley 17.523 de 4 de agosto de 2002, la Ley 17.542 de 21 de agosto de 2002 y la Ley 17.613 de 27 de diciembre de 2002. El mantenimiento de ese régimen se encuentra ratificado por el § 3 del art. 2, de la LC, que excluye expresamente a las entidades de intermedicación financiera del régimen de la LC.

La Ley 18.401, de 24 de octubre de 2008, modificatoria de la carta orgánica del BCU, creó la Corporación de Protección del Ahorro Bancario (COPAB) como persona jurídica de Derecho público no estatal (art. 14). Entre sus cometidos se establecieron los siguientes: ser liquidador en sede administrativa de las empresas integrantes del sistema financiero y de sus respectivas colaterales (art. 15). Por ello, por el art. 16, lit. J se le confieren todas las atribuciones que le fueron asignadas al BCU por la Ley 17.613, arts. 14 a 21 inclusive.

CAPÍTULO PRIMERO: CONSIDERACIONES GENERALES

Por Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

I. Principios generales del Derecho concursal nacional

Consideraremos, en las líneas siguientes, como *principios generales del Derecho concursal nacional*, aquellos preceptos básicos y elementales que inspiran el sentido jurídico establecido por la LC e informan al sistema de normas que regulan los procedimientos concursales, así como los convenios y acuerdos que pueda celebrar el deudor con sus acreedores. En este sentido, entendemos a los principios como aquellos enunciados lógicos que constituyen los fundamentos iniciales de una regulación, que la doctrina deduce del sistema jurídico concursal y a los que se les adjudica el carácter de criterios directrices con validez general⁵⁵.

54 Los arts. 2359 a 2389 del CC, que regulaba al concurso aplicable a los *deudores civiles* en estado de cesación de pagos, fueron derogados expresamente por el art. 256 de la LC.

55 COUTURE, *Vocabulario jurídico* (1976); JUNYENT BAS, «Principios del Derecho Concursal Argentino», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal* (2008), p. 76.

Algunos autores nacionales se refieren a los principios del Derecho concursal nacional utilizando otra acepción del término, para referirse a los objetivos o metas de la LC, como ser la facilitación del acceso al concurso, la rapidez de los procedimientos, la reducción de los privilegios o la especialización de magistrados y auxiliares⁵⁶. En esta oportunidad no nos referiremos a esos objetivos, por no constituir verdaderos principios jurídicos, en el sentido generalmente aceptado por la teoría del Derecho, sino meras aspiraciones de los autores del anteproyecto, que no inciden en la tarea de interpretación ni de integración de la LC.

En nuestra opinión, los principios jurídicos en que se asienta nuestro Derecho concursal actual podrían ser los siguientes: A. Principio de conservación de la empresa viable; B. Principio de universalidad patrimonial; C. Principio de colectividad de los acreedores; D. Principio de igualdad; E. Principio de preeminencia de las mayorías.

A. Principio de conservación de la empresa viable

La idea de que la empresa, considerada en sí misma, es titular de un interés merecedor de una tutela especial por parte de la Ley, sería una relativa novedad en nuestro Derecho concursal. En nuestro país, en determinadas situaciones concretas, en que interesaba económica y socialmente la permanencia de ciertas actividades comerciales e industriales, a pesar de la insolvencia de sus titulares, se dictaron decretos y leyes en los que se dispuso su continuación. Se utilizaron, a esos efectos, resortes jurídicos variados: desde la intervención de la empresa, pasando por la compra por el Estado de los establecimientos o por la adquisición de paquetes accionarios, hasta llegar a la expropiación de los bienes afectados a la actividad que interesaba mantener. La intervención del Estado en los procesos concursales ha sido evidente respecto a aquellas empresas que revisten interés público como, por ejemplo, los bancos, por considerar que su bancarrota produciría males mayores que el costo que supondría su supervivencia.

La LC pretende superar la tradicional relación entre los conceptos de quiebra y cese de la actividad económica del deudor. Efectivamente, en el régimen de la LC la declaración judicial de concurso no implica necesariamente el «cese o clausura» de la actividad del deudor (art. 44). El principio es la continuación de la actividad *del deudor*, no *por el deudor*⁵⁷. Eso conduce a que se señale que la LC tiene como uno de sus principios más innovadores y trascendentes – y así se lo ha explicitado en el Informe para la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración - el de la supervivencia de las *unidades productivas económicamente viables*⁵⁸.

56 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387 (2009)*, pp. 35-48; OLIVERA GARCÍA, *Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial (2008)*, pp. 23-32.

57 El principio de conservación de la empresa no es exclusivo del Derecho concursal. Ha sido invocado por muchos como esencial al Derecho societario (RIPPE KÁISER, *Sociedades comerciales*, p. 17 [1997]; RIPPE KÁISER et al., *Instituciones de Derecho Comercial Uruguayo*, p. 54 [1999]; WONSIK DE HASKEL, *Manual de sociedades comerciales*, t. 1 [1990]).

No compartimos esta posición (RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. 4, t. 1 [2006], pp. 89-91).

58 Informe para la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración.

Ha sido considerado de estricta justicia que se procuren soluciones para la empresa aunque no necesariamente para el empresario. Se dice, entonces, que la protección de una empresa viable y autosustentable como unidad de riqueza, debe adoptarse con abstracción e incluso en contra de los intereses del empresario y de sus acreedores, como una suerte de depositaria de un bien común de mayor valor o por su función social⁵⁹. Se parte del supuesto de que, cuando una empresa económicamente viable se presenta a concurso, el mejor resultado es que continúe operando, dado que el capital se encontraría en donde tiene un mayor valor de uso⁶⁰.

Sin embargo, en general, el fundamento que se invoca para la continuación de la actividad del deudor sigue siendo la tutela del interés de los acreedores. Se considera que el mantenimiento de la *empresa en marcha* redundaría en la conservación del valor económico de los activos del deudor y, por ende, repercute directamente sobre la expectativa de satisfacción de los acreedores.

Una solución que preserve la empresa en marcha sólo es posible si se cuenta con la iniciativa y consentimiento del deudor. Demostración de esto es que los convenios sólo pueden ser propuestos por el propio deudor (arts. 138 y 163 LC), el acuerdo privado de reorganización debe estar suscrito por el deudor (art. 214) y que basta la solicitud del deudor para que el juez declare la liquidación (art. 168).

Sólo con carácter excepcional, la LC incorpora la posibilidad de que los acreedores opten por una alternativa ajena a la voluntad del deudor para continuar con el emprendimiento y, con ello, instrumentar las transformaciones necesarias para su reinserción en el mercado. Así sucede, por ejemplo, en el caso de *abandono de la empresa* (art. 238). Cuando existan exclusivamente acreedores laborales y el deudor no se hubiera presentado a promover su propio concurso, a solicitud de esos acreedores, se podrá asignar a una cooperativa de trabajadores u otra modalidad empresarial que ellos determinen, en forma provisional, el uso precario de la empresa.

Del mismo modo, si la voluntad del deudor y de los acreedores, no permite una salida que devuelva la viabilidad a la empresa, aparece una nueva instancia en donde la búsqueda se traslada a la voluntad de nuevos empresarios. Por ello, se impone, en primer lugar y en todos los casos, que se procure la venta en bloque de la empresa en funcionamiento (art. 171). Se instrumentó, para ello, un mecanismo de licitación y subasta de la unidad productiva como un todo, de forma que los interesados en la misma puedan hacer valer ofertas económicas que permitan un nuevo comienzo o la continuidad de la empresa.

B. Principio de universalidad patrimonial

El principio de universalidad – también, denominado de *unidad* - se encuentra recogido en el art. 71 de la LC, que dispone que la masa activa del concurso estará integrada por la totalidad del patrimonio del deudor a la fecha de la declaración y por los bienes y derechos que adquiera hasta la conclusión del procedimiento, incluyendo los gananciales cuya administración le corresponda.

59 BROSETA PONT, «Responsabilidad de los administradores», p. 251, conferencia dictada en el III Simposio sobre Problemas de Sociedades, Bogotá (Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional de México, www.bibliojuridica.org/libros/2/644/).

60 EMBID IRUJO, «Perfil jurídico de la responsabilidad social corporativa», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n° 12, t. 3, p. 54 (2004).

1. Alcance de la afectación patrimonial del concursado

De modo que la declaración judicial de concurso implica la afectación de todos los bienes de una persona – propios y gananciales cuya administración le corresponda, presentes y futuros – a la satisfacción de los créditos anteriores a dicha declaración.

No cabe distinguir entre bienes destinados al ejercicio de la actividad empresarial y bienes para el uso particular del deudor, como tampoco puede pretenderse la exclusión de determinados establecimientos o sucursales, ni siquiera en el caso hipotético de que realizaran actividades diferenciadas.

En esta afectación no sólo quedan incluidos los bienes que el síndico o interventor inventarían sino, también, los que sean reintegrados a la masa activa, mediante las acciones revocatorias (arts. 80 y ss. LC) y paulianas que se promuevan, así como mediante las acciones de responsabilidad que correspondan.

Los bienes hipotecados y prendados, también, integran la masa activa, puesto que el art. 71 no hace distinción alguna respecto a éstos. Sin perjuicio de lo dicho, a estos acreedores se les pagará con el producido de la enajenación de los bienes gravados (art. 181).

2. Limitación o suspensión de la legitimación para administrar y disponer de los bienes afectados por el concurso

El principio de universalidad tiene como consecuencia la suspensión de la legitimación del concursado para administrar y disponer de sus bienes (caso del concurso necesario) o en limitaciones sobre su capacidad o legitimación para disponer de su patrimonio (caso del concurso voluntario).

Eso implica que la regla general en el Derecho concursal sea la indisponibilidad total o parcial del patrimonio del concursado. En este sentido, el principio de universalidad sería contradictorio con respecto al principio de libertad de iniciativa que impera en el Derecho comercial.

C. Principio de colectividad de los acreedores

En virtud del principio de colectividad de los acreedores – también, llamado de *generalidad* - en el proceso concursal convergen las pretensiones de todos los acreedores sobre la totalidad del patrimonio del deudor y no en beneficio del primer embargante, como sucede en las ejecuciones individuales (§ 1 art. 55 LC). El proceso concursal convoca a todos los acreedores que, salvo excepciones, se ven impedidos de promover ejecuciones individuales y suspende las ejecuciones iniciadas con anterioridad a la declaración judicial del concurso. Así se lo establece en el § 1 del art. 56 y en el art. 60 de la LC.

Quedan afectados por la declaración de concurso, también, los acreedores con privilegio especial (arts. 61 y 181).

Únicamente no están comprendidos en la masa pasiva los acreedores contra la masa (art. 91).

1. Actuación colectiva u orgánica

Los acreedores no participan del proceso concursal como individuos – *uti singuli* – sino como integrantes de la masa pasiva. En ella, sus intereses eventualmente contradictorios, deben armonizarse o dilucidarse en función del principio de preeminencia de las mayorías.

Sin perjuicio de que en ocasiones la LC habilita la participación individual de los acreedores – como sucede, por ejemplo, en la impugnación del inventario (art. 78), del listado de acreedores (art. 104) o en el de la oposición al convenio (art. 151) - esta modalidad es residual y puntual. La LC, como todos los regímenes concursales, prioriza la

actuación orgánica de los acreedores como, por ejemplo, sucede con su participación en la junta de acreedores o en la comisión de acreedores.

2. Pluralidad de los acreedores

La pluralidad de acreedores es considerada necesaria para la tramitación de un proceso concursal. Se argumenta que sin la participación de una pluralidad de acreedores, el proceso concursal carecería de sentido y sería indiferenciable de la ejecución individual o de un simple acuerdo privado. Además, toda la regulación contenida en la LC parte del supuesto de la existencia de una pluralidad de acreedores, desde el constante uso de la palabra *acreedores* en plural, hasta el régimen de funcionamiento por mayorías de la junta y la comisión de acreedores.

Sin embargo, corresponde advertir que el concurso puede ser solicitado por un solo acreedor, que tenga un solo crédito impago (art. 4, n° 3 y art. 6, n° 2). Luego, la junta de acreedores puede celebrarse con la presencia de un solo acreedor (art. 115, § 5). Tampoco la constatación de que existe solo un acreedor es motivo de suspensión, ni de conclusión del concurso (arts. 207 y 211).

D. Principio de igualdad

El principio de igualdad, en el ámbito del Derecho concursal, implica la supresión de la regla *prior in tempore, potior in iure*. Una vez en el ámbito de los procesos concursales, no importa cuán rápidamente hayan accionado los acreedores en forma individual ni la fecha del crédito, ni quién haya sido el primer embargante.

De esa manera, se sustituye la justicia conmutativa de las relaciones sinalagmáticas, por la justicia distributiva que exige la satisfacción de todos los acreedores. Constituye, entonces, el principio de justicia que justifica existencialmente al proceso concursal y, también, un factor moralizador, en dos sentidos: porque inhibe la iniciativa del deudor a otorgar ventajas a algunos acreedores en perjuicio de los demás e impide que los acreedores se aventajen entre sí dentro del ámbito concursal.

1. Consagración legal

En el Derecho concursal, la afectación de los bienes del deudor se permite con la condición de que satisfaga a todos los acreedores por igual, no importando cuál sea el orden en que trabaron embargos en sus intentos de ejecución individual. Todos los bienes del deudor se destinan a la satisfacción de todos los acreedores con un tratamiento igualitario – *par conditio creditorum* – salvo las legítimas causas de privilegio, tal como establece el art. 2372 del CC.

En el proceso concursal, una vez ingresado a la etapa de liquidación, se ejecutan todos los bienes del deudor – con ciertas excepciones – y el resultado de su ejecución se destina al pago de todos los acreedores. Ese pago se hará a prorrata de los respectivos créditos, si lo obtenido no fuera suficiente para cubrir la totalidad de los créditos. Se concede de este modo un tratamiento igualitario a los acreedores, con la salvedad de un tratamiento especial que se confiere a los acreedores privilegiados y subordinados (art. 55, § 2, LC).

El tratamiento igualitario de todos los acreedores constituye una ventaja ante la insolvencia del deudor. Si el deudor es solvente no existe peligro de un tratamiento diferencial, por cuanto los acreedores encontrarán en el patrimonio del deudor bienes suficientes para su satisfacción plena. Si el deudor es insolvente sólo la ejecución concursal asegura a los acreedores una justa distribución del producido de la venta de los bienes del deudor, que constituían la garantía común. Cuando los bienes son insuficientes, todos los acreedores sufren igual proporción de perjuicio, creándose una comunidad de pérdidas.

En tutela de la efectiva aplicación de este principio, la LC confiere algunos instrumentos a los acreedores, como el que surge del art. 152. Allí se habilita la oposición de acreedores a la aprobación del convenio, si se acreditasen «*maniobras que afecten o puedan afectar a la paridad de trato entre los acreedores quirografarios*».

Asimismo, el art. 248 castiga con pena de un año de prisión a cinco de penitenciaría, al deudor que quiebre el principio de igualdad, acordando u otorgando a sus acreedores ventajas particulares en razón de su voto.

2. Excepciones

A pesar de ser el principio de igualdad enunciado como uno de los principios basilares del Derecho concursal, en la LC aparecen varias excepciones a este principio, permitiendo un tratamiento desigual en determinadas situaciones, pero siempre mediante una expresa disposición legal o la manifestación favorable de la mayoría de los acreedores relegados o afectados.

a. Clasificación legal de los acreedores

En primer lugar, se admite dar un tratamiento diferente a determinadas clases de acreedores, por ejemplo, en razón de que la LC les reconoce un privilegio o porque están especialmente relacionados con el deudor. Por ello la LC prevé la existencia de tres clases de acreedores: quirografarios, privilegiados y subordinados. Dentro de los privilegiados, además, distingue según su crédito tenga un privilegio general o especial. Luego, establece un orden para el cobro de sus créditos, en los arts. 183, 184 y 187.

En particular, los acreedores laborales, más allá del privilegio general que se le otorga respecto de los créditos devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso (art. 110), disponen de una atención especial por parte de la LC, en virtud de su carácter alimentario. El art. 62, por ejemplo, establece la posibilidad de que el síndico o el interventor, previa autorización judicial, resuelvan el pago anticipado de los créditos laborales de cualquier naturaleza que se hubieran devengado y no estuvieran prescriptos, siempre que existieren recursos líquidos suficientes o bienes fácilmente realizables en la masa activa y siempre que la disposición de los mismos no afecte la viabilidad de la continuación del giro del deudor. A su vez, en la etapa de liquidación, el art. 172 habilita a los trabajadores de «*la empresa subastada*», asociados bajo la forma de una cooperativa o de una sociedad comercial, puedan constituirse en oferentes para la compra del establecimiento del deudor concursado, haciendo valer en su oferta los créditos laborales a ser renunciados por sus miembros y hasta la suma correspondiente a la indemnización por seguro de desempleo. Asimismo, para el caso de que no se logre la venta en bloque de la empresa en funcionamiento y exista riesgo de que los créditos laborales privilegiados no puedan ser satisfechos en su totalidad, el juez, previa vista al síndico, puede designar depositaria de los bienes de la deudora concursada, confiriendo facultades de uso precario de los mismos a una cooperativa de trabajo que se constituya con la totalidad o con parte del personal (art. 174).

b. Otorgamiento de ventajas para ciertos acreedores

En segundo lugar, en la práctica existen concursos donde, en forma explícita y descubierta, se pacta priorizar el pago a un grupo de acreedores sobre otros. Esta preferencia es justificada en atención a que ciertos acreedores (como los llamados *comerciales*) continúan abasteciendo al deudor concursado, frente a otros que le retiran su cooperación (en general, entidades de intermediación financiera y prestamistas)⁶¹.

61 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual del nuevo Derecho Concursal* (2009), p. 89.

Una práctica de este tipo constituye una clara violación del principio de *pars conditio creditorum*, que sólo sería admisible si esas ventajas son reconocidas en el marco de una propuesta de convenio o de acuerdo, que cuente con el voto favorable de una mayoría especial del pasivo no beneficiado (art. 145).

c. Alteración del orden de pagos

En tercer lugar, se entendió por el legislador que la aplicación del principio de igualdad a raja tabla podía provocar situaciones injustas. A los efectos de moderar el alcance del principio, el § 2 del art. 184 prevé la posibilidad de alterar el orden en que debiera procederse a realizar los pagos, en beneficio de acreedores quirografarios, con autorización del juez y luego de oída la comisión de acreedores. En estas condiciones se podría incluso proceder al pago de créditos quirografarios antes que los créditos privilegiados.

E. Principio de preeminencia de las mayorías

La posibilidad de que una mayoría imponga a una minoría una solución no deseada por ella, requiere una Ley. Esa Ley, a su vez, debe establecer las condiciones en que lo resuelto por la mayoría sea obligatorio para la minoría. Así sucede, por ejemplo, en el Derecho societario, el cual, también, se considera orientado por un principio de la preeminencia de las mayorías.

En materia concursal se admite que una resolución, un convenio o un acuerdo, entre el deudor y alguno de sus acreedores quirografarios, tenga eficacia obligatoria frente a los demás acreedores, siempre que cumplan con los trámites y condiciones impuestos por la LC. La preeminencia de las mayorías se impone, incluso, a acreedores que no pudieron tener conocimiento del concurso, por encontrarse fuera del país, por ejemplo, y aun frente a los acreedores que se opusieron expresamente a las resoluciones adoptadas por la mayoría.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO

Por Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

I. Competencia

A. Juez competente

1. Competencia en primera instancia

a. Competencia de los Juzgados Letrados de Concursos

En el art. 12 de la LC se mantiene la competencia especializada de los Juzgados Letrados de Concursos (JLC), que ya atribuía la Ley 17.292, de 19 de diciembre de 2001, de Urgente Consideración, para todos los procedimientos concursales cuya competencia corresponda al departamento de Montevideo es decir, en los concursos de deudores domiciliados en el departamento de Montevideo sin importar su cuantía (art. 12, §1, Ley 17.292)⁶².

La norma en análisis innova en cuanto a la legislación anterior al prever que los procesos concursales promovidos fuera del departamento de Montevideo pero que presenten un pasivo superior a Unidades Indexadas (UI) 35.000.000 (a valor UI del 3 de marzo de 2014: aproximadamente US\$ 4.326.870)⁶³ deben ser radicados, también, ante los Juzgados Letrados de Concursos de Montevideo. En este sentido, la LC se aparta de la regla de competencia en materia concursal que hace primar el criterio territorial del domicilio del deudor y así debería haberlo dispuesto en forma expresa en vez de referirse a «*los procesos concursales originados fuera del departamento de Montevideo*». La finalidad de la norma es claramente otorgar primacía al criterio cuantitativo, a los efectos de que entiendan en dichos procesos de mayor importancia económica los juzgado especializados de concursos.

b. Competencia de los juzgados del interior de la República

En los procedimientos concursales planteados contra concursados domiciliados fuera del departamento de Montevideo con un pasivo que no supere los 35.000.000 de UI rigen las normas generales en materia de competencia. El art. 33 de la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales n° 15.750 del 24 de junio de 1985 (LOT) le atribuye competencia a los juzgados del lugar en que el deudor tenga su domicilio. Por lo tanto, en el interior serán competentes, según la cuantía, los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior con competencia en materia civil o los Juzgados de Paz Departamentales del Interior o incluso los Juzgados de Paz de las ciudades, villas o pueblos en caso de concursos con un pasivo muy pequeño⁶⁴.

A los efectos de aplicar lo dispuesto en el art. 33 de la LOT, debemos considerar como domicilio, en cuanto al deudor persona física, si fuere comerciante, el lugar donde tiene su principal establecimiento (art. 40 CCom). El comerciante puede tener un establecimiento principal en una localidad y sucursales en otras. La determinación de cuál es el domicilio principal será una cuestión de hecho a probar y que será apreciado por el juez. Se entiende, en general, que será el lugar en que el comerciante tenga la sede de su administración, su documentación y libros. En cuanto al deudor persona jurídica la expresión *domicilio* se encuentra definida por la LSC como el «*departamento, ciudad o localidad donde se establezca su administración*» (art. 13).

2. Competencia en segunda instancia

Respecto de la segunda instancia, el art. 257 de la LC previó dentro del Título XVI «*Disposiciones Transitorias y Especiales*» que, mientras no sea creado un Tribunal de Apelaciones con competencia en materia concursal, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) debería distribuir la competencia entre los Tribunales de Apelaciones en lo Civil (TAC), de forma tal que a uno de ellos acudan, en segunda instancia, todos los recursos de apelación contra sentencias de primera instancia en materia concursal. La finalidad de la norma, evidentemente, es unificar la jurisprudencia en materia concursal⁶⁵.

De acuerdo con esa misma disposición, la SCJ debería liberar a dicho tribunal de doble

62 El art. 256 de la LC únicamente derogó el § 2 del art. 12 de la Ley 17.292.

63 Fuente BCU: \$ 2,7802.

64 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2009), pp. 126 y 127.

número de expedientes provenientes de otras materias⁶⁶. De esa forma, el TAC sobre el cual recayeran los procedimientos concursales contaría con el tiempo suficiente para abocarse al análisis de dichos asuntos⁶⁷.

La SCJ, por Acordada 7643, de 13 de febrero de 2009, designó al TAC de 2º turno para entender en los recursos de apelación contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Letrados de Concursos (JLC) de 1º y 2º turno. Esta Acordada no contiene ninguna disposición que prevea ante qué tribunal se debe sustanciar la segunda instancia, en los casos en que la primera instancia se haya tramitado ante los Juzgados Letrados o los Juzgados de Paz del interior. A pesar de esta omisión, la doctrina ha interpretado que la competencia del TAC de 2º turno incluye la segunda instancia de todos procesos concursales tramitados en el interior⁶⁸.

B. Fuero de atracción

1. Concepto

El fuero de atracción es el fenómeno que se plantea cuando por una disposición legal se le atribuye a un juez la competencia de causas que ordinariamente les corresponderían a otros jueces. Siendo el concurso, en el caso de que se decretara la liquidación, un proceso de ejecución general de todos los bienes para la satisfacción de todos los acreedores, resulta conveniente, a los efectos de que el juez tenga un conocimiento global de la situación patrimonial del fallido, que todos los litigios que conciernen a esos bienes y a esos acreedores, sean resueltos por el juez del concurso. El fuero de atracción no es más que una consecuencia de los principios que orientan a los procesos concursales: unidad patrimonial, generalidad e igualdad.

En definitiva, el fuero de atracción concursal es un efecto de la declaración del concurso que implica una alteración de las reglas normales de competencia, respecto de los procesos que tengan por objeto la ejecución del patrimonio del deudor o que se decreten medidas cautelares sobre el mismo.

2. Alcance

El fuero de atracción concursal alcanza a todos los procesos de ejecución que se

65 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 193.

66 Como señala ABAL OLIÚ, cuando la primera instancia haya tenido lugar ante un Juzgado de Paz éste artículo altera las reglas normales de atribución de competencia por grado (ABAL OLIÚ, «Ley de concursos y reorganización empresarial 18.387 desde el Derecho Procesal [Lineamientos generales, naturaleza y sujetos del proceso concursal]», *La Ley Uruguay*, v. 2, n° 12, 2009, p. 1444).

67 CHALAR SANZ y OLIVERA GARCÍA, «Ley N° 18.387 de concursos y reorganización empresarial: breve aproximación al nuevo régimen», *LL Uruguay*, v. 2, n° 1 (2009), pp. 94 y 95.

68 ABAL OLIÚ, op. cit., pp. 1445; MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 193; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal*, 2ª ed. (2011), p. 40.

promuevan contra el deudor, incluyendo aquellas medidas que supongan la adopción o el levantamiento de medidas cautelares sobre bienes y derechos que integren la masa activa. Quedan, entonces, comprendidas las ejecuciones prendarias e hipotecarias, así como los procesos de ejecución que pudiera promover acreedores laborales y aquellos procesos dirigidos a que estos obtengan el dictado de medidas cautelares.

Están excluidos, en general, los procesos de conocimiento (que son aquellos que permiten obtener una sentencia declarativa o de condena), judiciales o arbitrales, en trámite a la fecha de declaración del concurso. Seguirán ante la sede en que se sustancian hasta que se dicte sentencia o laudo y quede firme. También, están excluidos los procedimientos que se funden en relaciones de familia siempre que no tengan contenido patrimonial (art. 56).

C. Extensión de la competencia a las acciones sociales de responsabilidad

El § 3 del art. 12 dispone que el juez que entiende en el concurso será, también, competente en «*las acciones sociales de responsabilidad promovidas contra los administradores o directores de sociedades concursadas (artículos 83 y 393 y siguientes de la Ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989)*». La finalidad de esta norma es centralizar en un único Juzgado Letrado de Concursos las acciones contra la masa patrimonial concursal para que dicho juez tenga un conocimiento cabal de sus características.

Estas acciones sociales de responsabilidad se tratan de procesos en que los demandados son los administradores o directores de sociedades; la sociedad en situación concursal no es demandada. El proceso se promueve para resarcir a la sociedad concursada de los daños causados por hechos ilícitos o antiestatutarios o mala gestión de sus administradores. Lo que importa es que el resultado de ese accionamiento, ha de beneficiar a la masa concursal. Por ello, quien promueve esas acciones será el síndico o el interventor que reemplaza a la sociedad concursada en su actuación procesal (art. 52 LC)⁶⁹.

II. Legitimación para solicitar la declaración de concurso

El art. 6 de la LC dispone que pueden solicitar la declaración judicial de concurso: el propio deudor; cualquier acreedor, tenga o no su crédito vencido; cualquiera de los administradores o liquidadores de una persona jurídica, aun cuando carezcan de facultades de representación, y los integrantes del órgano de control interno; los socios personalmente responsables de las deudas de las sociedades civiles y comerciales; los codeudores, fiadores o avalistas del deudor; las bolsas de valores y las instituciones gremiales de empresarios con personería jurídica; en el caso de la herencia, podrá además pedirlo cualquier heredero, legatario o albacea.

A. Legitimación del deudor

Según establece el n° 1 del art. 6 de la LC, el propio deudor tiene legitimación para solicitar la declaración de concurso. Debe cumplir con lo dispuesto por los arts. 117 y 118 del CGP.

1. Naturaleza de la solicitud

La LC se refiere a la solicitud del propio concurso como una *obligación*. No obstante la

69 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho Concursal* (2009), pp. 115 y 116.

calificación legal, es claro que se trata de una *carga* del deudor. Si no se cumple con ella, el deudor sufre perjuicios ya que pierde las ventajas del concurso voluntario.

Si se trata de una persona jurídica, la responsabilidad por el incumplimiento de dicha carga recae sobre cada uno de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno.

2. Plazo para la presentación

El deudor tiene la carga de solicitar su concurso dentro del término de los 30 días siguientes contados desde que tomó conocimiento o debió tenerlo de su estado de insolvencia.

El juez debe controlar el plazo. Si el deudor se presenta vencido el plazo, el juez ha de declarar el concurso pero el deudor queda sometido a la presunción de culpa grave prevista, en sede de calificación del concurso, por el art. 194 de la LC.

El § 2 se establece que, en el caso de personas físicas o jurídicas obligadas a llevar contabilidad, se presume absolutamente que el conocimiento de la insolvencia se produjo en la fecha en que se preparó o se debió haber preparado estados contables.

3. Representación

a. Representación de las personas jurídicas

Si el deudor fuere una persona jurídica, la solicitud debe ser realizada por sus órganos con facultades de representación o por apoderado con facultades expresas para la solicitud. La LSC establece que los administradores representan a la sociedad salvo que la Ley o el contrato atribuyan las funciones de representación a alguno o algunos de ellos o establezcan otro sistema para la actuación frente a terceros (art. 79).

Para las sociedades colectivas, el [art. 210 de la LSC](#) establece que, si nada se hubiera previsto, se entenderá que cada uno de los administradores, indistintamente, puede realizar cualquier acto de representación de la sociedad. En el caso de las sociedades anónimas, el administrador o el presidente del directorio representa a la sociedad, salvo pacto en contrario ([art. 376](#)).

Si la sociedad fuera irregular o de hecho, cualquiera de los socios representa a la sociedad (art. 38).

Si la sociedad estuviere en liquidación, los liquidadores ejercerán la representación de la sociedad (art. 175).

b. Representación por apoderado

La LC no establece expresamente que el deudor pueda actuar por medio de un representante pero ello es admisible por lo dispuesto en el art. 117 del CGP, aplicable por lo dispuesto en el acápite del art. 7 de la LC. No obstante, el concurso debe ser solicitado por un apoderado con poder especial. No basta con un poder general. Esta exigencia se justifica por los importantes y graves efectos del concurso.

El apoderado debe ser abogado o procurador y el poder otorgado en escritura pública (art. 38 CGP).

4. Documentación que debe acompañar la solicitud de concurso

Al solicitar el concurso se debe acompañar la documentación siguiente: memoria, inventario, relación de acreedores, estados contables, memoria del órgano de administración, informe del órgano de administración, testimonio de los estatutos y testimonio de la resolución que aprueba la presentación.

En caso de omitirse la presentación de alguno de los recaudos establecidos en el [art. 7](#), el juez la rechazará la solicitud de plano, sin que esta decisión cause estado. La decisión judicial será apelable por el deudor con efecto suspensivo.

a. Memoria

El n° 1 del art. 7 de la LC establece que se debe presentar una memoria explicativa con información sobre el deudor.

- Si se trata de una persona casada, se debe indicar el nombre del cónyuge y el régimen patrimonial del matrimonio.
- Si se trata de una persona jurídica, se indicará el nombre y domicilio de los socios, asociados o accionistas de los que se tenga constancia, de los administradores o liquidadores y, en su caso, de los miembros del órgano de control interno. Si la persona jurídica forma parte de un grupo de empresas, se enumerarán las entidades que estén integradas en el mismo.
- La memoria, también, incluirá su historia económica y jurídica, se indicará la actividad o actividades a las que se dedica o se dedicó en el pasado y las oficinas, establecimientos o explotaciones de las que fuera titular. También, se señalarán las causas del estado en que se encuentra.

b. Inventario

En el n° 2 del art. 7 de la LC se incluye entre la documentación que debe acompañar el deudor que solicita su propio concurso, un inventario de bienes y derechos de los que sea titular.

Ese inventario debe cumplir con los requisitos siguientes: ser confeccionado a la fecha de solicitud del concurso; con estimación de su valor; indicar el lugar donde se encuentran los bienes; y, en su caso, de los datos de identificación registral; según dispone el n° 2 del art. 7, si alguno de los bienes se encontrara gravado por derechos reales o hubiera sido embargado se debe indicar, las características del gravamen y de su inscripción registral, si correspondiere, así como la indicación del juzgado actuante y las actuaciones en las cuales el embargo hubiera sido trabado⁷⁰.

c. Relación de acreedores

El deudor deberá acompañar, también, una relación de los acreedores.

Requisitos de la relación de acreedores: por orden alfabético; indicando su nombre, número de RUT o documento de identidad según corresponda; domicilio, monto y fecha de vencimiento de sus créditos; así como la existencia de garantías personales o reales, sobre bienes del deudor o de terceros; si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se indicará la clase de reclamación, el Juzgado, los autos en que se tramita y el estado de los procedimientos.

d. Estados contables, memoria del órgano de administración e informes

⁷⁰ De acuerdo con lo dispuesto por el art. 2 del Dec. 146/009, a los efectos de la estimación del valor de los bienes y derechos, indicados en este artículo, el deudor debe indicar los criterios de valuación utilizados para cada uno de los mismos. En caso de que dichos criterios de valuación difieran de los criterios utilizados en la elaboración de los estados contables exigidos en el n° 4 del art. 7 de la LC, el deudor deberá justificar los mismos.

En el [n° 4 del art. 7](#), la LC agrega la exigencia de acompañar estados contables, para el caso en que el deudor estuviera obligado a llevar contabilidad, y, en su caso, la memoria del órgano de administración y el informe del órgano de control interno, correspondientes a los tres últimos ejercicios, si existieran. En caso de falta de presentación de cualquiera de estos recaudos, se debe indicar la causa por la cual el deudor no puede aportarlos.

*** Estados contables**

Los estados contables deben ser acompañados de informe firmado por contador público o establecer expresamente la causa por la cual no fue posible obtener dicha firma. La omisión de llevar contabilidad suficiente o el incumplimiento de la obligación legal de llevar contabilidad no es un obstáculo para la promoción de los procedimientos concursales (considerando II Decreto 146 de 23 de marzo de 2009).

El [Dec. 146/009](#), respecto a las sociedades comerciales, dispone que deberán presentar los estados contables preparados según normas contables adecuadas exigidos por la LSC y por su reglamentación. El art. 1 del Decreto 162/004 considera normas contables adecuadas a *«todos aquellos criterios técnicos, previamente establecidos y conocidos por los usuarios, que se utilizan como guía de las acciones que fundamentan la preparación y presentación de la información contable (estados contables) y que tienen como finalidad exponer en forma adecuada la situación económica y financiera de una organización»*. En función de lo dispuesto por diversos decretos, se consideran normas contables adecuadas, de aplicación obligatoria, las Normas Internacionales de Contabilidad adoptadas por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (International Accounting Standards Board - IASB) traducidas al idioma español según autorización de dicho Consejo y publicadas en la página web de la Auditoría Interna de la Nación (Decreto 266 de 31 de julio de 2007).

Para el caso de los deudores que no sean sociedades comerciales, el Decreto establece que deben presentar los estados contables que hayan presentado a los terceros interesados (instituciones financieras, en caso de existencia de deudas bancarias, o en su defecto a la DGI, o a cualquier otro interesado), expresando en qué medida dichos estados se ajustan a las normas contables adecuadas de las sociedades comerciales.

En el caso de personas físicas – a las que el Decreto llama *empresas unipersonales* - que no posean contabilidad suficiente, deben presentar los estados contables que hayan presentado a terceros (acreedores, bancos o DGI). De no haber sido emitidos estados contables en los tres años anteriores, el Decreto los exime de dar cumplimiento al requisito impuesto por el art. 7, n° 4, de la LC.

*** Informes de auditoría**

El n° 4 del art. 7, exige que los deudores que hubieren contratado una auditoría externa de sus estados contables, acompañen a su solicitud los informes de auditoría correspondientes a los estados contables presentados. En caso de falta de presentación de cualquiera de estos recaudos, el deudor debe indicar la causa por la cual no puede aportarlos.

El art. 4 del [Dec. 146/009](#) agrega una exigencia más, respecto de aquellos deudores que no dispongan de esta clase de informes: *«De no existir informe de auditoría externa, el deudor deberá presentar el tipo de informe emitido por Contador Público exigido por la Dirección General Impositiva, Auditoría Interna de la Nación para dar cumplimiento al registro de los Estados Contables, o por los bancos acreedores, de acuerdo con las normas dictadas por el Banco Central del Uruguay.»*

e. Testimonio de los estatutos

Si el deudor fuera una persona jurídica, debe acompañar el testimonio de los estatutos o

del contrato social y de sus modificaciones, así como de la autorización estatal y de la inscripción registral, si correspondiere.

f. Testimonio de la resolución que aprueba la presentación

En el [art. 7, n° 6](#), se dispone que la solicitud debe acompañarse con la resolución del órgano de administración, aprobando la presentación. Luego, se agrega que la solicitud debe ser firmada por todos los administradores. Se trata de otra contradicción con los n°s 1 y 3 del art. 6.

B. Legitimación de acreedores

En el n° 2 del art. 6 se dispone que puede solicitar la declaración judicial de concurso cualquier acreedor, tenga o no su crédito vencido.

1. La existencia de un crédito impago como condición de la legitimación activa y presunción relativa de insolvencia

Esta disposición contiene una aparente contradicción con lo dispuesto en el [n° 3 del art. 4](#), que establece como presunción relativa de insolvencia, la acreditación de la existencia de una o más obligaciones del deudor, que hubiera vencido hace más de tres meses.

Sin embargo, corresponde advertir que el acreedor instante puede solicitar la declaración del concurso con base en cualquier otra de las presunciones. Inclusive, podría instar el concurso mediante la acreditación de la existencia de un crédito de un tercero, vencido hace más de tres meses.

2. Ventajas para el acreedor instante

Un privilegio general ha sido atribuido por la LC al acreedor instante (art. 110, § 3). El acreedor instante asegura el cobro del 50 % de su crédito antes que el resto de los acreedores quirografarios, siempre y cuando no supere el 10 % de la masa pasiva (art. 182).

C. Legitimación de administradores, liquidadores e integrantes del órgano de contralor interno

1. Administradores

En el n° 3 del art. 6 se establece que cualquiera de los administradores está legitimado para solicitar la declaración del concurso, aun cuando carezcan de facultades de representación.

Existe una aparente contradicción entre lo dispuesto en el n° 1, en que se exige, expresamente, que quien solicite el concurso por una persona jurídica, tenga facultades de representación. Sin embargo, corresponde advertir que en la hipótesis del n° 1, el concurso debe ser considerado como pedido por el propio deudor, por lo que se considerará voluntario, si su activo fuere suficiente para satisfacer su pasivo. En cambio, en la hipótesis del n° 3, el concurso debe ser considerado como necesario.

Un administrador que no tiene la representación no obliga a la sociedad ni tiene legitimación procesal. Por lo tanto, no es la sociedad la que solicita el concurso sino, en definitiva, un tercero.

Surge, claramente, del n° 1 del art. 6, que la solicitud de concurso, para que sea considerada a pedido del propio deudor persona jurídica, por ella debe ser solicitada por su órgano de representación o por un apoderado con facultades expresas.

2. Liquidadores

La LC prevé que el liquidador puede pedir el concurso, refiriéndose, seguramente, al liquidador de una sociedad en disolución.

3. Integrantes del órgano de contralor interno

El órgano de control interno (sindicó o comisión fiscal) es el referido en el art. 397 de la LSC.

El control interno de la sociedad está a cargo de uno o más síndicos o de una comisión fiscal compuesta de tres o más miembros, accionistas o no, según lo determine el estatuto (art. 397, § 1).

En las sociedades anónimas, la fiscalización privada sólo es obligatoria tratándose de sociedades anónimas abiertas; en las cerradas es facultativa (art. 397, § 2). En las sociedades de responsabilidad limitada, la existencia de sindicatura o la comisión fiscal es obligatoria cuando la sociedad tenga veinte o más socios (art. 238).

D. Legitimación de socios

En el n° 4 del art. 6 se establece que pueden pedir el concurso, los socios personalmente responsables de las deudas de una sociedad civil y comercial.

Estrictamente, los únicos socios que no podrían solicitar la declaración del concurso, serían los accionistas de las sociedades anónimas y los socios comanditarios de las sociedades en comandita. Inclusive los socios de sociedades de responsabilidad limitada podrían solicitarla, puesto que, a pesar de que el art. 223 de la LSC establece que la responsabilidad de los socios se limitará a la integración de sus cuotas, otras disposiciones ponen a su cargo muy importantes responsabilidades (art. 12 del Decreto Ley 14.188 de 1974 - modif. por el Decreto Ley 14.358 - y art. 95 del Texto Ordenado de 1996, en la redacción dada por la Ley 18.083 de 2007).

E. Otros legitimados

1. Codeudores, fiadores o avalistas del deudor

El art. 6 de la LC incluye entre los legitimados a los codeudores, fiadores o avalistas del deudor. Estas personas están expuestas a que se les exija el cumplimiento de la obligación en que son codeudores, fiadores o avalistas. Por lo tanto, pueden tener interés en procurar el reembolso de lo que hayan debido pagar, por la vía concursal⁷¹.

2. Bolsas de valores e instituciones gremiales de empresarios

El art. 6 de la LC le otorga legitimación a las bolsas de valores y otras instituciones gremiales de empresarios con personería jurídica. La facultad acordada a las bolsas y corporaciones empresariales implica reconocerles legitimación para la tutela de intereses colectivos que se consideran involucrados en los procesos concursales⁷².

La legitimación que se le otorga es a los solos efectos de solicitar la apertura del concurso. No tienen legitimación para otros actos procesales como, por ejemplo, la

71 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, v. 6 (2009), pp. 154 y 155.

72 RODRÍGUEZ OLIVERA, *op. cit.*, p. 155; TARIGO BARTABURU, «El concurso y la tutela de los intereses difusos», *Crisis de la economía mundial y concursalidad* (2008), pp. 565-568.

interposición de recursos contra las sentencias que se dicten en el proceso concursal. Para poder continuar actuando en el proceso, deberán invocar la representación de algún o algunos acreedores del deudor concursado⁷³.

No obstante, además de tener legitimación para promover el concurso, podrían tenerla para apelar contra la sentencia que declare el concurso. El art. 22 de la LC dispone que la sentencia que declare el concurso será apelable – además del deudor - por cualquiera que tenga un interés legítimo. En todo caso, las bolsas de valores o las instituciones gremiales de empresarios, deberán acreditar ese interés.

3. Herederos, legatarios y albaceas

El art. 3 de la LC autoriza el concurso del deudor fallecido cuando la herencia hubiera sido aceptada a beneficio de inventario y cuando, declarado en concurso el deudor, éste hubiera fallecido durante la tramitación del mismo. Se designa síndico o interventor y se sigue todo el proceso de formación de la masa activa y de la masa pasiva, hasta culminar con la liquidación de los bienes y el reparto de su producido, exclusivamente entre los acreedores del fallecido⁷⁴.

En el primero de los casos referidos, serán los herederos, legatarios o albaceas, quienes promuevan el concurso. Los herederos tienen derecho a solicitar el concurso de su causante, porque ese derecho les viene por vía de herencia⁷⁵. El deudor, al verificarse la insolvencia está en condiciones de solicitar su propio concurso, pero la muerte ha obstado a que él hiciera uso de ese derecho. Como los herederos le suceden en todos sus derechos, también, adquieren éste de pedir su concurso⁷⁶.

El cónyuge supérstite puede concurrir a la sucesión del causante como heredero, por los derechos de uso y habitación y por la porción conyugal. El art. 881.9 del CC dispone que el cónyuge supérstite es legatario legal de los derechos reales de uso y habitación. En cuanto a la porción conyugal, la doctrina considera que su naturaleza jurídica es la de legatario legal⁷⁷.

En tanto el concubino sea titular de los derechos reales de uso y habitación, la doctrina considera que, también, podría solicitar el concurso⁷⁸.

73 RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 63.

74 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 63.

75 CUZZERI y CICU, *De la quiebra*, v. 1, *Derecho Comercial*, coord. BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE, t. 18 (1954), p. 110.

76 SCARANO, *Tratado teórico-práctico de la quiebra*, t. 1 (1939), p. 158.

77 RIVERO DE ARHANCET y RAMOS CABANELLAS, *El concurso y su incidencia en el Derecho de familia personal...* (2009), pp. 12 y 104.

F. Declaración de oficio

Corresponde advertir que en el art. 6 de la LC, no se incluye la posibilidad de declaración de oficio del concurso.

No obstante la omisión de esta posibilidad en el art. 6 de la LC, procede la declaración de oficio cuando el juez rechaza un acuerdo privado de reorganización. El art. 231 dispone que el concurso se considerará declarado a solicitud del deudor.

La LC denomina *acuerdo privado de reorganización* al convenio preventivo celebrado por el deudor con el 75 % de sus acreedores quirografarios con derecho a voto (art. 214).

III. Presupuestos de la declaración de concurso

A. Presupuesto objetivo

El art. 1 de la LC, en su § 1, establece que procede la declaración judicial de concurso respecto de «*cualquier deudor*» que se encuentre en «*estado de insolvencia*», definido legalmente (§ 2) como la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones.

1. Concepto económico de insolvencia

Desde el punto de vista económico, un patrimonio es insolvente cuando el monto de su pasivo supera la suma de los valores de su activo. El insolvente no puede pagar su pasivo ni siquiera enajenando todos los bienes de su activo. La comprobación de la insolvencia requiere un estudio de la situación patrimonial del deudor, con la estimación del valor venal de cada una de las unidades que componen su activo y con la confrontación de la suma de esos valores con el estado de su pasivo⁷⁹.

El concepto de insolvencia debe ser distinguido del concepto de iliquidez. Una persona presenta una situación patrimonial de liquidez, cuando los bienes del activo disponible⁸⁰ son, por lo menos, iguales al pasivo exigible a corto plazo⁸¹. Para gozar de liquidez no basta la solvencia, es necesaria, además, la realizabilidad de los valores que constituyen el activo. Si el deudor no puede pagar, en efectivo, sus deudas de exigibilidad inmediata o a corto plazo, su estado será de iliquidez⁸².

2. Concepto legal del estado de insolvencia

78 RIVERO DE ARHANCET y RAMOS CABANELLAS, id. *ibid.*

79 [RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 \(2009\), p. 90.](#)

80 En el activo disponible, se incluyen el dinero en efectivo y las cuentas a cobrar.

81 [RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 \(2009\), p. 93.](#)

82 [RODRÍGUEZ OLIVERA, *op. cit.*, p. 93.](#)

En el § 2 del art. 1, se define a la insolvencia en los términos siguientes: «*Se considera en estado de insolvencia... al deudor que no puede cumplir con sus obligaciones*».

El art. 1 de la LC no exige que se haya verificado, específicamente, el incumplimiento sino que se establezca judicialmente que el deudor se encuentra en un estado tal que «*no puede cumplir con sus obligaciones*». El incumplimiento es un hecho cuya determinación depende de los términos establecidos en la Ley o en el contrato. Se incumple con una obligación, cuando el deudor no realiza la prestación que constituye su contenido, en el momento y forma convenidos con el acreedor o determinados legalmente⁸³.

La determinación de si el deudor se encuentra o no en ese estado, es una cuestión de prueba. Para facilitarla, la LC establece una serie de presunciones en sus arts. 4 y 5.

De modo que el concepto jurídico de insolvencia no se corresponde con el significado económico de esta expresión. Sería, en cambio, la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contraídas.

La situación de insolvencia económica, sin embargo, tiene igualmente trascendencia jurídica, puesto que aparece mencionada en el n° 1 del art. 4, de la LC, paradójicamente, como una presunción relativa de insolvencia. Tratándose de una presunción relativa de insolvencia jurídica (art. 4, n° 1), el deudor podría acreditar que está en condiciones de cumplir con sus obligaciones. Le bastaría, por ejemplo, con justificar la obtención de un préstamo o la refinanciación de sus principales pasivos.

83 Rocco, *Il fallimento*, § 2.

3. Irrelevancia de la existencia de pluralidad de acreedores

El art. 1 de la LC hace una precisión: la insolvencia existe «*independientemente de la existencia de pluralidad de acreedores*». De manera que se configurará el presupuesto objetivo y se habilita al proceso concursal, aunque exista un solo acreedor.

B. Presupuesto subjetivo

El art. 2 delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la LC.

Para determinar a qué sujetos se aplica la LC, su art. 2 se vale de dos categorías: deudor persona jurídica civil o comercial, y deudor persona física que realice *actividad empresarial*.

1. Personas jurídicas concursables

a. Deudor persona jurídica civil

Para las personas jurídicas que pudieran considerarse como *deudores civiles*, existía un procedimiento concursal diverso, regulado por los arts. 452 a 471 del CGP y los arts. 2359 a 2389 del CC. Hoy se rigen por la LC.

Una importante diferencia con el régimen anterior consiste en la aplicación del mismo régimen que se aplica a las sociedades comerciales, a las asociaciones y fundaciones reconocidas por la autoridad pública (art. 21 CC)⁸⁴.

Se entiende que, también, quedan comprendidas en la categoría *deudor persona jurídica civil*, todas aquellas sociedades civiles que tienen personería jurídica, como las sociedades civiles de propiedad horizontal, las instituciones privadas de asistencia médica, las asociaciones agrarias y las sociedades de riego⁸⁵.

b. Deudor persona jurídica comercial

En la categoría *deudor persona jurídica comercial* quedarían comprendidas todas las sociedades comerciales a las que la LSC atribuye personería jurídica⁸⁶. Estarían incluidos, también, en esta categoría, los grupos de interés económico (arts. 489 a 500 LSC)⁸⁷.

84 En la opinión de MARTÍNEZ BLANCO, no se entiende muy bien por qué se incluyeron en la LC a entidades sin fines de lucro y hasta sin actividad económica. Con el mismo criterio que se dejó fuera del alcance de esta norma a las personas físicas sin *actividad empresarial*, según MARTÍNEZ BLANCO, debieran haberse excluido a las asociaciones y fundaciones (MARTÍNEZ BLANCO, *Manual del nuevo Derecho concursal*, p. 138).

85 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal* (2009), p. 55.

86 Es indiferente que las sociedades comerciales sean de hecho, irregulares, nulas o disueltas y en liquidación. Todas éstas tienen personería jurídica, por lo que, también, concursan (RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 [2009], pp. 56-59).

87 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), pp. 57 y 58.

También, podrían considerarse incluidos los consorcios de exportación (Ley 18.323 de 2008), si adoptan la forma de grupos de interés económico⁸⁸.

En cuanto a las cooperativas, su objeto puede ser civil o comercial. Las cooperativas de consumo se dedican a comerciar bienes (compra para revender, art. 7, n° 1, CCom); las de producción explotan empresas de fábrica (art. 7, n° 4, CCom); las de crédito, intermedian en el crédito, realizando operaciones similares a las de un banco (art. 7, n° 2, CCom). Es decir, que el objeto de todas estas cooperativas es realizar actos de comercio.

En cuanto al objeto de las cooperativas agrarias, la Ley 18.407, de 24 de octubre de 2008, de regulación General del sistema Cooperativo (LGC) marca una amplia gama de actividades posibles (art. 108). Si se dedica a una producción agraria o a facilitar esas actividades, siendo tal objeto civil, se tratará obviamente de una sociedad civil. Si se dedica a la transformación, al comercio, la importación o la exportación, como éstas son actividades comerciales, la cooperativa puede ser considerada como persona jurídica comercial.

En cuanto a las sociedades de economía mixta, la respuesta no puede ser única. La Constitución prevé dos modalidades de sociedad de economía mixta (art. 188 Const.). En una primera modalidad, se trata de la admisión de capitales privados en la constitución o ampliación del patrimonio de los entes autónomos o de los servicios descentralizados. En ese caso, estrictamente, no habría una sociedad regida por el Derecho privado. Los entes autónomos y servicios descentralizados se rigen por el Derecho público. Consecuentemente, no siendo personas jurídicas civiles ni comerciales, sino públicas, no son concursables.

En una segunda modalidad, el Estado participa en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados, bajo las condiciones que se convengan previamente entre las partes. En este caso, si se asuma el carácter de persona jurídica civil o comercial, en cuyo caso sí sería concursable.

c. Categorías excluidas

*** Estado, entes autónomos, servicios descentralizados y gobiernos departamentales**

En principio, el art. 2 pareciera abarcar a todas las personas jurídicas, en tanto enuncia que la declaración judicial de concurso procederá respecto de «*cualquier deudor... persona jurídica civil o comercial*». Sin embargo, según ya se dijo, en el § 3 se especifica que se encuentran excluidas del régimen de la LC al Estado, los entes autónomos, los servicios descentralizados y los gobiernos departamentales⁸⁹.

88 RODRÍGUEZ OLIVERA, *íd.*, pp. 60 y 61.

89 GAGGERO ERRECART señala que, como el Estado tuvo el *privilegio* de hacer la LC, aprovechó para exceptuarse de su aplicación, incluyendo en esa excepción a los entes autónomos y servicios descentralizados de su dominio comercial o industrial, que realizan ciertamente *actividad empresarial*. De esta manera, compiten en un plano de desigualdad con los sujetos empresariales privados, que son - según GAGGERO ERRECART - los que sostienen la economía e integran la *cadena de crédito* en que se desarrolla la vida negocial (GAGGERO ERRECART, «Los claroscuros de una nueva reforma concursal», *Revista de Derecho Comercial*, n° 1, pp. 189 y 190).

*** Entidades de intermediación financiera**

En el § 3 del art. 2, se excluye, también, del régimen de la LC, a las entidades de intermediación financiera. Si el deudor era una entidad de intermediación financiera, antes de la LC se aplicaba – y ahora, también - la Ley 16.327 de 1992 que, modificando al DLIF, incorporó un régimen general para la liquidación administrativa de las entidades de intermediación financiera. Estas disposiciones deben ser complementadas por las normas incluidas en las leyes dictadas como consecuencia de la crisis que afectó al sistema bancario en el año 2002 y que determinó la intervención y suspensión de actividades de varios bancos de nuestra plaza: la Ley 17.523 (4 de agosto de 2002), la Ley 17.542 (21 de agosto de 2002) y la Ley 17.613 (27 de diciembre de 2002)⁹⁰.

La Ley 18.401 de 2008 – modificatoria de la carta orgánica del BCU - crea la Corporación de Protección del Ahorro Bancario (COPAB) como persona jurídica de Derecho público no estatal (art. 14). Entre sus cometidos se establece: ser liquidador en sede administrativa de las empresas integrantes del sistema financiero y de sus respectivas colaterales (art. 15). Por ello, por el art. 16, lit. J se le confieren todas las atribuciones que le fueron asignadas al BCU por la Ley 17.613, arts. 14 a 21 inclusive.

*** Personas públicas no estatales**

Las personas públicas no estatales⁹¹ deben recurrir al régimen concursal del CGP, en cuanto no se opongan a las respectivas normas legales que las rigen, en función de lo dispuesto por el art. 616 de la Ley 17.296 de 2001⁹², que no fue derogado por la LC⁹³.

*** Sociedades y contratos de colaboración sin personería jurídica**

Las únicas sociedades comerciales que quedarían excluidas de la aplicación de la LC

90 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 180-182.

91 Se consideran personas públicas no estatales aquellas organizaciones de origen legal que tienen a su cargo la ejecución de cometidos públicos o de interés público. Su actuación se desenvuelve abajo normas de Derecho público (SAYAGUÉS LASO, *Criterios de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas*, p. 22) pero sus decisiones no son actos administrativos (SAYAGUÉS LASO, *Tratado...*, t. 2, pp. 196-198). Quedarían comprendidas en esta categoría las organizaciones siguientes: Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios, Bancaria y Notarial, la Cooperativa Nacional de Productores de Leche, el Laboratorio Tecnológico del Uruguay, el Consejo de Capacitación Profesional, el Instituto Nacional de Carnes, la Corporación Nacional para el Desarrollo, el Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria, la Comisión Nacional para la Salud Cardiovascular, el Instituto Nacional de Vitivinicultura, el Plan Agropecuario, el Instituto de Promoción de la Inversión y las Exportaciones de Bienes y Servicios, el Instituto Nacional de Semillas y la Administración del Mercado Eléctrico.

92 El art. 616 establece: «*Declárase aplicable a las personas públicas no estatales, lo dispuesto en los artículos 452 a 471 del Código General del Proceso (concurso civil), en cuanto no se opongan a las respectivas normas legales que las rigen.*»

93 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual del nuevo Derecho concursal...*, p. 138.

serían las accidentales o en participación, puesto que no tienen personería jurídica (art. 483 LSC). Tampoco concursan los consorcios (arts. 501-509 LSC), puesto que carecen de personería jurídica.

Las sociedades civiles, también, están en principio excluidas del nuevo régimen, en tanto no tengan personería jurídica. Como excepción, a algunas sociedades civiles les fue atribuida personería jurídica por leyes especiales, razón por la cual, según ya se expresó, pueden concursar.

2. Personas físicas concursables

En el § 1 se establece que la declaración judicial de concurso procede respecto de cualquier deudor, persona física que «*realice actividad empresarial*». Al resto de las personas físicas no comprendidas en el ámbito de la LC, se les aplica el título VII del libro II del CGP⁹⁴.

a. Concepto de «*actividad empresarial*»

Para que una persona física deudora quede sujeta a las disposiciones de la LC, se requiere que *realice actividad empresarial*⁹⁵. La propia LC, en su art. 2, define lo que considera como *actividad empresarial*: «*Se considera actividad empresarial a la actividad profesional, económica y organizada con finalidad de producción o de intercambios de bienes o servicios*»⁹⁶.

Como se advierte de la mera lectura del artículo transcrito, para la definición de *actividad empresarial*, la LC acumula tres calificativos (profesional, económica y organizada) y, además, agrega una especial finalidad (producción o intercambios de bienes o servicios)⁹⁷.

94 A las personas físicas no se les aplica la Ley 17.292, puesto que fue derogada expresamente por la LC. Las soluciones que esta Ley introducía, tendientes a agilizar los procesos concursales, no le serán, entonces, aplicable. En particular, el nuevo texto del art. 452 del CGP, dado por el art. 29 de la LC, habría quedado derogado. Recobraría vigencia, por lo tanto, su redacción original (HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387* [2009] p. 91).

95 *Empresaria* es el sustantivo femenino de *empresario*. No es un adjetivo. La LC debió emplear el adjetivo *empresarial*.

96 Esta definición fue tomada, al pie de la letra, de la contenida en el art. 2082 del CC italiano de 1942, que establece la siguiente definición de *imprenditore*: «*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.*»

97 Nada más lejos de la «*vaguedad y amplitud*» que le atribuye CREIMER BAJUK a este párrafo, para justificar una interpretación extensiva del mismo (CREIMER BAJUK, *Concursos*, p. 20). Contrariamente, por el tenor minucioso que utiliza la LC para definir a la «*actividad empresarial*» y por las graves consecuencias que tiene sobre la esfera patrimonial del deudor, entendemos que la interpretación del alcance del presupuesto subjetivo de la declaración de concurso, debe ser de carácter restrictivo.

* Actividad profesional

Según los diccionarios, *profesión* es el empleo, arte, facultad u oficio habitual que se ejerce públicamente y con el cual se gana el sustento⁹⁸. Para que la actividad pueda ser reputada como *empresaria*, entonces, se requiere que sea realizada por la persona física deudora en función de una aptitud u oficio que le sea propio y que ejerza públicamente, de modo que pueda ser considerado como su medio de vida.

El concepto de *profesión* supone una actividad continuada y habitual. No se puede considerar como *actividad empresaria*, por lo tanto, aquella realizada ocasionalmente, aunque sí la realizada con ciertas interrupciones (como sucede con las industrias estacionales)⁹⁹.

La profesionalidad no requiere, necesariamente, de la exclusividad. Por lo tanto, se considerará *actividad empresaria* la realizada concomitantemente con otra de diversa índole¹⁰⁰.

En cambio, es de particular importancia para la calificación de una actividad como *empresaria*, que la persona física deudora obtenga de esa actividad los medios para su existencia. En este sentido, no constituiría *actividad empresaria* aquella que tuviera carácter amateur¹⁰¹.

Para algunos, de lo que acabamos de expresar se deriva, implícitamente, la finalidad de lucro o, cuando menos, de la existencia de una organización que asegure un rendimiento favorable, que suponga una ganancia neta como producto de la *actividad empresaria*¹⁰². Para otros, si bien es cierto que la *actividad empresaria* se realiza normalmente con la finalidad de recabar una utilidad patrimonial, la intención especulativa no es esencial¹⁰³.

Más allá de estas diferencias, se considera que las ganancias deben provenir de un esfuerzo laborioso. Quien vive de rentas no ejerce, por lo tanto, una profesión¹⁰⁴. En este sentido, no puede considerarse como *actividad empresaria*, la de ser empleado, funcionario

98 LIBRERÍA DE ROSA y BOURET, *Nuevo Diccionario de la Lengua Castellana*, y REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*

99 GRAZIANI, *Manuale di Diritto Commerciale* (1961), p. 15.

100 GRAZIANI, id. *ibid.*

101 GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés* (1986), p. 67.

102 VAN RYN y HEENEN, *Principes de Droit Commercial* t. 1, 2ª ed. (1976), pp. 18 y 21.

103 GRAZIANI, *op. cit.*, p. 15.

104 VAN RYN y HEENEN, *op. cit.*, p. 326

público, jubilado, o una persona que no realice ninguna actividad, porque vive de las rentas de sus bienes, no de una profesión¹⁰⁵.

En cambio, realiza «*actividad empresarial*», en nuestra opinión, el administrador o representante de una sociedad, en cuanto haga su medio de vida de esa actividad¹⁰⁶. Es indiferente si actúa o no de cuenta propia, puesto que este requisito – exigido en nuestro CCom para categorizar al comerciante - no es exigido por la LC para determinar lo que es *actividad empresarial*. En todo caso, no obstante, la actividad del director de una sociedad anónima – esto es, la administración de la sociedad –sin lugar a duda es una actividad profesional, económica y organizada realizada por el director de cuenta propia.

Así mismo, es necesaria la exteriorización de la actividad que surja de la publicidad de las relaciones de la persona física deudora con terceros en general. Es indispensable que la persona física deudora se presente frente al público como un empresario para que su actividad pueda ser considerada como profesional¹⁰⁷.

*** Actividad económica**

Según se expresó en páginas anteriores, de acuerdo con los diccionarios, *económico* es lo concerniente, perteneciente o relativo a la economía, y *economía* es la administración recta y prudente de los bienes¹⁰⁸.

Según SAMUELSON, *economía* es el estudio de la manera en que los hombres y la sociedad terminan por elegir, con dinero o sin él, el empleo de unos recursos productivos escasos que podrían tener diversos usos para producir diversos bienes y distribuirlos para su consumo, presente o futuro, entre las diversas personas y grupos que componen la sociedad. Analiza los costes y beneficios derivados de la mejora de los patrones de distribución de los recursos¹⁰⁹.

105 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 52.

106 En la SJLC de 2º t., nº 1046, de 27/7/009 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ) se declaró el concurso de una persona física socia y administradora de una sociedad de responsabilidad limitada, a pesar de que en la memoria, la concursada admite que, personalmente, no es titular de establecimiento o explotación algunos. En cambio, a pesar de haberse acreditado que una deudora era directora de una sociedad anónima – además de haber librado vales y otorgado fianzas personalmente, entre otros actos – en la SJLC de 1er t., nº 739, de 27/5/2013 (RODRÍGUEZ MASCARDI), se consideró que no se daba el presupuesto subjetivo exigido por la LC y, por lo tanto, se concursó a la deudora según el régimen establecido en el CGP.

107 COSACK, *Traité de Droit Commercial*, t. 1 (1905), pp. 41 y 42.

108 LIBRERÍA DE ROSA Y BOURET, op. cit., REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, op. cit.

109 SAMUELSON, *Curso de economía moderna* (1978), p. 5.

La doctrina ha entendido que la expresión «*actividad económica*» es aquella que tiene un fin económico¹¹⁰, o sea que está encaminada a la producción y al cambio de bienes y servicios. Se señala, entonces, el pleonasma en que incurre la definición legal, cuando agrega «*con finalidad de producción o de intercambios de bienes o servicios*». La actividad económica siempre tiene esa finalidad¹¹¹.

RODRÍGUEZ OLIVERA entiende que la actividad económica es aquella con la cual se procura obtener un lucro o un beneficio. La persona que tiene un local, donde se exponen obras de arte o donde se dictan conferencias culturales o sobre temas científicos, sin fines de lucro, no entra en el régimen de la LC. Se le aplicará el régimen del concurso del CGP¹¹².

*** Actividad organizada**

Organizar, según el diccionario, es establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando medios y personas adecuadas¹¹³. Aplicado este término a una *actividad empresarial* implica una referencia, según la doctrina, a la organización de los factores de producción - capital y trabajo – dirigida a la obtención de un resultado económico¹¹⁴.

El capital que se organiza puede ser propio o ajeno. En eso existe concordancia en toda la doctrina. En cambio, respecto de la organización del trabajo la doctrina realiza interpretaciones divergentes.

En general, la doctrina italiana, considera que, para que exista *actividad empresarial*, debe organizarse trabajo ajeno¹¹⁵. Así lo entienden los autores italianos que comentan la definición de *imprenditore*, copiada textualmente por nuestro legislador al definir la

110 HEUER NOTAROBERTO y RODRÍGUEZ MASCARDI, *Las pericias en materia concursal* (2012), p. 54.

111 GRAZIANI, op. cit., p. 14.

112 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*v. 6 (2009), p. 48.

113 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, op. cit.

114 BAUCHE GARCADIAGO, *La empresa*, (1977), p. 17; BOLAFFIO, *Parte general*, v. 1: *Leyes y usos comerciales, actos de comercio, Derecho comercial*, t. 1: *Parte general*, (1947), p. 397; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1, *Introducción y estatuto del empresario, Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, Derecho de sociedades* (2005), p. 52; GALLESIO-PIUMA y POLLERI, *Elementi di Diritto Commerciale* (1992); GRAZIANI, *Manuale di Diritto Commerciale* (1953), p. 14; MOSSA, «I problemi fondamentali del diritto commerciale», *RivDirComm*, v. 24, 1ª parte (1926), p. 250; VIVANTE, «Un nuovo raggruppamento degli atti obbiettivi di commercio», *RivDirComm*, v. 17, 1ª parte (1919), p. 169.

VALERI define la expresión *organizzare*, en los términos siguientes: «... *significa predisporre o porre in atto, coordinati fra loro ad un único fine, i mezzi necessari per il raggiungimento di questo.*» (VALERI, *Manuale di Diritto Commerciale*, v. 1 [1948] p. 14).

*actividad empresarial*¹¹⁶.

Siguiendo este criterio, en nuestra doctrina, RODRÍGUEZ OLIVERA opina que la LC no se aplica al artesano que trabaja solo, al comerciante que no tiene empleados, al granjero que no tiene personal, así como al abogado, al escribano, al contador o a cualquier profesional universitario que trabaje solo. Asimismo, si una persona adquiere un local y el mobiliario necesario para desarrollar una actividad económica cualquiera, armando con ello un establecimiento comercial o industrial y, luego, lo explota solo, sin empleados, no quedaría comprendido en el régimen de la LC¹¹⁷.

Luego, surge la inquietud respecto al grado y entidad que debe tener la participación del trabajo ajeno, para que una persona quede comprendida en el régimen concursal de la LC, MARTÍNEZ BLANCO reconoce la existencia de zonas grises¹¹⁸. Siguiendo con los ejemplos mencionados en el párrafo anterior, si esas personas reciben el auxilio de su cónyuge o de un hijo ¿realizan una actividad organizada? ¿Qué sucede si contratan a un solo empleado? El propietario de una quinta o una granja que realiza su actividad con la ayuda de su cónyuge o de sus hijos o de un peón ¿entra o no en este sistema legal?¹¹⁹

En cuanto al ejercicio individual de profesiones liberales en que se empleen capital y trabajo, como sucede cuando se instala un estudio o consultorio para ejercer su profesión en forma personal, con la ayuda de un secretario o un telefonista, la doctrina ha rechazado su calificación como *actividad empresarial*¹²⁰. En esta posición, no se niega que estos profesionales realicen una actividad económica pero sí se apunta la falta del elemento organizativo¹²¹. Como mucho, el empleo de los factores de producción tiene, en el ejercicio individual de las profesiones liberales, un alcance limitado y accesorio, respecto al aporte

115 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. 1: *Parte general*, t. 1: *El Derecho comercial y los actos de comercio*, p. 212.

116 Así, por ejemplo, VALERI afirma: «... *l'impresa è organizzazione di lavoro, proprio ed altrui, su base gerarchica...*» (VALERI, op. cit., p. 14). Lo mismo sostiene GRAZIANI: «*L'imprenditore organizza il lavoro altrui, si avvale del capitale proprio ed altrui*» (GRAZIANI, op. cit., p. 15). GALLESIO-PIUMA y POLLERI reafirman, modernamente, esta misma idea: «*Nell'impresa, come si è detto, il lavoro dell'imprenditore tende ad organizzare il capitale (proprio od altrui) ed il lavoro altrui*» (GALLESIO-PIUMA y POLLERI, op. cit., p. 20).

117 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*v. 6 (2009), p. 51.

118 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2009) p. 136; RODRÍGUEZ OLIVERA, *íd.*, p. 52.

119 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 52.

120 RODRÍGUEZ OLIVERA, *id. ibid.*

intelectual del profesional¹²². No obstante, si la actividad profesional da lugar a una organización de capital y trabajo ajeno – como en el caso del médico que dirige una casa de salud – ese profesional estaría realizando una *actividad empresarial*¹²³.

Por otra parte, existe doctrina extranjera que considera que, eventualmente, la mera organización del trabajo propio, igualmente permitiría catalogar a una actividad como *empresaria*¹²⁴. En nuestra doctrina - sin perjuicio de reconocer que pueden darse situaciones poco claras – se considera que la «*vaguedad y amplitud*» del § 2 del art. 2, permitirían una interpretación extensiva. Se propone, entonces, considerar que el régimen de la LC es aplicable a cualquier persona física que ejerza una actividad económica en forma sucesiva y pública, combinando, al menos elementalmente, capital y trabajo, ajeno o, también, propio¹²⁵.

Por nuestra parte, no coincidimos con el fundamento de la opinión que acabamos de referir. El § 2 del art. 2 no es vago ni amplio. Por el contrario, define minuciosamente lo que debe considerarse *actividad empresarial*. Además, el régimen de la LC es de carácter excepcional. Por lo tanto, la interpretación que se haga de la norma que determina su ámbito de aplicación subjetivo, deber ser de carácter restrictivo.

Sin embargo, coincidimos en que sea posible la existencia de *actividad empresarial* sin que haya organización de trabajo ajeno, por un argumento que creemos más simple: la LC no distingue. Como se sabe, donde la Ley no distingue, tampoco puede hacerlo el intérprete. La LC para calificar a una actividad como *empresaria* sólo exige que esa actividad sea profesional, económica y organizada con una finalidad: la producción o el intercambio de bienes o servicios. El intérprete no puede agregar a la definición legal, una exigencia – como la de que se organice el trabajo ajeno - que no aparece en la LC.

*** Finalidad de la *actividad empresarial***

Para definir la *actividad empresarial* además de exigir que esa actividad sea desarrollada

121 GRAZIANI, op. cit., p. 15

122 BAUCHE GARCIADIEGO, op. cit., p. 19; GALLESIO-PIUMA y POLLERI, op. cit., p. 20.

123 GRAZIANI, op. cit., p. 15

124 En la doctrina italiana, SCIALOJA es de este parecer (SCIALOJA, A. «Osservazioni sull'impresa, come atto obiettivo di comercio», *Il foro italiano, raccolta general di giurisprudenza*, v. 33, 1908, p. 157). En la doctrina francesa, esta idea es planteada con absoluta nitidez por HAMEL y LAGARDE: «*L'organisation ainsi réalisée peut d'ailleurs être le fait d'un producteur isolé; elle est alors réduite au minimum; mais, du fait que ce producteur isolé organise son travail et sa vie en vue de la production économique, l'entreprise existe*» (HAMEL y LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, t. 1, 1954, p. 243).

125 CREIMER BAJUK, *Concursos*, p. 20.

en forma profesional y organizada, la LC impone que se realice con la «*finalidad de producción o de intercambios de bienes o servicios*».

Producir es crear cosas con valor económico. Quedan comprendidos en el concepto de *producción*, tanto el productor rural como el fabricante o el artesano. La doctrina considera que, en cambio, no estaría comprendida, en un sentido estricto, la persona que tiene un yacimiento minero y lo explota, porque no es un productor, pues realiza extracción de minerales. Lo mismo sucede con la persona que se dedica a la pesca¹²⁶.

De acuerdo al diccionario, en sentido económico, *servicio* es la prestación humana que satisface alguna necesidad del hombre que no consiste en la producción de bienes materiales¹²⁷. El art. 589 del CCom, al regular el arrendamiento de obra, establece que comprende los servicios manuales y los servicios de inteligencia, siempre que no exista un mandato. En el CC, art. 1833, servicio es equivalente a trabajo material o inmaterial, mecánico o liberal. Comprende servicios profesionales de los abogados o de los procuradores, cuando funcionaren sin poder de las partes.

En función de la inclusión de la expresión *producir* quedarían comprendidos en la norma, tanto quien realiza transportes, como los auxiliares del comerciante. Quedarían, entonces, incluidos los corredores, tales como los corredores inmobiliarios, de seguros o de bolsa. También, quedarían comprendidos los agentes de servicios turísticos. La doctrina considera que, en un sentido vulgar, podría entenderse que todas esas figuras prestan servicios pero, desde el punto de vista jurídico estricto, no entrarían porque celebran contratos de arrendamiento de obra¹²⁸.

El rematador no entraría en esta categoría, porque actúa como un mandatario o un comisionista. Los agentes marítimos y aéreos, tampoco estarían incluidos, puesto que actúan como mandatarios. El viajante y el vendedor de plaza no entrarían porque son reputados como empleados¹²⁹. Estarán comprendidos, indudablemente, quienes realicen prestación de servicios profesionales, como el abogado, el escribano, el contador, el médico, el arquitecto, el químico o el ingeniero¹³⁰, en cuanto concurra en su actividad las demás condiciones que la LC exige para calificar una actividad como *empresaria*.

Por otra parte, el texto legal utiliza la expresión *intercambio*. Se trata de una traducción de la palabra *scambio* utilizada por el CC italiano, en su definición de *imprenditore*. Según el diccionario, *scambio* significa *cambio, permuta, trueque*¹³¹. A su vez, del punto de vista jurídico, el intercambio equivale a la permuta o trueque, esto es, un negocio por el cual dos

126 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 49.

127 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, op. cit.

128 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 49.

129 RODRÍGUEZ OLIVERA, id., p. 50.

130 RODRÍGUEZ OLIVERA, id. ibid.

personas cambian un bien por otro entre ellas.

Tal vez se debiera haber utilizado las expresiones *intermediación*, que se configura cuando una persona adquiere bienes para volver a transmitirlos¹³². Como fuere, lo cierto es que en la LC se consagró que, para que una actividad pueda considerarse como *empresaria*, debe realizarse con la finalidad de *intercambios* de bienes o servicios, lo cual, interpretado desde una hermenéutica estrictamente literal, limitaría las *actividades empresarias*, a las que supongan producción y a la permuta.

La LC se refiere, asimismo, a intercambios de servicios. ¿Cuándo habrá intercambios de servicios? Pudiera tratarse de un supuesto en que una persona presta servicios y los cambia por servicios que otra, a su vez, le presta. Como en el caso antes analizado, la doctrina supone que quizás el legislador pretendió referirse a la intermediación en los servicios¹³³. Lamentablemente, no fue eso lo que se consagró.

En definitiva, sea lo que fuera que se haya querido establecer, lo que realmente se estableció, aplicando los conceptos jurídicos a su interpretación, reduciría el ámbito de aplicación de la LC a aquellas personas físicas que producen bienes y servicios, y aquellas que se dedican profesional y organizadamente a la permuta de bienes o servicios. Esta sería, a nuestro entender, una interpretación bastante absurda, puesto que dejaría fuera del alcance de la LC a la mayoría de las personas físicas comerciantes.

En nuestra opinión, la solución pasa por otro lado. Toda la doctrina reconoce que ese artículo del CC italiano – como cualquier norma jurídica que pretende definir a la empresa, al empresario o a la *actividad empresarial* - es meramente descriptiva de un concepto económico, es decir, a lo que se considera que la empresa es en la realidad económica. La empresa es una realidad propia del terreno de la economía, que el Derecho toma, simplemente, como objeto de regulación¹³⁴.

En la LC, también, lo que se entiende por *actividad empresarial* se define en términos económicos¹³⁵. Por lo tanto, las palabras *scambio* o *intercambio*, no deben ser interpretadas según el sentido que se les da en el Derecho sino en el que les da la Economía. En sentido económico, quien se dedica sistemáticamente al cambio, no procura bienes de los que tenga necesidad para su consumo, ni se desprende de aquellos adquiridos con tal fin. Por el contrario, cumple actos de *intercambio*, obteniendo de los productores, bienes que traspasa a los consumidores, directamente, o luego de una cadena de intercambios. La forma más común de realizar este intercambio es la compraventa, aunque es suficiente cualquier acto

131 CUYÁS, *Diccionario italiano-español*.

132 CREIMER BAJUK, op. cit., p. 20; RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 50.

133 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 50.

134 BROSETA PONT, op. cit., v. 1, p. 134; HAMEL y LAGARDE, op. cit., p. 244.

135 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 91.

oneroso idóneo para la transferencia de la propiedad o para habilitar el goce de una cosa¹³⁶.

c. Personas físicas excluidas

Según se dispone en el § 4 del art. 2, el concurso de todas aquellas personas físicas que no queden comprendidas en el marco establecido por los §§ 1 y 2, que acabamos de referir, se rige por el título VII del libro II del CGP, que regula al concurso civil, y normas concordantes.

La exclusión de quienes no son empresarios del régimen concursal se debe, en principio, a su origen, como parte del estatuto que se estableció en el Medioevo para el comerciante. Los civiles no participaban del comercio ni del crédito, por lo cual no tenía sentido prever un régimen para el caso de que quebraran.

Modernamente, la existencia de normas especiales para los empresarios se justifica en cuanto ellos hacen uso del crédito con una intensidad y frecuencia mayores que quienes se dedican a otras actividades. Esa intensidad en el uso del crédito, conlleva que la ejecución puntual de sus obligaciones sea una cuestión que sobrepase los intereses privados de sus acreedores. Estos son o suelen ser, a su vez, empresarios que dependen de ese cumplimiento para el pago de sus propias obligaciones. La imposibilidad del empresario de pagar sus obligaciones y, desde luego, su insolvencia, afecta las relaciones nacidas con la multiplicidad de personas a las cuales está vinculado. El crédito debe ser, entonces, especialmente tutelado porque es una institución indispensable en la economía moderna para el mantenimiento de la cadena de pago, esencial al ejercicio de todas las actividades comerciales e industriales en un mercado¹³⁷.

Veremos, a continuación, diversas hipótesis de deudores que podrían quedar excluidos del régimen establecido en esta LC.

*** Deudores excluidos por no realizar actividad profesional ni económica**

Siendo que sólo procede la declaración de concurso respecto de personas físicas que realicen *actividad empresarial* y que se considera como tal a la actividad profesional y económica, quedan excluidas como sujetos pasivos del concurso las personas siguientes: las personas que tienen un local donde se exponen obras de arte o donde se dictan conferencias culturales o sobre temas científicos¹³⁸; los empleados¹³⁹, los funcionarios públicos, los jubilados y las personas que no realicen ninguna actividad; los viajantes y los vendedores de

136 VALERI, op. cit., p. 17.

137 JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, RODIÈRE y HOUIN, *Droit commercial et droit fiscal des affaires*, t. 2 (1962), p. 211.

Precisaba RIPERT que los comerciantes no exigen garantías reales para las operaciones corrientes de su comercio, lo cual impone una tutela más severa del crédito que conceden (RIPERT, *Tratado de Derecho Comercial*, v. 4 (1954), p. 213. Esto, obviamente, no es tan así, en lo que respecta al crédito bancario, en la actualidad.

VIVANTE, en una conferencia dictada en Roma, en 1901, criticó la existencia de falencia para comerciantes y un régimen distinto para civiles. Dijo que las pequeñas objeciones que se hacen a la posición de juntar la suerte de todas las personas a un solo procedimiento ejecutivo, caen ante la observación de que la Ley única de falencia puede contener algunas disposiciones especiales para los comerciantes, sin perder, por ello, su unidad.

plaza no entrarían, porque son reputados como empleados, no profesionales¹⁴⁰; quienes hayan cesado su actividad, puesto que el art. 2 exige que la persona *realice* actividad, en tiempo presente.

*** Deudores excluidos por no tener una finalidad productiva ni de intercambio de bienes o servicios**

Para considerar a una actividad como *empresaria*, además, el art. 2 establece que debe tener por finalidad la producción o el intercambio de bienes o servicios. Esta exigencia dejaría fuera del alcance de la LC, a las personas que, en un sentido estricto, no desarrollan actividades de producción o de intercambio de bienes o servicios, entre las cuales se nos ocurren las siguientes: las personas físicas que explotan un yacimiento minero, porque no son productores, pues realizan extracción de minerales¹⁴¹; las personas físicas que se dedican a la pesca, tampoco son productores¹⁴²; los agentes marítimos y los agentes aéreos actúan como mandatarios, por lo que tampoco quedarían comprendidos en la LC¹⁴³; los socios puesto que la finalidad productiva o de intercambio de bienes o servicios – en todo caso - la puede tener la sociedad, no ellos.

Si se adoptara una interpretación restrictiva de la expresión *intercambio*, quedarían, también, fuera del alcance de la LC, los sujetos siguientes: quienes realizan transportes y los corredores - corredor inmobiliario, corredor de seguros, corredor de bolsa, agentes de servicios turísticos, quedarían excluidos puesto que ni producen ni intercambian bienes o servicios, puesto que, estrictamente, celebran contratos de arrendamiento de obra, no de arrendamientos de servicios¹⁴⁴; los rematadores quedarían excluidos porque actúan como mandatarios o comisionistas (no producen ni intercambian servicios, mucho menos bienes)¹⁴⁵.

138 RODRÍGUEZ OLIVERA, «Presupuesto subjetivo del concurso en el proyecto de Ley de Concursos», *RDC*, n° 1 (2008), pp. 195 y 196.

139 CREIMER BAJUK, *Concursos*, p. 20.

140 RODRÍGUEZ OLIVERA, *op. cit.*, p. 197.

141 RODRÍGUEZ OLIVERA, *op. cit.*, p. 196.

142 RODRÍGUEZ OLIVERA, *id. ibid.*

143 RODRÍGUEZ OLIVERA, *id.*, p. 197.

144 RODRÍGUEZ OLIVERA, «Presupuesto subjetivo del concurso...», p. 197.

*** Deudores excluidos por carecer de organización**

Por último, el art. 2 de la LC exige que la actividad sea *organizada* para considerarla como *empresaria*. Quienes no disponen de una organización tampoco podrían ser concursados según el régimen de la LC. Entre los sujetos que realizan una actividad sin organización, podrían considerarse incluidos los siguientes: quienes explotan una actividad por sí mismos, sin empleados; los propietarios de una quinta o de una granja, que sólo tienen la ayuda de su cónyuge o de sus hijos o de un peón; los profesionales liberales - abogados, escribanos, contadores, médicos - que ejercen su profesión personalmente, sin organizar trabajo ni capital; los artesanos que producen bienes pero sin organización empresarial¹⁴⁶.

IV. Efectos de la declaración del concurso

La declaración judicial del concurso genera determinados efectos sobre la persona y el patrimonio del deudor, dirigidos a obtener la inalterabilidad del patrimonio del deudor, asegurándolo como garantía de sus acreedores¹⁴⁷.

Así mismo, la declaración judicial de concurso produce efectos sobre los sujetos relacionados con el deudor e, incluso, puede llegar a alcanzar a terceros que ninguna relación directa tienen con él deudor. Sus intereses y relaciones se ven profundamente afectados y aun modificados por el concurso¹⁴⁸.

Por otra parte, la declaración del concurso tiene consecuencias sobre los acreedores. Una vez declarado el concurso, los acreedores por créditos anteriores a la fecha de dicha declaración, quedan impedidos de promover contra el deudor procedimientos judiciales o arbitrales de ningún tipo, bajo pena de nulidad de las actuaciones que se realicen. Las ejecuciones que se encuentren en trámite, así como los embargos que se hubieran trabado, quedarán en suspenso desde el momento de la declaración (art. 60 LC).

A. Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor

Concretamente, la declaración del concurso tiene dos efectos sobre el deudor: el cese o clausura de la actividad del deudor (efecto eventual), la suspensión o la limitación de la «*legitimación*» del deudor (efecto necesario).

1. Cese o clausura de la actividad del deudor

Eventualmente, como consecuencia de la declaración judicial de concurso, se produce el «*cese o clausura de la actividad del deudor*» (art. 44 LC)¹⁴⁹. Si bien, en principio, la declaración judicial de concurso no implica el «*cese o clausura de la actividad del deudor*», el juez puede disponer lo contrario, tanto en el acto de declarar el concurso, como en

145 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 197.

146 RODRÍGUEZ OLIVERA, *id.*, p. 198.

147 BROSETA PONT, *id.* *ibid.*

148 BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 2, p. 528.

cualquier momento posterior del proceso concursal, a solicitud del deudor, de los acreedores, del síndico o interventor, o de oficio (art. 44).

a. Regla general

La regla general se encuentra expresada en el *nomen iuris* del art. 44 de la LC: «*continuación de la actividad del deudor*».

La continuación de la actividad económica desarrollada por el deudor, es considerada como uno de los principios de la LC y, consecuentemente, debe ser priorizada frente a toda otra alternativa, sea porque se ha considerado que la empresa en marcha tiene un mayor valor al de cada uno de los elementos que componen el establecimiento por separado. En particular, se evitaría la destrucción del valor de ciertos bienes inmateriales como son las marcas o la clientela¹⁵⁰. No cabe duda de que el valor de una determinada marca se vería drásticamente reducido por la mera paralización de la actividad del deudor. Igualmente, el cese en la actividad del concursado provocaría la pérdida de la clientela con lo que el posible precio que se pudiese obtener por una eventual traspaso del establecimiento, también, menguaría considerablemente, pudiendo llegar incluso a perderse¹⁵¹.

Asimismo, la continuación de la actividad facilita el aprovechamiento de las posibilidades de rentabilidad de la empresa en funcionamiento¹⁵². Se podrían obtener los rendimientos de las inversiones realizadas, finalizar los procesos productivos, obras y trabajos pendientes, así como los encargos efectuados por clientes¹⁵³. De esta forma, la masa activa del concurso se vería favorecida por los ingresos percibidos como consecuencia de la venta o puesta en el mercado de todos esos productos resultantes. Si se interrumpiese la actividad del deudor, los productos resultarían inacabados, con lo cual no sólo se perdería el beneficio derivado de su venta sino que, además, se experimentaría el perjuicio que traería causa de su deterioro o de los gastos y costes inherentes a su almacenaje¹⁵⁴.

149 La expresión «*cese o clausura de la actividad del deudor*», empleada en el art. 45, es equívoca. Las actividades pueden *cesar* pero no *clausurarse*. Lo que se *clausuran*, en todo caso, son los establecimientos.

150 COLINA GAREA, «La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial o profesional del deudor», *Revista AC*, n° 10 (2009), p. 5.

151 MULET ARIÑO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Suspensión de pagos y quiebra. Procedimiento y casuística* (1998), p. 255.

152 COLINA GAREA, *op. cit.*, p. 5.

153 MULET ARIÑO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 255.

154 MULET ARIÑO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *id.*, p. 256.

Por otra parte, se aprecia como una especial ventaja el mantenimiento ininterrumpido de las relaciones laborales. De esta forma se ahorra el coste indemnizatorio que supondría el despido de la totalidad de una plantilla de trabajadores o la extinción colectiva de los contratos de trabajo¹⁵⁵.

No obstante, debe tenerse presente que el mantenimiento de la actividad del deudor, a pesar de parecer teóricamente conveniente, en la realidad es difícil de sustentar. El deudor que ingresa en un proceso concursal, aun en los casos en que lo haga voluntariamente, probablemente se encuentre inmerso en un escenario de ausencia de crédito, bajo stock de mercaderías, desconfianza de sus clientes en la continuidad en la venta, provisión de mercaderías o prestación de sus servicios, sin contar con las medidas que, legítimamente o no, adopten sus trabajadores, proveedores y acreedores¹⁵⁶.

Según ya ha sido señalado, la continuación del giro por el síndico implica un importante desafío. El síndico es un profesional universitario, elegido de una lista que lleva la Suprema Corte de Justicia, que no necesariamente conoce las particularidades del giro empresarial del deudor, ni habrá de ser la persona más apropiada para administrar¹⁵⁷.

Los deberes de conservación y administración en interés de los acreedores, que la LC impone al síndico son, en alguna medida, contradictorios con el principio de continuación de la actividad del deudor. ¿Debe el síndico sustituir a un sujeto que, por definición, no pudo encauzar su actividad – verdadero *buque en zozobra*, en las palabras de MILLER ARTOLA – asumiendo riesgos, aprovechando oportunidades y promoviendo innovaciones, o debe limitarse a la conservación de los bienes que integran la masa activa, administrando una actividad ya fallida con la cautela que le impone un severo régimen de responsabilidad (art. 35)?¹⁵⁸ ¿Cómo podría estar el síndico mejor capacitado que el deudor para llevar a cabo esta tarea?¹⁵⁹

En el mismo sentido, MARTÍNEZ BLANCO observa que al síndico, en forma desmedida, la LC le exige que reúna las características de empresario y, a la vez, de conservador de bienes. MARTÍNEZ BLANCO manifiesta fundadas dudas acerca de la capacidad del síndico para improvisarse como empresario y continuar con la actividad del deudor concursado. Al

155 COLINA GAREA, «La repercusión...», p. 6.

156 MILLER ARTOLA, «La actuación del síndico como administrador», *Tribuna del abogado*, n° 163 (2009), p. 22.

157 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387*, pp. 126 y 127.

158 MILLER ARTOLA, «La actuación del síndico como administrador», *Tribuna del abogado*, n° 163, p. 23.

159 Como advierte CREIMER BAJUK, no siempre los aspirantes inscriptos en el Registro que lleva la Suprema Corte de Justicia, resultan ser las personas más apropiadas para administrar (CREIMER BAJUK, op. cit., p. 41).

respecto plantea un problema muy real: ¿quién, pudiendo evitarlo, contrataría servicios médicos de una mutualista en dificultades? ¿Quién dejaría señas o anticipos a un deudor concursado y quién le dará crédito? Aun pagando al contado ¿continuarán los clientes adquiriendo mercaderías de un deudor concursado, a riesgo de ver desvanecerse sus garantías o una adecuada provisión de repuestos? ¿Qué seguridades sobre la capacidad empresarial del síndico pueden tener los proveedores, sin los años de trato comercial necesarios para cimentar confianzas recíprocas?¹⁶⁰

160 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual del nuevo Derecho Concursal* (2009), pp. 244 y 225.

b. El cese o la clausura como excepción

Teniendo presente las dificultades reseñadas, el art. 44 establece que el juez puede disponer el «cese o clausura de la actividad del deudor», en cualquier momento del proceso concursal.

El cese de la actividad o la clausura del establecimiento, procede a instancia de parte o de oficio¹⁶¹. La LC otorga legitimación para solicitar esta medida al propio deudor, a los acreedores y al síndico o el interventor.

La LC no condiciona esta medida a la verificación de presupuesto alguno, por lo que parecería que queda a la discrecionalidad del juez, el adoptar o no, esta medida¹⁶². Sin embargo, consideramos que la declaración de un cese de las actividades o de la clausura del establecimiento, debe ser una resolución adoptada con carácter excepcional. Se trata de medidas de carácter cautelar, que atenderán a la preservación de la masa activa, cuando sea claro que la continuación del giro del deudor tendrá como consecuencia un agravamiento de la situación en la que ya se encuentra, en tanto no sea económicamente viable.

Por último, corresponde señalar que el cese de la actividad o la clausura del establecimiento, no supone, teóricamente, la liquidación de la masa activa. Puede ingresarse en la instancia de liquidación, sin que la actividad haya cesado y, a la inversa, la LC no inhibe que se apruebe un convenio, a pesar que el establecimiento esté clausurado.

2. Suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso

En el régimen establecido por la LC, la declaración judicial de concurso no implica el cese de la actividad del deudor o la clausura de su establecimiento, salvo que el juez disponga lo contrario (art. 44). No obstante, en todo caso, la declaración del concurso afecta las facultades del deudor, con distinto alcance, según se trate de un concurso voluntario en que el activo sea suficiente para satisfacer al pasivo o se trate de un concurso necesario o aun voluntario, si el activo no es suficiente para satisfacer al pasivo (art. 45, n^{os} 1 y 2).

a. Hipótesis de limitación y suspensión de la legitimación

Según se acaba de señalar, el alcance de la limitación de las facultades del deudor, depende de que el concurso sea *voluntario* o *necesario*, y de la suficiencia o no del activo para la satisfacción del pasivo.

*** Limitación de la legitimación**

Si el concurso es voluntario y la masa activa es suficiente para satisfacer el pasivo, la declaración de concurso sólo tendrá como consecuencia la limitación de la legitimación del deudor. En este caso, el juez designa un interventor que coadministrará los bienes conjuntamente con el deudor (art. 45, n^o 2).

El concurso se considera voluntario cuando es solicitado por el propio deudor, a

161 Le llama la atención a MARTÍNEZ BLANCO, que la LC no haya atribuido al juez la facultad de instar de oficio el concurso y, sin embargo, pueda disponer el cese de la actividad o la clausura del establecimiento (MARTÍNEZ BLANCO, *íd.*, p. 243).

162 MARTÍNEZ BLANCO, *íd.* *ibíd.*

condición de que no exista una solicitud de concurso previa, promovida por alguno de los restantes legitimados legalmente. El concurso se considera necesario en los restantes casos, esto es, cuando el concurso es solicitado por cualquier sujeto que no sea el deudor, como, por ejemplo, los acreedores (art. 11).

*** Suspensión de la legitimación**

La *suspensión de la legitimación* del deudor procede en todos los casos en que el concurso es necesario y en los casos en que, a pesar de tratarse de un concurso voluntario, el activo no es suficiente para satisfacer el pasivo. En los demás casos de concurso voluntario, la declaración del concurso sólo *limita la legitimación* del deudor.

b. Alcance temporal de la limitación o suspensión de la legitimación

*** Momento a partir del cual opera la limitación o suspensión de las facultades del deudor**

En el art. 1597 del CCom, hoy derogado, se establecía que el desapoderamiento de los bienes del fallido operaba, de pleno Derecho, desde la hora cero del día en que se dictaba el auto de quiebra¹⁶³, lo cual constituía una excepción a las reglas generales de procedimiento¹⁶⁴. Las consecuencias del auto de quiebra eran invocables y oponibles al fallido aun cuando éste todavía no conociera su quiebra e, incluso, respecto a los terceros de buena fe que hubieren celebrado negocios con el deudor, ignorando la quiebra.

En el régimen establecido por la LC no existe una disposición como la derogada. Respecto de los acreedores de buena fe, el auto de declaración del concurso surte efectos a partir de su registración y publicación (art. 46, n° 4). Pero nada se establece respecto del deudor. Podría, entonces, continuarse sustentando una interpretación similar a la que imperaba hasta ahora y que, también, aparece a texto expreso en la fuente de nuestra LC. En esa línea interpretativa, la limitación o suspensión de las facultades del deudor, operan desde el momento en que se declara el concurso, esté o no el deudor al corriente de dicha declaración y sus consecuencias.

Puede entenderse, también, que el apartamiento de los textos derogados, implica una vuelta a las reglas generales de procedimiento. Todo apartamiento de éstas requiere texto expreso que, en el caso, no lo hay. En esta tesitura, el deudor sólo vería limitadas o suspendidas, sus facultades una vez que le fuera notificada la declaración de concurso o que se hubieran realizado las publicaciones.

*** Momento en que se restablecen las facultades del deudor**

La afectación de la legitimación se mantiene mientras no se revoque el auto declaratorio del concurso, se homologue un convenio o acuerdo, o hasta la conclusión del concurso (art. 211 y ss. LC).

163 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, t. 1, p. 126; RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. 6: *Derecho concursal uruguayo*, t. 3: *Regímenes concursales aplicables a las sociedades anónimas, entidades de intermediación financiera y grupos económicos*, p. 66.

164 RIPERT, op. cit., p. 1017

3. Efectos generales de la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 45, n° 1, de la LC, en la hipótesis de concurso necesario y concurso voluntario con activo insuficiente, el deudor es sustituido en la administración y disposición de sus bienes por un síndico, que es el único legitimado para realizar actos que afecten los bienes y derechos que integran la masa activa (art. 46, n° 2). Son ineficaces frente a sus acreedores, los actos de administración y disposición que realice el deudor respecto de los bienes o derechos que integren la masa activa del concurso, incluida la aceptación o repudiación de herencias, legados y donaciones (art. 46, n° 1).

Asimismo, se le confiere legitimación respecto de todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en curso. La única excepción a este respecto la constituyen los procesos fundados en relaciones de familia, que no tengan contenido patrimonial (art. 46, n° 3). A este régimen la LC lo denomina «suspensión de la legitimación».

a. Consecuencia de la realización de actos respecto a los cuales la LC suspende las facultades del deudor

Respecto a las consecuencias de la actuación del deudor, a pesar de la suspensión de sus facultades, la LC provee dos disposiciones, en los n°s 2 y 4 del art. 46. En el n° 2, se refiere, en general, a los actos de administración o disposición sobre bienes que integren la masa activa. En el n° 4, se refiere al cobro directamente por el concursado, de deudas de las que es acreedor.

*** Actos de administración o disposición sobre la masa activa**

Los actos de administración y disposición del deudor, en violación a lo dispuesto por el n° 2 del art. 46 son válidos aunque «ineficaces frente a la masa».

La expresión «ineficaces frente a la masa» significa que a pesar de que el deudor hubiere, por ejemplo, enajenado un bien que integra la masa activa del concurso, ese bien continúa integrando la masa activa, a los efectos del concurso. Es, entonces, una especie de inoponibilidad frente a los acreedores concursales. Los actos del deudor concursado son válidos aunque ineficaces frente a los acreedores que integran la masa pasiva del concurso, en tanto el proceso concursal perdure. Si el proceso terminara por cualquier motivo, el acto recobraría plena eficacia¹⁶⁵.

*** Cobranza de deudas**

En un sentido análogo, de acuerdo con lo dispuesto en el n° 4 del art. 46, los pagos realizados al deudor no tienen efecto liberatorio para quien paga. Quien realiza un pago al deudor, en lugar del síndico, paga mal y, por ello, pagará dos veces. Quedan a salvo los pagos realizados de buena fe en el período que medie entre la sentencia declaratoria del concurso y la registración y publicación de la misma.

Advierte MARTÍNEZ BLANCO algo que para él constituye un error evidente. En el numeral que estamos comentando se establece que los pagos realizados al deudor no tendrán efecto liberatorio «para los acreedores». No son los acreedores quienes se liberan de una deuda mediante el pago sino los deudores del concursado. Se trata de pagos realizados por deudores del deudor concursado, no por acreedores del concursado.

165 DAYVIÈRE, op. cit., p. 266 ; MEZZERA ÁLVAREZ, op. cit., pp. 138 y 139; ROCCA, op. cit., p. 107.

Puestos a adivinar sobre lo que se dispuso, tal vez se haya querido significar que el pago es válido pero inoponible a los acreedores. Esta interpretación tiene el mérito de ser consistente con la «ineficacia frente a la masa» establecida en otros numerales de los arts. 46 y 47.

*** Otros actos**

El art. 46 de la LC sólo prevé la ineficacia de los actos de administración y disposición que el deudor realice respecto de los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso. Sin embargo, nada dispone respecto de otros actos que pueda realizar el deudor, vinculados a la administración de su establecimiento comercial o industrial, pero que no afecte, al menos directamente, la masa activa. Así sucede, por ejemplo, con la revocación de poderes que, en cambio, sí está prevista en el n° 1 del art. 47, entre los actos que deben ser realizados con la autorización del interventor, en el caso en que sólo se haya limitado la legitimación del deudor (concurso voluntario con activo suficiente para satisfacer a la masa pasiva).

No obstante consistir en una manifiesta incongruencia, entendemos que la suspensión de la legitimación debe interpretarse con carácter restrictivo. Consecuentemente, el deudor con la legitimación suspendida para disponer y administrar sus bienes, puede realizar todos los actos que no están estrictamente comprendidos en esa categoría.

b. Sustitución procesal del deudor

El síndico sustituirá al deudor en todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en curso en que éste sea parte, con excepción de aquellos fundados en relaciones de familia que no tengan contenido patrimonial.

c. Régimen de los órganos de la persona jurídica deudora en caso de suspensión de la legitimación para disponer y obligar la masa

Si el deudor concursado es una persona jurídica, se altera, sustancialmente, el funcionamiento de sus órganos. El síndico ejercita las facultades conferidas a los administradores o liquidadores, que perderán el derecho a percibir cualquier tipo de remuneración. El órgano de control interno queda suspendido en sus funciones (art. 48). Se suspende la obligación de convocar a reuniones de socios o asambleas. Si igualmente fueren convocadas, cualquier resolución que éstas adopten requeriría la ratificación del síndico, so pena de nulidad (art. 48).

4. Efectos generales de la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar la masa del concurso

En la hipótesis de concurso voluntario con activo suficiente, el deudor está sujeto a un régimen de autorizaciones previas o de contralores posteriores. A este régimen la LC lo denomina «limitación de la legitimación» (arts. 45 y 47).

a. Sometimiento al control del interventor

Las operaciones ordinarias del giro, a pesar de que las continúa realizando el deudor, quedan sometidas al control del interventor. La palabra *control* implica que la operación la realiza el deudor por sí mismo y, luego, rinde cuentas de lo realizado al interventor.

*** Concepto de «operaciones ordinarias del giro»**

La LC no define qué debe entenderse por «operaciones ordinarias del giro».

La abstracción e imprecisión de la disposición que estamos comentando, genera dudas

indeseables a la hora de determinar qué actos precisan una autorización previa y qué actos no. Esto es especialmente importante, si se toma en cuenta que un error en la calificación de la operación, puede llevar a omitir la autorización previa que la LC impone como requisito para que lo actuado por el deudor sea eficaz (art. 47, n° 3, LC).

No cabe duda de que pueden ser incluidas las operaciones que sean imprescindibles para continuar con la actividad empresarial, tales como el pago de salarios, abono de consumos de bienes de primera necesidad (agua, luz, comunicaciones), pago por el suministro de materias primas o a proveedores habituales¹⁶⁶. Sin embargo, en la múltiple actividad diaria de cualquier empresario, las zonas grises que se dan en la práctica pueden ser muchas. Así, por ejemplo, resulta dudoso si deberían quedar comprendidas operaciones que, siendo necesarias para el normal desenvolvimiento del negocio, no fuesen, sin embargo, propias del giro de la actividad empresarial del concursado. Pensemos en ciertas operaciones crediticias o el simple descuento de documentos que permitiría dotar de liquidez al deudor sin tener que esperar al momento del vencimiento pactado con su cliente.

*** Actos que no se consideran operaciones ordinarias del giro**

No se consideran operaciones ordinarias del giro, las siguientes: los actos relativos a bienes de uso registrables (inmuebles y vehículos, por ej.); la venta o arrendamiento del establecimiento comercial; la emisión de obligaciones negociables.

b. Exigencia de autorización del interventor

La LC dispone que el deudor requiere la autorización del interventor para la realización de determinados actos, que el n° 1 del art. 47 detalla. La palabra *autorización* implica que, antes de realizar cualquiera de los actos referidos en el n° 1 del art. 47, se debe obtener el consentimiento del interventor.

Los actos sujetos a autorización son los siguientes: contraer, modificar o extinguir obligaciones; conferir, modificar o revocar poderes; cualquier otro acto jurídico relativo a bienes de la masa activa.

La extensión de la exigencia de obtener autorización, debe interpretarse bajo tres excepciones.

- No están comprendidas aquellas obligaciones contraídas o extinguidas como parte del ejercicio ordinario del giro. Éstas, en función de lo dispuesto en el n° 2 del art. 47, están exceptuadas del régimen de autorización. Para ellas basta con ser sometidas al control del interventor, por obvias razones de practicidad y necesidad del tráfico y circulación mercantil¹⁶⁷.
- La limitación en la legitimación afecta sólo a los bienes de la masa activa, por lo que el concursado no tiene límites para disponer de los bienes no comprendidos

166 MELLADO RODRÍGUEZ, «Efectos de la declaración judicial de concurso. Especial referencia a la problemática relativa a la representación», *La reforma del Derecho Concursal. Cuadernos de Derecho y Comercio* (1997), p. 42; SENENT MARTÍNEZ, «Comentarios», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios* (2004), pp. 167 y 168; ZURRILLA CARIÑANA, «Comentarios», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios* (2004), p. 386.

167 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 250.

en esa masa como, por ejemplo, los bienes inembargables¹⁶⁸.

- Si la obligación que se contrae supone la enajenación o gravamen de bienes de uso o derechos de cualquier clase, cuyo valor sea superior al 5 % del valor total de la masa activa, ya no estará sujeta a la autorización del interventor sino que se requerirá la autorización del juez del concurso (art. 75, § 2).

Las deudas contraídas por el deudor con autorización del interventor y las que surjan de las operaciones ordinarias del giro, son deudas de la masa.

c. Consecuencia de la ausencia de autorización

En cuanto a los actos de administración y disposición sobre bienes y derechos que integran la masa activa, la actuación del deudor sin la autorización exigida por la LC, implicaría la inoponibilidad de lo actuado frente a los acreedores concursales.

Respecto de otros actos referidos en el n° 1 del art. 47, para los que, también, se exige la autorización del interventor pero sin establecer cuáles serían las consecuencias de obrar contra la prohibición legal, entendemos que deben considerarse afectados por una nulidad.

*** Ineficacia frente a la masa**

En el n° 3 del art. 47, se establece que serán «*ineficaces frente a la masa*» los actos de administración y disposición detallados en el n°1, que realice el deudor respecto de los bienes o derechos que integren la masa activa del concurso, sin autorización del interventor. La autorización del interventor sería, por lo tanto, un requisito de eficacia del negocio jurídico¹⁶⁹.

La LC no especifica a qué *masa* se refiere. HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER parecen entender que la ineficacia opera respecto a la masa activa¹⁷⁰. A nuestro entender, la ineficacia solo puede predicarse respecto a sujetos de Derecho, por lo que la expresión «*ineficacia frente a la masa*» de los actos del deudor debe entenderse referida a los acreedores que integran la masa pasiva. De lo contrario, la expresión «*ineficacia frente a la masa*» no se estaría refiriendo estrictamente a una cuestión de eficacia sino a la consagración de una suerte de *intangibilidad* de la masa activa.

La ineficacia de los actos de administración y disposición no autorizados al concursado, sólo es invocable por los acreedores concursales y no entre las partes que celebraron el negocio.

*** Nulidad**

El n° 1 del art. 47 se refiere a diversos actos, que no siempre constituyen actos de administración y disposición respecto a bienes y derechos que integren la masa activa del concurso. Por ejemplo, «*conferir, modificar o revocar poderes*» no son actos de administración ni de disposición sobre bienes del concursado. Tampoco «*contraer, modificar*

168 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 177.

169 BACCHI ARGIBAY, op. cit., p. 63.

170 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., pp. 122 y 126.

o extinguir obligaciones», constituyen actos de administración o disposición sobre la masa activa; en todo caso, inciden sobre la masa pasiva del concurso.

Entonces, la ineficacia sería la sanción legal expresa para el caso de ausencia de autorización respecto a actos de administración y disposición sobre bienes de la masa activa. Respecto de los demás actos referidos en el n° 1, no existe ninguna sanción específica en la LC.

A pesar de que no existe una sanción específica en la LC para aquellas hipótesis en que el deudor confiera, modifique o revoque poderes, o contraiga, modifique o extinga obligaciones, sin la autorización del interventor, entendemos que dichos actos son nulos, puesto que contrarían una norma prohibitiva.

El n° 1 del art. 47 contiene, implícitamente, una prohibición, al establecer que *«el deudor requerirá de la autorización del interventor»* para realizar ciertos actos. El tono imperativo de la norma implica que se prohíbe la realización de los actos que la norma enumera, sin la autorización del interventor.

Para esos casos resulta aplicable el § 2 del art. 8 del CC que establece que lo hecho contra las leyes prohibitivas es nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario.

5. Régimen de los órganos de la persona jurídica deudora en caso de limitación de la legitimación para disponer y obligar la masa del concurso

Si el deudor concursado es una persona jurídica, sus órganos se mantienen en pleno funcionamiento, con las únicas excepciones de que la convocatoria de cualquier reunión o asamblea de socios o accionistas, por parte de administradores o liquidadores, requiere la autorización del interventor y que el interventor puede solicitar al juez, en forma fundada, la suspensión del órgano de control interno, asumiendo sus funciones (art. 49).

a. Órgano de administración

El órgano de administración está sujeto al régimen establecido en el art. 47, ya analizado: para adoptar resolución respecto de determinados actos requiere la autorización del interventor, respecto de otros actos, basta que rindan cuentas de lo resuelto y realizado, para que el interventor pueda cumplir con su tarea de contralor.

b. Reunión de socios o asambleas

La LSC impone que las resoluciones de los socios se adopten en asambleas, en las sociedades anónimas, en las sociedades en comandita por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada de veinte o más socios.

Respecto de las sociedades colectivas, de capital e industria, en comandita y de responsabilidad limitada (menores a veinte socios), la LSC no impone el funcionamiento de asambleas. En estas sociedades, los socios se reúnen informalmente para adoptar resoluciones sobre los estados contables anuales y la distribución de utilidades, resolver modificaciones al contrato social, la disolución de la sociedad o la rescisión parcial. Asimismo, se puede lograr el consentimiento de los socios sin llegar a reunirse, mediante consulta escrita, si el contrato no exigiere otra cosa (art. 207 LSC).

*** Exigencia de autorización para la convocatoria**

La LC establece que la convocatoria de cualquier asamblea o reunión de socios o accionistas, por parte de «*administradores o liquidadores*», requiere la autorización del interventor (art. 49, n° 2, LC).

Al respecto, corresponde advertir que en las sociedades anónimas, en principio, quien resuelve convocar no son los «*administradores o liquidadores*» sino el órgano de administración o de liquidación (art. 344, §§ 3 y 6, LSC), que no es lo mismo. Los directores tienen competencia para convocar a asambleas sólo en el caso en que los citados órganos omitieran hacerlo, una vez que les fuera requerida la convocatoria por accionistas que representen por lo menos el veinte por ciento del capital integrado, si el contrato social no fijara una representación menor (art. 344, §§ 4 y 5).

Luego, tampoco son esos órganos los únicos que tienen competencia para convocar a asambleas. Así como los directores pueden hacerlo, también, la LSC otorga competencia a los miembros de la comisión fiscal y a la Auditoría Interna de la Nación. Asimismo, la convocatoria puede realizarse judicialmente (art. 344, § 5). HOLZ BRANDUS y RIPPE KÄISER consideran que, respecto de las hipótesis de convocatoria no previstas en el art. 49, n° 2, de la LC, la ausencia de autorización no afectaría las resoluciones adoptadas en la asamblea o en la reunión de socios. Éstas serían perfectamente válidas, sin perjuicio de su eventual ineficacia o inoponibilidad frente a la masa activa del concurso, en lo que tales resoluciones

pudieran perjudicarla¹⁷¹.

Por otra parte, corresponde advertir, también, que en las sociedades que no funcionan asambleas, los socios pueden reunirse sin que exista convocatoria alguna.

*** Alcance de las facultades del interventor respecto a las asambleas y reuniones de socios**

Las facultades del interventor deben ser interpretadas con criterio restrictivo. Bajo ese supuesto, consideramos que las facultades del interventor se limitan al otorgamiento o no, de autorización para las convocatorias a asambleas o reuniones de socios, en los casos estrictamente previstos por la LC. En todo caso, siendo prudentes, parecería conveniente recabar la autorización del interventor para la convocatoria a asambleas por parte de los órganos de administración o de liquidación, asumiendo que la alusión a «*administradores o liquidadores*» pudiera ser un caso más de imprecisión técnica, de los que abundan en la LC.

La autorización, además, no podrá retacearse cuando se trate de asambleas ordinarias, en que la LSC impone la obligatoriedad de su convocatoria (art. 344 LSC). Así mismo, entendemos que el interventor no tiene injerencia alguna, en principio, sobre el orden del día de las asambleas o reuniones de socios, ni sobre las resoluciones adoptadas por los socios. Tampoco está facultado por la LC para estar presente en dichas asambleas o reuniones, ni mucho menos para ejercer el derecho de voz o voto, ni un derecho de veto sobre lo resuelto.

Tal como ha sido regulada la participación del interventor en el funcionamiento de las reuniones de socios o asambleas, sus potestades se limitan a negar la autorización de convocatorias que comprendan en su orden del día, la resolución respecto a actos que supongan contraer, modificar o extinguir obligaciones; conferir, modificar o revocar poderes; o realizar cualquier acto jurídico relativo a bienes de la masa activa. Por supuesto que, una vez adoptada resolución sobre estos puntos en la asamblea o reunión de socios, debiera sucederse una etapa de ejecución, a cargo del órgano de administración, que estaría, también, sujeta a la autorización del interventor (art. 47 LC).

c. Órgano de control interno

El interventor puede solicitar al juez la suspensión del órgano de control interno. La solicitud debe ser fundada.

En caso de que el juez provea de conformidad, el interventor asumirá las funciones del órgano de control (art. 49, n° 3).

B. Efectos de la declaración del concurso sobre los acreedores

1. Acreedores afectados por la declaración del concurso

La declaración del concurso afecta a todos los acreedores con créditos anteriores a la fecha de dicha declaración. Así surge de lo establecido en el art. 55 de la LC: «*Todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, quedarán comprendidos en la masa pasiva del concurso...*»

Se ven afectados, incluso, los acreedores con privilegio especial, puesto que, de la lectura combinada de los arts. 60 y 61 se desprende que se prohíbe la promoción de ejecuciones prendarias e hipotecarias, o se suspenden (si hubieren sido promovidas con anterioridad), por el término de ciento veinte días, a contar de la sentencia declaratoria del

171 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 122.

concurso.

2. Acreedores no afectados por la declaración del concurso

Están excluidos del concurso los acreedores con créditos posteriores a la declaración del concurso. Esta afirmación se desprende de los términos del art. 60, en tanto limita la moratoria en las ejecuciones, a los acreedores con créditos anteriores a esa declaración: «*Declarado el concurso, ningún acreedor podrá promover ejecución contra el deudor por créditos anteriores a la declaración.*»

Los créditos posteriores a la declaración del concurso son «*créditos contra la masa*» (nº 4 art. 91). El art. 92 establece que los créditos contra la masa se pagarán «*fuera del procedimiento de concurso*».

Los créditos contra la masa no soportan la Ley del dividendo, esto es, no padecen el cobro a prorrata. Por el contrario, cobran íntegramente o sea, en términos que suele utilizar la doctrina, *en moneda entera*¹⁷². Esto, a su vez, sólo es posible si el deudor es solvente.

La situación se vuelve más compleja si los activos disponibles no son suficientes para la satisfacción de los créditos prededucibles que sean exigibles. Esta hipótesis no fue prevista por el legislador.

Así, por ejemplo, un deudor concursado que continuó con su actividad luego de la declaratoria de concurso, naturalmente habrá generado diversas obligaciones con cargo a la masa. En especial, habrá contraído obligaciones de carácter salarial con empleados sin los cuales no puede operar. Si, en algún momento del trámite del concurso se da fin a la actividad empresarial del deudor, a esas obligaciones salariales se les agregarán las derivadas de las indemnizaciones por despido. Los créditos laborales post concursales, además, entran en conflicto con otros créditos contra la masa, como los de los diversos proveedores con créditos generados con posterioridad a la declaración del concurso. Por supuesto, también, entran en este conflicto los honorarios generados por la actuación de la sindicatura y sus auxiliares.

Alguna doctrina considera que en estos casos se debe aplicar la *par conditio creditorum* de modo que todos aquellos que tengan un crédito contra la masa cobren a prorrata¹⁷³. Esta solución pareciera bastante justa y ciertamente sería apropiada si el pago se hiciera dentro del régimen concursal. Sin embargo, corresponde advertir que el art. 92 establece que los créditos contra la masa se pagarán «*fuera del procedimiento de concurso*». Fuera del procedimiento de concurso no rige el principio de igualdad sino el principio general según el cual se cobran los créditos: *prior in tempore, potior in iure*¹⁷⁴.

En un escenario de iliquidez o insolvencia – más que probable para un deudor concursado – los créditos debieran pagarse, según otra doctrina, en orden cronológico hasta donde alcance la masa activa, puesto que el art. 92 dispone que los créditos contra la masa

172 RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 108.

173 RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, *Los créditos y el concurso* (2009), p. 39; ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 79.

174 Primero en el tiempo, mejor en el Derecho.

se pagarán «*a medida que vengán*»¹⁷⁵. No cabe prorratear cuando la norma señala que debe abonarse por el orden de los vencimientos. Se pagará a cada cual, entonces, por la fecha del vencimiento de su crédito hasta donde alcance, aunque no se abone a todos los acreedores post concursales¹⁷⁶.

En nuestra opinión, el art. 92 de la LC fue establecido para una hipótesis en que hubiere activos líquidos disponibles que permitan el pago de los créditos a medida que vayan venciendo. En los casos en que esto no sucede, nos encontramos ante una situación de vacío legal que debe ser integrado. A estos efectos, el criterio del vencimiento no puede ser considerado como un criterio de preferencia en caso de insuficiencia para la cobertura de los créditos contra la masa¹⁷⁷. Ante esta situación entendemos que el síndico o el interventor debe formular un proyecto de distribución que abarque a todos los créditos contra la masa, donde se proponga un pago a estos acreedores a prorrata de sus créditos, puesto que ésta es la solución que como principio general impera en la legislación concursal ante la concurrencia de una pluralidad de acreedores contra un activo insuficiente.

3. Moratoria provisional

a. Prohibición de promover nuevos juicios

De acuerdo con lo establecido por el art. 56, está prohibido promover nuevos juicios contra el deudor, una vez declarado judicialmente el concurso. Los acreedores del deudor por créditos anteriores a la fecha de la declaración no pueden promover contra el deudor procedimientos judiciales o arbitrales de ningún tipo. Las actuaciones judiciales o arbitrales que se realicen serán nulas.

Se exceptúan de esta prohibición, los procedimientos que se funden en relaciones de familia siempre que no tengan contenido patrimonial y los procesos de conocimiento en materia laboral.

Además de las excepciones previstas en el art. 56, la doctrina considera que nada impide que se promuevan contra la concursada, todos los procesos de conocimiento imaginables, siguiendo la especialización jurisdiccional, pero una vez formado el título (sentencia ejecutoriada líquida y exigible) entran en juego la imposibilidad de trabar embargo, por paralización de la vía de apremio y el fuero de atracción¹⁷⁸.

175 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 305.

176 BELTRÁN SÁNCHEZ, «Pago de créditos contra la masa», *Comentario de la Ley Concursal*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, t. 2 (2004), p. 2440; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, «La reclamación de créditos contra la masa en el concurso», *RAD*, n° 1 (2009), p. 4.

177 ARIAS VARONA, «La liquidación (ii): operaciones de liquidación. Pago a los acreedores», *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*, dir. MARTÍNEZ SANZ, coord. PUETZ (2012), p. 876; GUILARTE GUTIÉRREZ, «Comentario al art. 154», *Comentarios a la legislación concursal*, t. 3, dirs. SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ (2004), p. 2643.

178 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 262.

b. Continuidad de los procesos judiciales de conocimiento o arbitrales

De acuerdo con lo dispuesto por el § 1 del art. 57 para los procesos en trámite, los procesos judiciales de conocimiento o los procesos arbitrales contra el deudor, que se encuentren en trámite a la fecha de declaración del concurso, continuarán ante la sede que esté conociendo en los mismos, hasta que recaiga sentencia o laudo firme.

A su vez, el § 2 del art. 60 establece que las ejecuciones que se encuentren en trámite, así como los embargos que se hubieran trabado, quedarán en suspenso desde el momento de la declaración, procediendo su acumulación al concurso.

c. Prohibición de nuevas ejecuciones y suspensión de las ejecuciones en curso

*** Prohibición de nuevas ejecuciones**

Declarado el concurso, ningún acreedor podrá promover ejecución contra el deudor por créditos anteriores a la declaración.

*** Suspensión de ejecuciones en curso**

Como consecuencia de la suspensión de las ejecuciones en curso, una vez publicado el auto de declaración de concurso, si otra sede judicial adopta medidas cautelares o embargos sobre bienes del concursado, deben revocarse y disponerse su levantamiento (art. 59). Quien tiene la disponibilidad de las medidas cautelares adoptadas sobre el patrimonio concursal es, exclusivamente, el juez del concurso, sin importar la sede que, en principio, la decretó.

Declarado el concurso, todos los expedientes de ejecución en trámite deben remitirse a la sede concursal.

*** Situación de los créditos prendarios e hipotecarios**

En el caso de los créditos prendarios e hipotecarios, la prohibición de promover ejecuciones y la suspensión de las ejecuciones en curso caducará transcurridos ciento veinte días de la sentencia declaratoria del concurso.

En estos casos la ejecución deberá promoverse o continuará, según los casos, ante el juez del concurso.

*** Situación de los créditos laborales**

Existiendo recursos líquidos suficientes o bienes fácilmente realizables en la masa activa y siempre que la disposición de los mismos no afecte la viabilidad de la continuación del giro del deudor, el síndico o el interventor - previa autorización judicial - dispondrá el pago anticipado de los créditos laborales de cualquier naturaleza que se hubieran devengado y no estuvieran prescriptos. En este caso, no será necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia laboral previa que lo reconozca.

La solicitud de pago anticipado podrá ser denegada, total o parcialmente, solamente en los casos en que los créditos laborales no surjan de la documentación del empleador o cuando existan dudas razonables sobre el origen o legitimidad de los mismos.

Cuando el crédito laboral hubiera sido verificado en el concurso o hubiera recaído sentencia firme de la judicatura competente reconociendo su existencia, el síndico o el interventor procurarán la obtención de los recursos necesarios para la cancelación de los mismos, pudiendo solicitar autorización al juez para la venta anticipada de activos del concurso, si fuera necesario, siempre que la disposición de dichos recursos no afecte la viabilidad de la continuación del giro del deudor.

En caso de que los bienes de la masa activa fuesen insuficientes para la cancelación de los créditos laborales, se aplicará lo dispuesto en el art. 183: el pago se realizará a prorrata de los respectivos créditos.

C. Efectos sobre los créditos

1. Conversión a moneda nacional

El art. 63 establece que los créditos expresados en moneda extranjera se deben convertir a moneda nacional, al tipo de cambio comprador interbancario vigente a la fecha de declaración del concurso.

La única excepción que admite esta disposición es la de los créditos prendarios e hipotecarios expresados en moneda extranjera, hasta el límite de su respectiva garantía.

2. Reajuste de las obligaciones

Los créditos quedan fijados en el estado que tenían al día anterior al l auto de declaración del concurso. Sobre esos montos, desde la declaración de concurso y hasta la fecha de pago, deben aplicarse los coeficientes de revaluación establecidos por el Decreto Ley 14.500 de 1976¹⁷⁹.

La variación del valor de la moneda se determina por la evolución del índice general de los precios del consumo, elaborado mensualmente por el Ministerio de Economía y Finanzas (art. 2). A estos efectos, se confrontarán el índice correspondiente al mes de la fecha de nacimiento o exigibilidad de la obligación, según sea el caso, con el establecido para el mes anterior de la fecha de extinción de la misma.

3. Suspensión del devengamiento de los intereses

a. Intereses

Los intereses pueden ser de varias clases: intereses compensatorios y moratorios (o punitivos)¹⁸⁰; intereses convencionales y legales; o intereses de plaza (o corrientes). El art. 64 no distingue, de modo que tampoco puede distinguir el intérprete, por lo cual la suspensión afecta a todas las clases de intereses.

b. Fundamentos de la suspensión

La suspensión de los intereses se funda en la necesidad práctica de una fácil liquidación. El pasivo debe quedar fijado en un momento dado. Si los intereses siguieran corriendo se modificaría todos los días¹⁸¹.

Además, mantener el curso de intereses crearía situaciones de injusticia, toda vez que

179 El Decreto Ley referido, establece un régimen de actualización de deudas a cargo de personas privadas que hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional o arbitral. En su art. 1 establece: «Para liquidar el valor de las obligaciones que se resuelvan en el pago de una suma de dinero, directamente o por equivalente, cuyo cumplimiento fuere objeto de una pretensión deducida en un proceso jurisdiccional o arbitral por una persona privada, física o jurídica, se tendrá en cuenta la variación en el valor de la moneda ocurrida durante el tiempo que mediere entre la fecha de su nacimiento y la de su extinción...»

180 GORFINKIEL, *Los intereses de mora en las obligaciones civiles y comerciales* (2000).

pueden existir créditos que no generen intereses. En tal caso los acreedores con intereses pactados, se verían en situación ventajosa respecto a quienes nada pactaron; sólo estos sufrirían las consecuencias de la dilación que es inherente a todo procedimiento judicial¹⁸².

c. Excepciones a la suspensión

La suspensión en el devengamiento de los intereses no se aplica a los créditos siguientes:

- créditos prendarios e hipotecarios, hasta el límite de su respectiva garantía;
- créditos laborales.

Sin perjuicio de estas excepciones, el art. 64 prevé que puede incluirse un pacto de intereses en el convenio o el acuerdo privado de reorganización, que celebre el deudor con sus acreedores.

También, se hace la salvedad de lo dispuesto en el art. 188. Este artículo establece que si, pagados los créditos subordinados, quedara un remanente, el síndico pagará los intereses que hubieren correspondido a los acreedores con privilegio general y quirografarios, a prorrata de sus respectivos créditos. Esta distribución no podrá superar el monto correspondiente a la tasa media de interés del sistema bancario para familias, por plazos mayores a un año, que publique el BCU para créditos en unidades indexadas o, en su defecto, al interés legal computado sobre sus respectivos créditos, por el plazo que medió entre la declaración judicial de concurso y el pago de los mismos. Si todavía quedara un remanente, el art. 188 ordena realizar una operación similar con los créditos subordinados, en el orden previsto por la ley.

4. Prohibición de compensación

a. La compensación

La compensación es un modo de extinguir las obligaciones, definido en el art. 975 del CCom en los términos siguientes: «*La compensación es la libertad respectiva de deudas, entre dos personas que vienen a ser mutuamente deudoras una de otra.*»

La compensación se verifica *ipso jure* por el solo imperio de la ley, aun sin noticia de los deudores: las dos deudas se extinguen recíprocamente en el instante en que existen a la vez, hasta la suma concurrente de sus cantidades respectivas (art. 976 CCom). Para que esto ocurra se requiere que se reúnan las condiciones siguientes: que la materia de ambas sea del mismo género; que sean igualmente líquidas; que sean igualmente exigibles; y que sean personales al que opone y a aquel a quien se opone la compensación (art. 977 CCom).

b. Excepción a la prohibición

El art. 64 prevé, como excepción a la prohibición de compensación legal de los créditos, que estos ya estuvieran en situación de ser compensados antes de la declaración del concurso. Por lo tanto, se admite que si un acreedor tuviera un crédito líquido contra el concursado, que ya fuera exigible con anterioridad a la declaración del concurso, se habría

181 SCARANO, *Tratado teórico-práctico de la quiebra*, t. 1 (1939), pp. 244 y 245.

182 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 200.

compensado *ipso jure* con el crédito, también, líquido y exigible del concursado contra dicho acreedor. Consecuentemente, deben considerarse mutuamente extinguidos.

¿Qué sucede con aquellos créditos anteriores a la declaración judicial de concurso, aunque con plazo pendiente, que vencen anticipadamente como resultado de la apertura de la liquidación de la masa activa (art. 170)? La doctrina, tradicionalmente, ha considerado que la exigibilidad del crédito que resulta de la apertura de la liquidación, no produce el efecto del vencimiento ordinario y por esto no autoriza la compensación de dicho crédito, con la deuda frente al concursado. El crédito se convierte en un simple derecho al dividendo y, por lo tanto, sólo el dividendo de la deuda es compensable con dicho crédito. Entonces, el síndico podrá exigir el saldo del crédito no cubierto por compensación¹⁸³.

RODRÍGUEZ OLIVERA explica la posición que acabamos de referir, con el ejemplo siguiente. Con anterioridad a la declaración del concurso, A (concurado) debe a B (solvente) la suma de \$ 100.000 y B le debe a A \$ 100.000 con plazo pendiente al momento de dicha declaración. La compensación no opera *ipso jure* porque el crédito de B no era exigible antes de la declaración del concurso. Sin embargo, si en la liquidación de A, se pagara un dividendo del 10 %, podría operarse la compensación por la suma de \$ 10.000 y quedar una diferencia no afectada por la compensación a favor de A, esto es \$ 90.000, cuyo cobro el síndico podría exigir¹⁸⁴.

5. Suspensión del derecho de retención

a. Alcance de la suspensión del derecho de retención

El derecho de retención autoriza a ejercer un derecho sobre la cosa, impidiendo su uso y goce por el propietario¹⁸⁵. No concede a quien retiene el derecho de apropiarse de los frutos, ni a la realización de la cosa retenida. Tampoco otorga a quien retiene una preferencia sobre el valor de los objetos retenidos¹⁸⁶.

El art. 66 prevé la hipótesis en que existan bienes o derechos que, a pesar de integrar la masa activa del concurso, estén en posesión de un sujeto que, en virtud de alguna disposición legal, tuviera la posibilidad de invocar un derecho de retención. En dicho caso, a pesar de que exista una norma que atribuya el derecho de retención, la posesión, administración y disposición de esos bienes o derechos, le corresponde al síndico o al deudor bajo el contralor del interventor, pues quedan comprendidos en el desapoderamiento de los bienes que integran el activo concursal. Por lo tanto, quien tenga en su poder bienes del concursado, sobre los cuales ejerce el derecho de retención, debe entregar el bien al

183 CUZZERI y CICU, «De la quiebra», *Derecho Comercial*, v. 1, t. 18 (1954), p. 228.

184 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 221.

185 RODRÍGUEZ OLIVERA, *id.*, p. 222.

186 RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, *Los créditos y el concurso. Ley N° 18.387 de 23-X-2008* (2009), p. 82.

síndico o al interventor, procediendo a hacer efectivo su crédito a través del concurso¹⁸⁷. De esta manera, se favorece a la comunidad de acreedores, reafirmando la *par conditio creditorum*¹⁸⁸.

Según la doctrina, la claridad del art. 66 no admite dudas ni discusiones. La LC es radical en esta cuestión. Consagra con carácter absolutamente general, la prohibición del ejercicio del derecho de retención a partir de la declaración del concurso¹⁸⁹.

b. Derecho de retención conferido a algunos acreedores en la regulación de ciertos contratos

*** Contrataciones en las que se prevé un derecho de retención**

El derecho de retención ha sido previsto en la regulación de los contratos de depósito, comisión, compraventa y prenda, como un instrumento coadyuvante para que el acreedor forzase la voluntad del deudor, de modo que éste procediese al pago de las cantidades adeudadas¹⁹⁰. El depositario tenía derecho de retención sobre los efectos existentes en sus barracas o almacenes, al tiempo de la declaración de quiebra del propietario de dichos efectos (art. 131 CCom). El comisionista tiene derecho de retención sobre los efectos consignados y privilegio para el cobro de la comisión, los gastos y anticipos¹⁹¹. El art. 526, § 2, del CCom, respecto de la compraventa, establece el derecho de retención si no se paga el precio, hubiera mudado notoriamente de estado el comprador y no afianzase el pago en el plazo convenidos. Esta disposición guarda cierta similitud con el art. 1688 del CC, que establece que «*si después del contrato se hallare el comprador en estado de insolvencia o estuvieren sus intereses comprometidos de tal manera que el vendedor corra riesgo inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo para el pago de aquel, sino afianzando pagar al vencimiento del plazo*».

*** Compatibilidad con la LC**

Las normas que confieren derecho de retención a los tres contratos referidos, no se aplican en caso de concurso. Estando el propietario de los bienes concursado, ese derecho no puede ser ejercido¹⁹².

187 RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, *id.*, p. 83.

188 CREIMER BAJUK, *Concursos, Ley n° 18.387 de 23 de octubre de 2008* (2009), p. 46.

189 RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, *op. cit.*, p. 83.

190 RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, *id.*, p. 82.

191 El CCom dispone que ningún comisionista puede ser compelido a entregar los efectos que recibió en comisión, sin que previamente se le reembolse de sus anticipaciones, gastos, comisiones e intereses si los hubiere.

No es tan claro el caso del derecho de retención del bien prendado que establecen tanto el CCom como en CC en favor del acreedor, en tanto no se le pague la deuda, para cubrir los gastos efectuados para la conservación de la cosa (§ 3, art. 761 CCom y art. 2305 CC).

La prenda acuerda, además, al acreedor un derecho real de preferencia, porque excluye a otros acreedores en caso de concurso (art. 747 CCom). De acuerdo con los arts. 61 y 109 de la LC, esta preferencia se traduce en que la prohibición de promover ejecuciones y la suspensión de las que están en curso, respecto a las ejecuciones prendarias, caducan a los 120 días desde la declaración del concurso.

RODRÍGUEZ OLIVERA considera que, puesto que se puede ejecutar la prenda con independencia del concurso, debe entenderse que el acreedor prendario mantendría su derecho de retención¹⁹³. En nuestra opinión, en el régimen actual, no es posible afirmar que la prenda se ejecute con independencia del concurso. Por el contrario, como acabamos de consignar, el art. 61 de la LC le impone temporariamente los efectos de la moratoria dispuesta para todas las ejecuciones y su tramitación ulterior se sigue ante el juez concursal. Además, los acreedores con privilegio especial, componen la masa pasiva (art. 109) y se pagan dentro del concurso, con el producido de la enajenación de los bienes gravados (art. 181).

Luego, el art. 66 se expresa en términos generales y no contiene distinción alguna, por lo que consideramos que tampoco el acreedor prendario puede invocar el derecho de retención que le confieren el CCom y el CC, cuando el propietario del bien prendado se encuentre sometido a un proceso concursal.

192 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 224.

193 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 225.

c. Derecho de retención conferido por la Ley de responsabilidad laboral en los procesos de descentralización empresarial

La Ley 18.251 de 27 de diciembre de 2007, en su art. 5, establece un derecho de retención en los pagos, a favor de quienes denomina como «*patrono o empresario principal*», toda vez que el subcontratista, intermediario o empresa suministradora, no acredite oportunamente el cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales y de seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ese artículo, también, confiere derecho de retención al contratista respecto de sus subcontratistas.

El derecho de retención se confiere a los efectos de pagar directamente al trabajador, a la entidad previsional que correspondiere y al Banco de Seguros del Estado (BSE).

En nuestra opinión, siendo que el art. 66 de la LC no distingue, el derecho de retención no puede ser invocado por el «*patrono o empresario principal*», respecto de los pagos que debieran realizarse al deudor concursado. La tutela del derecho al salario del trabajador, así como de la efectivización de los aportes y pago del seguro referido, en la situación concursal, queda a cargo del síndico o interventor, dentro del marco que establece la LC, especialmente en lo dispuesto por los arts. 62, 172, lit. b, y 175, n° 2¹⁹⁴.

Por otra parte, el manejo integral de los fondos que componen el activo concursal es elemental para la conservación de la empresa o de la actividad económica viable, que constituye uno de los principios basilares, de la LC, tal como resulta explicitado en el Informe para la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración y en la opinión de quienes la proyectaron¹⁹⁵. La disposición de todos los ingresos derivados de la actividad empresarial, es esencial para el mantenimiento de ésta, lo cual supone el mantenimiento de este valor económico, en beneficio de la expectativa de satisfacción de los acreedores, inclusive los laborales en su conjunto.

194 Así lo entiende, también, nuestra jurisprudencia. En un caso en el que el BSE pretendía ejercer el derecho de retención respecto a pagos que se debían realizar a una empresa de limpieza, se falló en los términos siguientes: «*Respecto a la retención de los importes correspondientes al servicio del contrato de arriendo de servicios de limpieza celebrado con K... S.A. para el futuro no procede ya que prima la especialidad de las normas del Derecho Concursal, como el derecho de conservación o continuidad de la empresa (artículo 44 de la Ley N° 18.387) y los artículos que ponen a cargo de la Sindicatura la administración y disposición de los bienes (artículo 45, numerales 1 y 2) y el propio estatuto jurídico del síndico previsto (artículo 32), por lo que corresponde el cobro del remanente, si eventualmente existiera, luego de los pagos realizados del mes de febrero de 2010, así como de las facturas por los servicios prestados a partir del mes de marzo de 2010, por parte de la Sindicatura, debiendo ésta hacerse cargo de todas las obligaciones salariales y aportes previsionales correspondientes de los empleados de la concursada, debiendo presentar la rendición de cuentas de acuerdo a la normativa vigente.*» (SJLC de 2° t., n° 308, de 16/03/010 [GONZÁLEZ GONZÁLEZ]).

Frente a la reticencia del BSE a cumplir con la sentencia transcripta, en los mismos autos, ahora conminando a efectivizar la entrega a la sindicatura de las cantidades retenidas, bajo apercibimiento, la Sede Concursal de 2° t., manifiesta lo siguiente:

«A juicio del Oficio la argumentación realizada por los representantes del Banco de Seguros del Estado en ejercicio del derecho de retención previsto por el artículo 5o. de la Ley N° 18.251 no es de recibo ante la especialidad de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial N° 18.387, la que además es posterior en el tiempo...

Dicha normativa que rige el derecho concursal es especial y nada dice respecto a que en los casos como los establecidos en la Ley N° 18.251 debe permanecer vigente el mencionado derecho de retención previsto.

Esto no implica, por supuesto, una reducción de las garantías para los derechos de los trabajadores, que continúan amparados por la responsabilidad subsidiaria o solidaria del *patrono o empresario principal*, en los términos de las leyes 18.099 y 18.251. El derecho de retención cede en presencia de un proceso concursal pero la imposibilidad legal de invocarlo no inhibe la responsabilidad del *patrono o empresario principal*. Es cierto que se le priva a éste de una herramienta para salvaguardar su responsabilidad, pero su interés particular se ve sometido, como otros, tanto al interés del trabajador como al interés por la conservación de la empresa que, evidentemente, son considerados por la legislación nacional actual como superiores al del *patrono o empresario principal*.

d. Derecho de retención sobre sueldos

Diversas leyes han autorizado a determinados acreedores a ordenar retenciones de sueldos y pasividades, de los funcionarios de empresas públicas y privadas, y a entregarles el importe retenido. Así sucede por créditos al consumo otorgados por cooperativas de ahorro y crédito (art. 6 Ley 13.988 de 1971), cooperativas de consumo, Cooperativa de Previsión Social (leyes 12.249 y 14.621); por la garantía de alquileres de la Contaduría General de la Nación; por el llamado *préstamo social* del Banco República, por cuotas correspondientes a préstamo para la adquisición de viviendas otorgado por el Banco Hipotecario; por las cuotas correspondientes por el servicio de mutualistas e instituciones de asistencia médica colectiva de prepago; y por la contratación de seguros de vida colectivos con el BSE y otras compañías de seguros. La Ley 15.890 de 1987 reguló el mecanismo por el cual se debe efectuar la retención y declaró la inembargabilidad de las sumas retenidas. La Ley 17.829 de 2004 – reglamentada por el Decreto 429/2004 – estableció condiciones

Tampoco se comparten los fundamentos invocados por el Banco que no corresponde poner a disposición de la Sindicatura la cifra reclamada hasta tanto esta no acredite que haya efectuado el pago de la totalidad de los créditos laborales de los empleados de la deudora que desempeñaban tareas en el B.S.N. y tampoco lo manifestado en el comparendo ya referido en cuanto a que ese dinero se destine al pago de obligaciones salariales y aportes previsionales de dichos trabajadores y ello porque atentaría contra el principio del Derecho Concursal que establece la obligación de brindar un tratamiento igualitario a cada categoría de acreedores, lo que de procederse como lo estiman los representantes del B.S.N. vulneraría los derechos de los restantes acreedores laborales, que deberían concurrir en un pie de igualdad, percibiendo sus créditos a prorrata como lo establece el artículo 183 en su inciso final.

6.- Por su parte ya había sido resuelto en autos por decreto N°308/2010 de 16 de marzo de 2010 (fojas 225) la primacía de la especialidad de las normas de derecho concursal por sobre el derecho de retención invocado, disponiéndose en dicha oportunidad, por las razones ya expuestas y otras fundamentos que resultan de dicha resolución, que es la Sindicatura quien debe hacerse cargo de todas las obligaciones salariales y aportes previsionales correspondientes de los empleados de la concursada y esto en referencia a todos ellos y no en particular a los que cumplían funciones en el Banco de Seguros del Estado.

La Sindicatura de autos debe cumplir, bajo pena de incurrir en responsabilidad, con las disposiciones de la Ley N° 18.387 en relación a la composición de la masa activa (artículo 71), así como a la situación particular de los acreedores laborales (artículo 62, 110 y 183).» (SJLC de 2° t., n° 1.075 de 29/06/011 [GONZÁLEZ GONZÁLEZ]).

195 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos, Ley 18.387 (2009)*, pp. 35, 42 y 43; OLIVERA GARCÍA, *Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial (2008)*, p. 28.

generales para la admisibilidad de las retenciones, limitaciones a las retenciones que pueden realizarse, fijándolas en un máximo del 70 % del sueldo o pasividad, y estableció un orden de prelación entre las diversas retenciones. La Ley 18.358 de 2008 modifica el orden de prioridades y establece algunas condiciones, como que ninguna persona física podrá percibir por concepto de retribución salarial o pasividad una cantidad en efectivo inferior al 30% (treinta por ciento) del monto nominal, deducidos el impuesto - si correspondiere - y las contribuciones de seguridad social. La Ley de Cooperativas 18.407 de 2008 declara que mantienen plena vigencia todas las normas legales que consagran y regulan a favor de las cooperativas, la facultad de utilizar el procedimiento de las retenciones de los haberes y pasividades de sus socios, para el cobro de las partes sociales, cuotas de ahorro o amortización de créditos, cuotas de admisión, sostenimiento y solidaridad o cualquier otro concepto establecido en dichas normas, ya sea en empresas u organismos privados o públicos (art. 217).

En estas hipótesis de retención de sueldos o pasividades, puede suceder que se pretenda el ejercicio del derecho de retención sobre el salario o la pasividad de un deudor concursado, o que se pretenda que un sujeto concursado retenga determinados porcentajes del salario de sus empleados.

En el primer caso, parece claro que el derecho de retención se ve afectado por la prohibición contenida en el art. 66 de la LC. No pudiendo invocarse dicho derecho, el acreedor debe presentarse al concurso de su deudor a verificar su crédito y quedar sujeto a las vicisitudes del proceso concursal.

En el segundo caso, cabe advertir que el art. 66 sólo inhibe la facultad de invocar el derecho de retención, cuando se trate de bienes y derechos que integren la masa activa del concurso. La retención, en este caso, no afecta a la masa activa del concurso. El salario, una vez devengado, es un pasivo que el concursado tiene respecto a sus trabajadores.

Este segundo caso encuadraría dentro de las previsiones del art. 88, que manda entregar a sus titulares, previa resolución del juez del concurso, con informe favorable del síndico o del interventor, los bienes y derechos que, en el momento de declaración del concurso, se encuentren en posesión del deudor pero sean propiedad ajena.

6. Suspensión de la prescripción y caducidad

a. Suspensión de plazos de prescripción y caducidad de acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración de concurso

Los plazos de prescripción y caducidad de las acciones contra el deudor, se suspenden a partir de la declaración del concurso. Vuelven a correr una vez concluido el proceso concursal. El tiempo corrido se tendrá en cuenta cuando termina la suspensión¹⁹⁶.

En cambio, no hay ninguna norma que establezca la suspensión de los plazos de prescripción de los créditos y derechos a favor del concursado. Por lo tanto, será un deber del concursado y del síndico o interventor, realizar los actos para su interrupción¹⁹⁷.

b. Suspensión de plazos de prescripción y caducidad de acciones sociales

196 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*v. 6 (2009), p. 222.

197 RODRÍGUEZ OLIVERA, id. *ibid.*

de responsabilidad

El art. 67 establece la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones sociales de responsabilidad contra los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno.

Se denomina *acción social* a la que tiene la propia sociedad contra los administradores, directores y representantes de la sociedad, para que indemnicen el perjuicio causado a la sociedad, por su incumplimiento de disposiciones legales o estatutarias, y por sus faltas de gestión o deslealtad (art. 393 LSC).

El plazo de prescripción será de cuatro o de veinte años¹⁹⁸, según la posición que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de esta responsabilidad: contractual o extracontractual.

En la doctrina uruguaya¹⁹⁹ algunos autores consideran que la responsabilidad de los administradores será siempre de naturaleza contractual, incluso frente a terceros, basados en que la fuente de la responsabilidad es el incumplimiento de obligaciones legales o estatutarias preexistentes, vinculadas a sujetos determinados o determinables y cuya fuente es, no el contrato, sino la propia legislación societaria atinente a la forma de actuación y, en definitiva, a la gestión de los administradores. Se considera que no sólo el deber de cumplir con las reglas convencionales establecidas en los estatutos, sino el deber de diligencia, así como el de cumplir con la legislación societaria y las leyes que regulan el giro especial que constituye su objeto, son una consecuencia de su relación con la sociedad y del cargo que ocupan, por lo que, en todos los casos, la responsabilidad de los administradores debe ser considerada como contractual²⁰⁰. Esta opinión, en Uruguay, se ha visto refrendada por la jurisprudencia de la SCJ, que en un proceso por daños y perjuicios seguido contra los directores de un banco, dictaminó que la naturaleza de la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima frente a terceros (acreedores, en el caso), era de naturaleza contractual, porque se generó por violación de una obligación preexistente de índole legal. Como consecuencia, se rechazó la prescripción de 4 años²⁰¹.

Para otro sector de la doctrina uruguaya²⁰², la responsabilidad de los administradores frente a terceros sería siempre extracontractual, pues derivaría de la violación de un deber

198 Términos de prescripción: 20 años si es responsabilidad contractual (art. 1018 CCom uruguayo y art. 1216 CC) y 4 años si es responsabilidad extracontractual (art. 1332 CC). Si el hecho generador de responsabilidad configura un ilícito penal, el término de prescripción es el fijado por el CP (arts. 117 y 119). El art. 51 de la LSC establece una prescripción corta de 3 años sólo para las hipótesis del abuso de control.

199 PÉREZ FONTANA, *Sociedades anónimas, comentarios a la Ley 16.060*, v. 1 (1991), p. 200; RODRÍGUEZ MASCARDI, «Sobre el régimen de responsabilidad de los directores...», p. 606.

200 PÉREZ FONTANA, *Sociedades anónimas*, v. 1 (1991), p. 200; RODRÍGUEZ MASCARDI, «Sobre el régimen de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas y la reciente doctrina jurisprudencial», *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a los 20 años de su promulgación*, p. 604 (2009); RODRÍGUEZ MASCARDI y VENTURINI, «Sobre la naturaleza de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas frente a terceros», *RDC*, 3ª época, n° 1, pp. 101-112; RODRÍGUEZ MASCARDI y VENTURINI, «Un tema de actualidad: la responsabilidad de los administradores de empresas insolventes», *ADCU*, t. 29, pp. 573 y ss.

de no causar daño a otro (*neminem lædere*), que existe en beneficio de todas las personas, así como en el correspondiente principio general de que debe repararse el daño causado a terceros por los hechos ilícitos. Para poder calificar esta responsabilidad como contractual, se requeriría una previa relación jurídica entre el perjudicado – sea éste un tercero o, en su caso, un socio - y el administrador. En cambio, la única fuente de responsabilidad, en este caso, radica en la existencia de un hecho ilícito del administrador que vulnera sus derechos como terceros²⁰³.

Entre los civilistas uruguayos, hay quien postula que la responsabilidad de los administradores frente a terceros es extracontractual en la medida que se trata de una responsabilidad por hecho ajeno (art. 1324 CC)²⁰⁴, con prescindencia de la regulación específica que prevé el art. 391 de la LSC²⁰⁵. Alguna jurisprudencia uruguaya ha adherido a este criterio, bajo el fundamento de la inexistencia de un vínculo obligacional entre el

201 En la SSCJ n° 978 de 30/6/2009, redactada por VAN ROMPAEY, se expuso lo siguiente: «*La naturaleza de la responsabilidad de los directores y administradores respecto de los daños producidos a terceros es de índole contractual al verificarse la violación de una obligación preexistente de índole legal. A la luz del artículo 391 de la Ley N° 16.060 de Sociedades Comerciales emerge una obligación de desempeño de los directores o administradores que no puede confundirse con un deber genérico de no dañar, sino que se concreta en obligaciones específicas y preexistentes que se corresponden con el régimen de la responsabilidad contractual (...) De modo que la Corte adhiere a la posición doctrinaria que entiende que la naturaleza de la responsabilidad en el ocurrente es contractual y no aquiliana (...) En suma, la Corporación entiende que la responsabilidad de los demandados con base en el artículo 391 de la Ley de Sociedades Comerciales, que les impone el deber de actuar con lealtad y diligencia de un “buen hombre de negocios” en tanto se trata de un deber de origen legal, genera responsabilidad de índole contractual.*»

202 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «Las acciones de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima», *Temas de Derecho societario, 10 años de la ley de sociedades comerciales, análisis y perspectivas* (2000), p. 92; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Responsabilidad de los administradores y directores de sociedades anónimas* (2011), p. 94.

203 El accionista se puede relacionar como un tercero con la sociedad, por ejemplo, cuando celebra contratos con ella y convertirse en acreedor de la misma. En ese caso, el accionista puede verse afectado como un tercero y sufrir daños por hechos ilícitos de los administradores. El régimen de responsabilidad sería el aplicable a los terceros (RODRÍGUEZ OLIVERA, *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas* [1973], p. 193).

204 ACOSTA PITETTA, «Responsabilidad de los directores por los hechos de la sociedad y del dependiente», *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales* (2006).

205 CAFFERA MORANDI y MANTERO MAURI, «El régimen legal y los límites de la responsabilidad civil de los directores...», *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales* (2006).

administrador y los acreedores de la sociedad²⁰⁶.

D. Efectos de los concursos sobre los contratos

1. Presupuestos de la relación contrato-concurso

a. Contratos posteriores a la declaración de concurso

Puesto que la LC ha impuesto como principio que no cese ni se clausure la actividad del deudor (art. 44), el síndico o el deudor con autorización del interventor, según los casos, necesariamente han de continuar celebrando contratos. Quienes contratan con el síndico o el deudor después de declarado el concurso, conocen o debieran conocer la situación concursal. De modo que contratan con un sujeto que se encuentra en situación de insolvencia y asumen ese riesgo.

A los efectos de alentar a que se continúe contratando con el concursado, la LC confiere a todos los créditos *nacidos* después de la declaración de concurso, el carácter de créditos contra la masa (art. 91). Esto significa que los créditos cuya fuente sea un contrato celebrado con posterioridad a la declaración de concurso, se pagarán a medida que se vayan produciendo sus respectivos vencimientos. Ese pago se realiza con independencia del procedimiento concursal, lo que significa que no está sujeto a la Ley del dividendo, ni a la *pars conditio creditorum*. Su pago se realiza con cargo a los bienes de la masa que no estén gravados con prenda ni hipoteca (art. 92).

b. Contratos anteriores a la declaración de concurso

Diferente es la situación de aquellos contratos celebrados con anterioridad a la declaración de concurso. En estos casos, en principio, la contraparte *in bonis* desconocía la insolvencia de su cocontratante. Si la hubiera conocido o debido conocerla, eventualmente, el síndico o los acreedores podrán revocar esos contratos, si el pasivo fuera superior al activo y de esa manera pudieran reintegrarse a la masa activa bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor (arts. 80 y ss.).

Si esos contratos celebrados con anterioridad a la declaración de concurso mantuvieran obligaciones pendientes de ejecución, la LC, en determinadas condiciones habilita al síndico o al deudor con la autorización del interventor a rescindirlos unilateralmente. Habilita, también, a la parte *in bonis* a exigir una manifestación respecto a si se ha de resolver o no el contrato en cuestión (art. 68).

El ámbito relevante de incidencia del concurso sobre los contratos celebrados con anterioridad a su declaración queda definido por dos presupuestos: que de dichos contratos deriven obligaciones del concursado pendientes de ejecución; que nos encontremos dentro del plazo establecido para que los acreedores presenten la solicitud de concurso.

2. Efectos sobre los contratos con obligaciones del concursado pendientes de ejecución

El art. 68 contiene una serie de disposiciones que son aplicables a aquellos contratos que, a la fecha de la declaración del concurso tengan obligaciones pendientes de ejecución a cargo del deudor. En primer lugar, el art. 68 atribuye al síndico o el deudor - con la autorización del interventor - la facultad de rescindir unilateralmente dichos contratos.

La facultad del síndico o del deudor con la autorización del interventor para rescindir

206 STAC de 4º t., nº 88, de 29/4/2009.

unilateralmente contratos, así como para que la parte *in bonis* exija una manifestación respecto a si se resolverá o no el contrato, está condicionada a la existencia de obligaciones del deudor pendientes de ejecución. En nuestra doctrina y jurisprudencia se ha exigido una exigencia adicional: que el contrato en cuestión sea de ejecución continuada o de duración.

En este sentido, RODRÍGUEZ MASCARDI ha sostenido que el legislador se refiere a los contratos cuya ejecución está pendiente y que, según su interpretación, éstos serían los contratos que la doctrina llama *de ejecución continuada*²⁰⁷. En una sentencia reciente, dicha autora desestimó una solicitud de comunicación al síndico de la exigencia de una contratante *in bonis* respecto a si resolvería o no un contrato de pasaje con pendiente de ejecución, aludiendo a que ese contrato no sería de ejecución continuada ni de duración²⁰⁸.

a. Conceptos de rescisión y resolución

Tanto la *resolución*, como la *rescisión*, provocan la extinción del contrato por causas supervinientes a su perfeccionamiento. La palabra *rescisión* – o receso o desistimiento unilateral²⁰⁹ – implica la extinción de un contrato, por causas supervinientes a su perfeccionamiento, con referencia sólo hacia el futuro (*ex nunc*)²¹⁰. La palabra *resolución*, la reserva nuestra doctrina para aquellos casos en los que se solicita judicialmente la extinción del contrato, fundada en el incumplimiento y la existencia de un daño²¹¹. A diferencia de la *rescisión*, tiene alcance retroactivo (*ex tunc*)²¹².

Curiosamente, en el art. 68, el legislador emplea, en forma alternada, la palabra

207 RODRÍGUEZ MASCARDI y HEUER NOTAROBERTO, *Las pericias en materia concursal* (2012), p. 207; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal* (2010), p. 159.

208 SJLC de 2º t., nº 499 de 19/3/2014 (RODRÍGUEZ MASCARDI).

209 PEIRANO FACIO prefiere utilizar la expresión *receso unilateral* para referirse a todos los casos en los cuales los efectos del contrato pueden ser extinguidos por la voluntad de una sola de las partes (PEIRANO FACIO, *Curso de obligaciones*, t. 2 [1957], p. 376), sin perjuicio de distinguir esta figura de la resolución (PEIRANO FACIO, *id.*, p. 382). CARNELLI, en cambio, prefiere hablar de *desistimiento unilateral*, definido como el ejercicio del derecho de receso atribuido a uno o a ambos sujetos de la relación, para que mediante su iniciativa y por su sola voluntad, extrajudicialmente, determinen la cesación del vínculo obligacional o contractual (CARNELLI, «El desistimiento unilateral del contrato», in: GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 14, pp. 233).

210 CARNELLI, *id.*, pp. 235; COUTURE, *Vocabulario jurídico* (1976); ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, t. 3, v. 1, *Doctrina general del contrato, sus efectos* (1999), pp. 61 y 83; PEIRANO FACIO, *id.*, p. 385.

211 CARNELLI, *id.*, p. 242; ORDOQUI CASTILLA, *id.*, p. 69.

212 COUTURE, *id. ibid.*; CARNELLI, *id.*, pp. 242 y 243; ORDOQUI CASTILLA, *id.*, p. 70.

rescisión y otras la palabra *resolución*. En el n° 2 hay una referencia a la «*facultad de resolución*» de la que disponen el síndico o el deudor (con la autorización del interventor), mientras que en el n° 1 la facultad que se les atribuye es la de *rescindir*. En el n° 4, también, se emplean ambas expresiones, con una clara sinonimia.

A pesar de que la doctrina distingue uno y otro concepto con claridad, nos parece evidente que el legislador utilizó las palabras *resolución* y *rescisión* como sinónimos y que la expresión que más se ajusta a la cuestión que regula el art. 68 es lo que la doctrina denomina *rescisión*. Adviértase que el presupuesto de la acción resolutoria es el incumplimiento del contrato por la otra parte. Sin embargo, la existencia de obligaciones a cargo del deudor «*pendientes de ejecución*» no implica que el deudor haya incurrido en incumplimiento alguno o vaya a hacerlo necesariamente.

Por otra parte, carece de sentido que, por la sola voluntad del síndico o del deudor (con autorización del interventor), provoque la extinción del contrato con alcance retroactivo (n° 2). Asimismo, carece de sentido que el juez fije una indemnización sólo para los casos en que la extinción tenga alcance retroactivo (n° 3) o que sean nulas las cláusulas resolutorias pero no las rescisorias (n° 4).

En adelante, entonces, utilizaremos sólo la palabra *rescisión* al referirnos al derecho a extinguir los contratos con prestaciones pendientes de ejecución, que la LC reconoce a la parte *in bonis*.

b. Mecanismo rescisorio previsto en el art. 68 de la LC

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 68, basta que el síndico o el deudor (con la autorización del interventor), notifiquen la rescisión a la contraparte.

No se requiere el consentimiento de la contraparte²¹³, ni una resolución judicial que declare la rescisión. Tampoco se exige que la notificación se tramite judicialmente, por lo que bastará que se realice por cualquier medio fehaciente.

En el n° 1 del art. 68 se establece que la facultad de rescindir unilateralmente el contrato con obligaciones del concursado pendientes de ejecución debe ser ejercida dentro del plazo establecido para que los acreedores presenten la solicitud de reconocimiento de sus créditos. A ese mismo plazo se sujeta la facultad de la parte *in bonis* para exigir al síndico o al deudor y al interventor, que manifiesten si resolverán o no el contrato con obligaciones pendientes de ejecución (art. 68, n° 2).

Ese plazo se ha considerado improrrogable y perentorio (art. 253). Sólo se admite su interrupción durante la feria judicial²¹⁴.

c. Rescisión de cesiones de créditos y contratos garantizados con derechos reales o fideicomisos en garantía

Hasta el 20 de julio de 2012, se debatía en doctrina respecto del alcance de la facultad rescisoria que estamos analizando. La jurisprudencia, además, parecía haber laudado la cuestión en uno de los sentidos propuestos por la doctrina. Se promulga, entonces, en esa fecha la Ley 18.937, aprobada por la Asamblea General el 10 de julio del mismo año,

213 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6(2009), pp. 171 y 331.

214 SJLC de 2° t. n° 25 del 2/2/2011 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

interpretativa del art. 68 de la LC, con el evidente designio de torcer la interpretación jurisprudencial en favor de la doctrina que había resultado vencida en los estrados²¹⁵. Se optó por un texto interpretativo y no modificativo, seguramente, para poder aplicar la ley proyectada a contratos celebrados antes de su vigencia, esto es, retroactivamente²¹⁶.

En concreto, la Ley n° 18.937 contiene un único artículo en el que se *interpreta* que la facultad que el n° 1 del art. 68 de la LC otorga al síndico o al deudor (con autorización del interventor) de rescindir unilateralmente los contratos de los cuales deriven obligaciones pendientes de ejecución, no alcanza en ningún caso, a las cesiones de créditos presentes o futuros en que se hubiera producido la tradición real o ficta de los créditos, o que la transferencia de los mismos hubiera operado por aplicación de lo dispuesto por los arts. 33 y

215 En la exposición de motivos se fundamenta el envío del proyecto en que se habrían «*suscitado dudas respecto de la posibilidad de proceder a rescindir el fideicomiso de garantía ante la hipótesis de cesiones de créditos presentes y futuros, en ocasión de situaciones concursales*». Luego, se afirma que las cesiones de créditos futuros en garantía no determinan la existencia de obligaciones pendientes de ejecución.

Esta justificación del Poder Ejecutivo constituye, en el mejor de los casos, un eufemismo, puesto que la posibilidad de rescindir dichos contratos no suscitó duda alguna ni entre los síndicos, ni en la jurisprudencia, tal como se acaba de reseñar. Por lo demás, la afirmación de que las cesiones de créditos futuros no determinan la existencia de obligaciones pendientes de ejecución, no es ni más ni menos que una de las opiniones doctrinarias existentes en nuestro medio (CAFFERA y MANTERO, OLIVERA GARCÍA y CREIMER BAJUK). Es, asimismo, la argumentación sostenida por el BROU en su incidente de oposición contra la rescisión, en el concurso de Paylana SA.

En el concurso de Paylana SA ésta, con la autorización del interventor, rescindió el fideicomiso de garantía constituido en favor del Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU). El BROU promovió, entonces, un incidente de oposición a la rescisión.

En lo fundamental, el BROU sustentó que el fideicomiso en garantía no podía ser objeto de rescisión, dado que no existían obligaciones pendientes de cumplimiento. Según el BROU, se trataría de un contrato de cumplimiento instantáneo, siendo su obligación principal la constitución de un patrimonio de afectación.

La Sede de segundo turno, en lo que nos parece fundamental, consideró que, puesto que la LC no distingue, todos los contratos están alcanzados por lo dispuesto en el art. 68 y, consecuentemente, la facultad del síndico o del deudor (con la autorización del interventor), de rescindirlos unilateralmente. Luego, la sentencia elude pronunciarse respecto de si en el fideicomiso en garantía la transferencia de los créditos futuros se produce automáticamente al perfeccionarse el contrato o si existen en esa operativa obligaciones principales pendientes de ejecución. En lugar de ello, apunta la existencia de la obligación del pago de comisiones, puesto que se trata de un fideicomiso oneroso. Literalmente, se advierte lo siguiente: «*que aún en la postura doctrinaria de que la cesión de créditos futuros se hubiese cumplido y agotado tal contenido del contrato existen obligaciones pendientes propias de un fideicomiso oneroso como lo son la del pago de las comisiones que se devenguen*» (SJLC de 1^{er} t. n° 2238 de 22/11/2011).

La Liga de Defensa Comercial (LIDECO) y el BROU, con la adhesión de Paylana SA, presentaron recursos de apelación contra la sentencia que se acaba de comentar. LIDECO, en lo sustancial, argumentó que el fideicomiso no podía ser rescindido porque, en su opinión, es un contrato que tendría relación directa con el giro de la concursada. Por su parte, el BROU argumentó que no correspondía la rescisión del fideicomiso, en tanto las obligaciones pendientes de ejecución de pago serían accesorias. Por su parte, Paylana SA se agravia de que la sentencia de primer grado no tomó en consideración la obligación de ceder créditos como una obligación pendiente de ejecución, limitándose a aceptar como tal, la de remunerar al fiduciario.

El Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia sin entrar a analizar el fondo del asunto. Simplemente, declaró mal franqueada la Alzada, en virtud de no ser la sentencia apelada susceptible del recurso de apelación. De acuerdo con el criterio del Tribunal, la inapelabilidad de las sentencias

34 de la Ley 16.774 (cesión de créditos que se integren a un fondo de inversión). También, se dispone que la facultad rescisoria tampoco alcanza a las prendas e hipotecas constituidas sobre bienes o derechos del deudor. En un inc. 2, agregado al proyecto del Poder Ejecutivo, se agrega que esta interpretación es extensiva a la facultad de resolución anticipada prevista en el § 2 del art. 170 de la LC.

Entendemos que la facultad rescisoria provista por el art. 68 al síndico o al deudor concursado (con la autorización del interventor), era una norma acertada, tal como estaba redactada, fuera de algunas inconsistencias técnicas. Es necesario que el síndico y el interventor cuenten con un instrumento que, si bien está acotado en el tiempo, permita actuar con celeridad en tutela de la continuidad de la empresa viable y, en definitiva, de los acreedores quirografarios.

En cambio, nos parece gravemente inconveniente para el Estado de Derecho, que ante una sentencia que contraría intereses de un ente autónomo, se legisle apresuradamente para torcer la interpretación que la Justicia le dio a una norma, luego de oídas todas las partes involucradas en el tema. Luego, nos parece, también, inconveniente que se legisle *ad hoc*, en lugar de sopesar debidamente y atendiendo a todas las opiniones que existe sobre un tema, de modo de dictar reglas verdaderamente generales que sirvan mejor a las situaciones que se planteen en el futuro. Se debe tener presente que la Ley n° 18.937 beneficia a los agentes fiduciarios y a los acreedores que tienen los medios para recurrir a este tipo de garantías, en perjuicio de los acreedores quirografarios en general y, en definitiva del propio proceso concursal. Está claro que, al poner a los fideicomisos de garantía, fuera del alcance de la rescisión, basta con que el deudor pase a un fideicomiso en garantía todos sus activos, incluyendo los créditos futuros, para burlar a los acreedores quirografarios, convirtiendo al proceso concursal en una parodia, pues la verdadera liquidación – si la hubiere – la hará el agente fiduciario, privadamente y sin posibilidad de objeción ni contralor alguno por parte de los demás acreedores.

3. Derechos reconocidos a la parte *in bonis*

Como contrapartida de la facultad conferida al síndico y al deudor (con autorización del interventor), para rescindir contratos con obligaciones pendientes de ejecución, la LC establece algunos derechos especiales a la parte *in bonis*.

a. Derecho a exigir una manifestación del síndico o el deudor

El n° 2 del art. 68 de la LC establece a favor de la contraparte del deudor – parte *in bonis* - la facultad de exigir al síndico o al deudor y al interventor, que manifiesten «*si resolverán o no el contrato*», dentro del mismo plazo que la LC confiere al síndico y al deudor para rescindir los contratos con obligaciones pendientes. Como se advertirá, es una especie de jactancia.

*** Trámite**

La LC no establece ningún procedimiento especial para cursar esa exigencia. En la práctica forense, la parte *in bonis* se suele presentar en el expediente judicial, solicitando

pronunciadas en los procesos concursales, constituye una regla cuyas únicas excepciones son las consignadas en el art. 252 de la LC (STAC de 2° t. n° 83 de 18/4/2012).

que se intime al síndico y al deudor a pronunciarse respecto a la resolución.

Una vez requerido su pronunciamiento, la LC confiere al síndico o al deudor y al interventor, un plazo de cinco días para el ejercicio de la facultad rescisoria. El requerimiento rescisorio no debe realizarse, necesariamente, por vía judicial. El plazo de cinco días no es procesal, a pesar de lo cual la doctrina considera que sólo debieran contarse los días hábiles²¹⁷.

Vencido ese plazo, la LC declara que ya no podrán ejercer ese derecho, salvo que se apruebe un convenio que no implique la continuación de la actividad del deudor o disponga la liquidación de la masa activa. En estos casos, según el tenor del n° 2 del art. 68, renace la facultad rescisoria que en el n° 1 se atribuye al síndico o al deudor (con la autorización del interventor).

*** Requisitos de procedencia**

La LC le impone sólo tres condiciones a la parte *in bonis* para habilitarla a exigir el pronunciamiento del síndico o del deudor y el interventor respecto a si resolverán o no el contrato que los vincula: que se trate de un contrato preexistente a la declaración del concurso, que de esos contratos deriven obligaciones del deudor pendientes de ejecución y que la exigencia de la manifestación referida se realice dentro del plazo establecido para que los acreedores presenten la solicitud de reconomiento de sus créditos.

En nuestra jurisprudencia se ha exigido una cuarta exigencia que carece de sustento legal: que el contrato en cuestión sea de ejecución continuada o de duración²¹⁸.

b. Derecho a solicitar la rescisión judicial o el otorgamiento de garantías

Para que la parte *in bonis* pueda solicitar judicialmente la rescisión del contrato que lo vincula con el deudor concursado, debe comenzar por exigir la manifestación a la que nos referimos en el literal anterior²¹⁹.

*** Exigencia de garantías**

En el caso en que el síndico o el deudor no opten por la resolución del contrato – y sólo en ese caso - el n° 4 del art. 68 de la LC le da a la contraparte del deudor, el derecho a solicitar la rescisión del contrato o que se garantice suficientemente el cumplimiento del mismo. En la práctica forense, la solicitud de otorgamiento de garantía la hemos visto presentada con carácter subsidiario a la solicitud de rescisión.

217 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual del nuevo Derecho Concursal...* (2009), p. 275.

218 SJLC de 2° t., n° 499 de 19/3/2014 (RODRÍGUEZ MASCARDI).

219 En su inciso final, el art. 246 del CCom establecía: «*El derecho a pedir la resolución del contrato, cesa en caso de quiebra*». Consecuentemente, no se podía pedir la resolución del contrato con obligaciones pendientes de cumplimiento (RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 [2009], p. 207).

El inciso transcrito del art. 246 del CCom, fue derogado expresamente por la LC (art. 256).

* Acreditación del riesgo

Para poder hacer valer esa facultad rescisoria o de exigencia de garantía, el n° 4 del art. 68 de la LC exige la acreditación de que el cumplimiento (sic) del deudor implica un riesgo manifiesto y grave para su contraparte.

Llama la atención que la LC habilite una pretensión rescisoria fundada en el cumplimiento de su contraparte, así como es curioso que se entienda que del cumplimiento de un contrato pueda derivarse algún riesgo. Luego, si del cumplimiento del contrato puede derivarse un riesgo para la contraparte del deudor ¿para qué se da la facultad, alternativa, de exigir garantías de cumplimiento?

Podría haber tenido sentido la atribución a la parte *in bonis* de una facultad rescisoria para el caso en que ésta justificase el riesgo de incumplimiento. Así lo interpreta CREIMER BAJUK, a pesar de reconocer que la LC no lo establece²²⁰

Si así se hubiera establecido, tendría pleno sentido la alternativa de exigir una garantía de cumplimiento (que enervaría el riesgo). Sin embargo, no es esto lo que establece el n° 4 del art. 68 de la LC.

c. Derecho a indemnización

El n° 3 del art. 68 establece que, si la resolución causare daños y perjuicios, el juez fijará la indemnización correspondiente. El crédito correspondiente a la indemnización se considerará comprendido en la masa pasiva del concurso.

No queda claro si la obligación de indemnizar los daños está limitada a las hipótesis que el art. 68 denomina como *resolución* o si el intérprete debe asumir que el legislador utilizó las palabras *rescisión* y *resolución* como sinónimos.

4. Nulidad de los pactos de resolución anticipada fundados en la insolvencia o el concurso de la contraparte

En el n° 5 del art. 68 de la LC se declara la nulidad de las estipulaciones contractuales que declaren resuelto el contrato o atribuyan la facultad de resolución a cualquiera de las partes, en caso de insolvencia o de declaración de concurso del deudor.

En la práctica, la parte *in bonis* suele intentar desvincularse de la relación que mantiene con la parte concursada, haya o no pactado con ella una cláusula de resolución anticipada. Para lograr ese objetivo, recurre a artilugios diversos.

Por ejemplo, hemos visto cómo la parte *in bonis* arrendataria de servicios de la parte concursada, le remite un telegrama rescisorio, al amparo de cláusulas contractuales que admiten que cualquiera de las partes puede rescindir anticipadamente el contrato que las vincula. Luego, impide el acceso a sus instalaciones a los operarios de la concursada, de modo de que ésta no pueda continuar cumpliendo con la prestación de los servicios contratados.

En otro caso, el arrendador de determinados espacios en establecimientos de grandes superficies, se enfrenta a la manifestación del interventor respecto a que no rescindirá el contrato de arrendamiento (art. 68, n° 2, LC) y a la aprobación judicial de un convenio que asegura la continuidad de la parte concursada dentro de sus establecimientos. Luego, sucede

220 CREIMER BAJUK, *Concursos, Ley n° 18.387 de 23 de octubre de 2008* (2009), p. 47.

que los proveedores de la parte concursada – a pesar de haber suscrito muchos de ellos el convenio presentado – no sólo dejan de entregarle mercaderías sino que retiran las que aquella tenía en consignación. Es evidente que, ante esa actitud de los proveedores, no es posible el mantenimiento de la actividad empresarial y la parte concursada se ve forzada a la devolución de los espacios arrendados.

En nuestra opinión, en ambos casos la parte *in bonis*, directa o indirectamente, actúa en fraude a la Ley. Parece claro que el art. 68 que estamos analizando - tanto al permitirle al síndico o al interventor, la opción por el mantenimiento del contrato (n° 4), como al prohibir el pacto de cláusulas que declaren resuelto o faculden a la parte *in bonis* a optar por la resolución, en caso insolvencia o declaración del concurso (n° 5) - brinda herramientas para que se pueda continuar con la actividad empresarial. Los contratos pendientes de ejecución sólo pueden ser rescindidos por la parte *in bonis*, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 68 y en las condiciones establecidas en el n° 4 de dicho artículo. Las actuaciones que pretenden obtener un resultado no querido por la Ley, por una vía oblicua o diferente a la establecida en la LC, son ilícitas y podrían ameritar una demanda por los daños y perjuicios causados por la parte *in bonis*.

5. Contratos de trabajo

a. Continuidad de las relaciones laborales

Puesto que la LC prioriza la continuidad de la actividad empresarial, naturalmente, los contratos de trabajo no se rescinden por la declaración de concurso.

Sin embargo, la continuidad de la actividad empresarial pudiera depender de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, punto respecto al cual, la LC nada prevé. En esto nos apartamos tajantemente de la LCE que, como se puede apreciar en la concordancia que prevé que la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, puedan solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o aun la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado (art. 64 LCE).

b. Despidos

Sin perjuicio de la omisión de nuestro legislador, no cabe duda de que los contratos de trabajo podrían rescindirse por voluntad del síndico o del deudor, autorizado por el interventor (art. 47, n° 1, LC), en función de la necesidad de reorganizar la empresa y tornarla viable. Esto fue previsto, expresamente, en el art. 197 de la LCA que, bajo el eufemismo *elección del personal*, dispone: «*Resuelta la continuación de la empresa, el síndico debe decidir, dentro de los DIEZ (10) días corridos a partir de la resolución respectiva, qué dependientes deben cesar definitivamente ante la reorganización de las tareas.*»

En todo caso, habría que determinar si el concurso podría considerarse como una causal de justificación del despido, en tanto la situación de insolvencia no le fuera imputable al empleador²²¹. En la LCE, pareciera asumirse que, estando en concurso el empleador, la extinción de algunas relaciones laborales pudiera ser justificada como necesaria para asegurar la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64, n° 4, LCE).

La doctrina laboral uruguaya sostiene que el concurso es hipótesis de despido injusto.

221 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 232.

Sólo habría despido justo en caso de mala conducta del trabajador.

c. Obligaciones laborales del adquirente de la empresa

El art. 171 prevé la «venta en bloque de la empresa en funcionamiento», solución a la que, además, le confiere absoluta prioridad.

*** Sobre la expresión «venta en bloque de la empresa en funcionamiento»**

Algunos autores consideran que la «venta en bloque de la empresa» implica la transferencia de todos los elementos propios del establecimiento comercial y, además, otros elementos como las autorizaciones y relaciones contractuales que vinculan al deudor con proveedores y clientes, así como las relaciones laborales²²². Otros autores entienden que la expresión «venta en bloque de la empresa» es utilizada por la LC para señalar que se enajenan no sólo los bienes y derechos de los diversos establecimientos sino, también, aquellos que no lo integran estrictamente, como el mayor valor del emprendimiento en marcha y la estructuración de los factores de producción²²³.

Por nuestra parte, advertimos que el legislador concursal utiliza el término *empresa* en varios artículos y lo hace en forma ambigua; a veces se refiere al establecimiento comercial y otras veces refiere al empresario²²⁴. En todo caso, debe recordarse que, en nuestro ordenamiento jurídico, la empresa no es ni un sujeto ni un objeto de Derecho. Por tanto, no puede ser objeto de venta alguna²²⁵.

Sólo puede ser enajenado aquello que constituya un objeto de Derecho. Al objeto de Derecho integrado por una pluralidad de bienes – materiales e inmateriales - económica o funcionalmente organizados por el comerciante, a través del cual el empresario desarrolla su actividad, se lo denomina *establecimiento*. No es un impedimento para su enajenación, el hecho de que el comerciante ostente títulos jurídicos heterogéneos sobre los diversos elementos que lo componen, ni que estos conservan su individualidad jurídica²²⁶.

Aquellos elementos que no son objetos de Derecho sino relaciones jurídicas, como las

222 CREIMER BAJUK, op. cit., p. 80; MILLER ARTOLA, «Alcance de la venta en bloque de la empresa», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal. Crisis de la Economía Mundial y Concuralidad* [2008], pp. 99 y 103; RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 312.

223 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387* (2009), p. 171.

224 RODRÍGUEZ OLIVERA, «Presupuesto subjetivo del concurso en el proyecto de Ley Concursal», *Revista de Derecho Comercial*, tercera época, n° 1 (2008), p. 210.

225 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 310.

226 ROJO, *El establecimiento mercantil*, in: URÍA y MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1 (1999), p. 101.

autorizaciones y los contratos a que se refiere MILLER ARTOLA, no son susceptibles de ser enajenados, por lo cual no pueden considerarse comprendidos en una compraventa. Así, por ejemplo, en el caso en que se requieren licencias o concesiones públicas, cuando la casa de comercio se enajena, el adquirente debe recabar una nueva autorización del Poder Público, que podrá concedérsela o no, según las circunstancias y condiciones que las leyes y reglamentaciones establezcan²²⁷.

Las relaciones jurídicas contraídas por el dueño del establecimiento comercial son el resultado de la actividad desplegada en su explotación pero no lo integran, en nuestro Derecho positivo. Por ello, no están comprendidos en su enajenación, salvo excepciones²²⁸.

Por otra parte, no hay duda de que una eficiente organización de los factores valoriza a los activos de un empresario pero ni la eficiencia, ni la organización pueden ser enajenadas. No participamos de las corrientes doctrinarias que sustentan que la organización es un bien incorporal que se suma a los restantes para conformar el establecimiento. No lo es, pues no tiene autonomía ni tutela jurídica propia, ni se concibe sin los elementos materiales e materiales de la casa. En realidad la organización es una cualidad del establecimiento²²⁹.

Más allá de las imprecisiones terminológicas, está claro que la LC establece un régimen general de prioridades, que tiene por finalidad atenuar los efectos nocivos que se puedan provocar, tanto a la productividad como a las fuentes de trabajo²³⁰, con la consecuente pérdida de valor, que redundaría en un perjuicio para el conjunto de los acreedores. Consecuentemente, el plan de enajenación, que se debe tener preparado desde prácticamente el inicio del procedimiento²³¹, tendrá en cuenta, en primer lugar, que debe intentarse la enajenación con todos los establecimientos comerciales o industriales a través de los cuales

227 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 1: *Parte general*, t. 3: *Establecimiento comercial y propiedad industrial* (2005), p. 56.

RODRÍGUEZ MASCARDI advierte que no se le puede imponer al Estado que quien compró a través de la licitación, por ejemplo, una agencia de quinielas, siga explotando ese giro, siendo que se trata de un permiso que se da en función de los antecedentes personales del agente (RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal* [2010], p. 240).

228 Según dispone el art. 648 del CCom, con la enajenación de la cosa asegurada se produce la transmisión de derechos y obligaciones del contrato de seguros al nuevo dueño, aun sin mediar cesión o entrega de la póliza. De manera que si el dueño de la casa de comercio ha asegurado la casa de comercio o los elementos que la integran, al enajenarla, se transfieren automáticamente los derechos y obligaciones del contrato al adquirente, sin que sea necesaria ninguna nueva expresión de voluntades y sin que sea necesario recabar el consentimiento del asegurador. Esta norma no se aplica al seguro de incendios (art. 683 CCom).

229 En doctrina hay concepciones distintas sobre la naturaleza de la organización. Hay autores que la consideran como un bien; otros que la consideran como un elemento esencial a tal punto que confunden hacienda con organización y hay quienes le niegan carácter de bien, negándole trascendencia jurídica (URÍA, *Derecho mercantil* [2002], p. 32).

230 RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, «La liquidación, la clasificación y la conclusión del concurso», in: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *Derecho mercantil*, v. 2 (2008), p. 913.

el deudor realiza su actividad empresarial. En segundo lugar y concomitantemente, debe mantenerse la actividad del deudor, de modo de poder enajenar a los establecimientos “*en funcionamiento*”. Sólo una vez probado que esa enajenación no es posible y si a los acreedores conviene otra forma de liquidación, podrá dejarse de lado esta aspiración para proceder a concretar otra solución²³².

* Continuidad de las relaciones laborales en caso de venta de la empresa

MILLER ARTOLA considera que en la “*venta en bloque de la empresa*” están incluidas las relaciones laborales²³³. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MASCARDI considera que los contratos de trabajo, en principio, continúan con el nuevo empresario quien, si no quiere mantener a los empleados de la concursada, debe pagar la indemnización por despido correspondiente²³⁴.

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO son de la misma opinión, sobre la base de los argumentos siguientes: que al valorizar económicamente a la empresa, los contratos de trabajo constituyen un activo más de la misma, que se transfiere al comprador; que las expresiones *bloque* y *funcionamiento* conducen a una interpretación amplia de los elementos comprendidos en la enajenación, en la que consideran incluidas todas las relaciones contractuales; que los principios de la LC tienden a la conservación de los puestos de trabajo; que no existe disposición legal alguna que imponga la finalización de los contratos de trabajo²³⁵.

Consecuentemente, las relaciones laborales vigentes al momento de la venta de la empresa deben reputarse intangibles e inmodificadas. Esto implica el mantenimiento de la retribución, antigüedad, categoría, horario y lugar de trabajo, así como los convenios colectivos celebrados por el deudor concursado. No obstante, advierten que el art. 177 no deja margen de duda en cuanto a que las deudas laborales no se transfieren al adquirente de

231 La LCE contiene una disposición similar en la que se plantea la necesidad de la enajenación de los activos siguiendo un plan elaborado por la administración concursal. Este plan encuentra su fundamento en la presencia del principio de enajenación unitaria (BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil, Contratos mercantiles, Derecho de los títulos valores, Derecho concursal*, v. 2, 20 ed. a cargo de MARTÍNEZ SANZ [2013], p. 600).

232 La LC es más terminante que la LCE en este aspecto. La LCE utiliza la expresión «*siempre que sea factible*». Gracias al giro dado, hay quien interpreta una preferencia por el interés de los acreedores (BELTRÁN SÁNCHEZ, «La liquidación», *Revista del Poder Judicial. Número especial. La Ley concursal* [2004] p. 448).

233 MILLER ARTOLA, op. cit., pp. 99 y 103.

234 RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 240.

235 ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, *Aspectos laborales de la Ley de Reforma Concursal y de Reorganización Empresarial, Ley 18.387* (2010) pp. 129 y 130.

la empresa²³⁶.

Por nuestra parte, entendemos que los contratos de trabajo celebrados con los empleados y obreros no pueden considerarse comprendidos en una enajenación. En nuestro Derecho, el adquirente no tiene derecho de exigir a los trabajadores contratados por el enajenante las prestaciones de los servicios convenidos con éste; ni los trabajadores tienen derecho de exigir al adquirente que respete los términos de los contratos de trabajo que los ligan al enajenante²³⁷.

A nuestro entender, no es necesaria una disposición legal que imponga la finalización de los contratos de trabajo. Los contratos sólo obligan a las partes que los celebraron. El adquirente de un establecimiento no celebró contrato alguno con los trabajadores del deudor concursado. Para que el adquirente se viera vinculado por un contrato que no celebró - a la inversa de lo que pretenden ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO - se requeriría una norma legal expresa en ese sentido, que la LC no contiene. No alcanza, a nuestro entender, una invocación genérica a principios, para extender el alcance subjetivo de los contratos.

Por otra parte, según se señaló en los párrafos anteriores, la expresión *venta en bloque de la empresa* no es más que una fórmula jurídicamente imprecisa para referirse a la enajenación de los establecimientos comerciales e industriales del deudor. La expresión *venta* sólo puede estar referida a bienes. Las relaciones contractuales, incluidas las laborales, no integran el activo del deudor, ni son un bien.

Que la enajenación de un establecimiento comprenda tanto a los bienes tangibles como los intangibles del mismo, no implica que se produzca una cesión universal de los contratos celebrados por el enajenante. Los bienes *intangibles* a que se refiere la doctrina son las marcas, nombre comercial, patentes, privilegios, etc., esto es, los llamados *bienes incorporales*²³⁸.

Que las relaciones laborales aporten *valor* a la empresa constituye una afirmación por demás discutible. Es una apreciación meramente subjetiva, que no convierte a las relaciones contractuales en bienes susceptibles de enajenación. Es, también, eventualmente posible que las relaciones laborales que vinculan al deudor concursado con sus empleados, sean determinantes de la situación de insolvencia de la empresa. Si hablamos de principios de la LC, podría, asimismo, llegar a considerarse que el mantenimiento de las relaciones laborales, en las mismas condiciones que existían antes de que se decretase la liquidación, conspira contra la conservación de la empresa en sí misma considerada²³⁹.

Consideramos que, en el caso de que se produzca la continuidad de las relaciones laborales, los nuevos contratos o las cesiones de contratos que se puedan celebrar para asegurar la continuidad de los trabajadores en la empresa, podrán vincularse con la

236 ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, *íd.*, p. 131.

237 En el art. 2112 del CC italiano se establece que en caso de transferencia de la *azienda*, el contrato de trabajo continúa con el adquirente y el prestatario del trabajo conserva los derechos derivados de la antigüedad adquirida antes de la transferencia. Se agrega que el adquirente está obligado solidariamente con el enajenante, por todos los créditos laborales, siempre que el adquirente los conozca o los créditos resulten de los libros de la *azienda* transferida.

238 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

enajenación pero, estrictamente, constituyen negocios independientes y de ninguna manera impuestos forzosamente por ninguna disposición de la LC²⁴⁰. En los supuestos de despido generados por la adquisición del establecimiento por terceros, el adquirente del establecimiento cuya explotación haya continuado, no puede ser considerado sucesor del concursado respecto de los contratos laborales existentes a la fecha de la transferencia.

Los importes adeudados a los dependientes por el concursado, sean de carácter salarial, indemnizatorio o derivados de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales con causa u origen anterior a la enajenación, deben ser objeto de pago en el concurso, quedando liberado el adquirente respecto de los mismos²⁴¹. Los sueldos, jornales y demás retribuciones que se devenguen después de declarado el concurso, deben ser pagados con fondos provenientes de la masa activa como créditos contra ésta (art. 91, n° 4, LC), quedando el adquirente liberado, también, de su pago, pues no se encuentra establecida en norma alguna la responsabilidad del adquirente por las deudas laborales del enajenante en caso de concurso²⁴².

6. Contratos del personal de alta dirección

239 En la LCE – una de cuyas fuentes coincide con la de la LC – se da una solución expresa para la cuestión en análisis. En su art. 149 prevé, para el caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma, que se fije un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa o, en su caso, de las unidades productivas y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

Luego, la LCE dispone que cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

240 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *íd.*, p. 63.

241 El art. 199 dispone: *«Obligaciones laborales del adquirente de la empresa. El adquirente de la empresa cuya explotación haya continuado, no es considerado sucesor del fallido y del concurso respecto de todos los contratos laborales existentes a la fecha de la transferencia. Los importes adeudados a los dependientes por el fallido o por el concurso, los de carácter indemnizatorio y los derivados de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales con causa u origen anterior a la enajenación, serán objeto de verificación o pago en el concurso, quedando liberado el adquirente respecto de los mismos.»*

242 El art. 198 de la LCA establece:

«Responsabilidad por prestaciones futuras. Los sueldos, jornales y demás retribuciones que en lo futuro se devenguen con motivo del contrato de trabajo, deben ser pagados por el concurso en los plazos legales y se entiende que son gastos del juicio, con la preferencia del Artículo 240.»

a. Concepto de personal de alta dirección

En este art. 70 se considera personal de alta dirección a los directores, gerentes generales y todo aquél que tuviera facultades de decisión sobre cuestiones sustanciales de la actividad del deudor.

*** Directores**

Director, para nuestro Derecho, es la persona que ocupa uno de los cargos del directorio en una sociedad anónima. Por lo tanto, con su actuación concurre a formar la voluntad de dicho órgano²⁴³.

No se comprende por qué la LC se refiere a *directores*, en lugar de utilizar la expresión *administradores* que es la denominación genérica que se le da a aquellos sujetos que desempeñan el cargo en el órgano de administración de cualquier sociedad²⁴⁴.

Los directores pueden ejercer su función en forma remunerada u honorariamente. La LSC no impone que se remunere a los directores²⁴⁵. La determinación del carácter rentado u honorario se hace en el estatuto o, en su defecto, por los accionistas en la asamblea²⁴⁶.

*** Gerentes generales**

Se denominan gerentes generales a quienes se desempeñan como factores²⁴⁷.

Extinción del contrato de trabajo. En los supuestos de despido del dependiente por el síndico, cierre de la empresa, o adquisición por un tercero de ella o de la unidad productiva en la cual el dependiente cumple su prestación, el contrato de trabajo se resuelve definitivamente. El incremento de las indemnizaciones que pudieren corresponder por despido o preaviso por el trabajo durante la continuación de la empresa, gozan de la preferencia del Artículo 240, sin perjuicio de la verificación pertinente por los conceptos devengados hasta la quiebra.

Los Convenios Colectivos de Trabajo relativos al personal que se desempeñe en el establecimiento o empresa del fallido, se extinguen de pleno derecho respecto del adquirente, quedando las partes habilitadas a renegociarlos.»

243 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. 4: *Derecho societario*, t. 4: *Órganos sociales* (2006), pp. 143-147.

244 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 88.

245 MILLER ARTOLA, «De la administración y de la representación de las sociedades anónimas», *Análisis exegético de la LSC, sociedades comerciales*, t. 2 (1993), p. 173.

246 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 140.

247 JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio, gerente de empresa, director general* (2001), p. 16.

El factor es un apoderado general, colocado al frente de un establecimiento para realizar en nombre y por cuenta del empresario, el tráfico o giro propio de aquél, administrando, dirigiendo y contratando sobre cosas concernientes a dicho establecimiento. Mantiene con la sociedad una relación de carácter laboral, subordinado a las decisiones del empresario. Por lo tanto, el factor tiene derecho a la remuneración por su trabajo, de acuerdo a normas de Derecho laboral. El salario podrá consistir en un sueldo fijo o en un sueldo más una habilitación (participación en las ganancias). Además, tiene derecho a aguinaldo, a sueldo anual complementario y licencias pagas y al salario vacacional.

*** Personas con facultades de decisión**

Al final del § 2 del art. 70 de la LC, entre lo que considera como personal de alta dirección, agrega a «*todo aquél que tuviera facultades de decisión sobre cuestiones sustanciales de la actividad del deudor*».

Es un tanto ambigua la expresión *cuestiones sustanciales de la actividad del deudor*. Por esta vía, la norma podría extenderse a las demás gerencias: financiera, administrativa, técnica, de personal, etc. Todos los gerentes, naturalmente, tienen bajo su ámbito de competencia, facultades de decisión sobre cuestiones sustanciales.

También, podría estarse refiriendo este artículo de la LC, a lo que en otras disposiciones denomina como *administrador de hecho*. Esto es, un sujeto, formalmente extraño a los órganos de administración de la sociedad, pero que interfiere en la gestión social, decisiva y sistemáticamente²⁴⁸.

b. Aplazamiento del pago

En el § 1 del art. 70 de la LC se establece que, en el caso del personal de alta dirección, el síndico o el interventor, por razones fundadas, podrá solicitar al juez el aplazamiento del pago de «*este crédito concursal*», hasta que quede firme la sentencia de calificación. Esta disposición se explica, puesto que el síndico o el interventor recién tendrán elementos de juicio razonablemente completos, una vez tramitado el incidente de calificación, de donde pudiere surgir acreditada su complicidad en cualquier acto que hubiera producido o agravado la insolvencia (art. 95).

La referencia a «*este crédito concursal*» es equívoca, puesto que ni el art. 70, ni los anteriores se refiere a ningún crédito en particular. El error del legislador proviene de haber transcripto solo parcialmente, la norma del PALC que le sirviera de fuente. El art. 74 de dicha propuesta legislativa, consta de cuatro párrafos. En los tres primeros párrafos, el art. 74 le otorga a los síndicos o interventores, la facultad de extinguir los contratos de trabajo del personal de alta dirección, fijando el juez la indemnización que corresponda. En el cuarto párrafo, el art. 74 establece que los síndicos podrán solicitar del juez que el pago «*de este crédito concursal*» se aplaze hasta que quede firme la sentencia de calificación. Por lo tanto, en la fuente de nuestro art. 70, el aplazamiento del pago se limita al crédito correspondiente a la indemnización. No hay en la LC norma alguna que permita suspender el contrato, reducir la retribución convenida o moderar judicialmente la indemnización que corresponda contractualmente, según las circunstancias del caso, como sí sucede, por

248 PÉREZ IDIARTEGARAY define a los administradores de hecho en los términos siguientes: «*Lo son aquellas personas que, sin ocupar o controlar formalmente el órgano de la sociedad, ejercen, por cualquier vía, una influencia decisiva que determina la decisión o las decisiones que ocasionan el daño a la sociedad.*» (PÉREZ IDIARTEGARAY, «Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y de la Integración*, n° 4 [2004]).

ejemplo, tanto en la PALC como en la LCE.

CAPÍTULO TERCERO: SÍNDICOS, INTERVENTORES Y AUXILIARES

Por Catherine ROMANG COLOMINAS y Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

I. Nombramiento del síndico o del interventor

El juez debe designar el síndico o el interventor en la sentencia en que declara el concurso (art. 19, n° 3, LC).

Cabe recordar que, de acuerdo a la LC si el concurso fuera necesario, se le suspenderá al deudor concursado la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, sustituyéndolo en la administración y disposición de sus bienes por un síndico (art. 45). En tanto, si el concurso fuera voluntario, se designará un síndico suspendiendo la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, solamente cuando el activo no sea suficiente para satisfacer el pasivo, en los demás casos, se limitará la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa y se designará un interventor que coadministrará los bienes conjuntamente con el mismo (art. 46).

A. Aceptación

1. La aceptación como carga

El art. 29 deja librado al juez de concursos realizar la comunicación del nombramiento por el medio que el considere más rápido. El nombrado debe comparecer ante el juez dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación para aceptar o rehusar la designación. En los casos de no aceptación, el juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento.

El profesional designado por el juez del concurso como síndico o interventor tiene la obligación de aceptar el cargo. El desempeño del cargo es una carga²⁴⁹. Únicamente podrá rehusar la designación cuando medie causa grave.

2. No aceptación

La LC no dispone qué debe interpretarse como *causa grave*. Entendemos que la determinación de dicho concepto no debería quedar librada a la interpretación judicial, sino que la LC debería haberse remitido a las causas de incompatibilidad y prohibiciones contenidas en su art. 28 de la LC, y en este sentido debe interpretarlo el juez del concurso ante un caso concreto.

Para que la causa sea aceptada por el juez como grave debe ser apreciada con criterio estricto y en ese caso continuará inscripto en el Registro de Síndicos e Interventores dónde se anotará las razones de la negativa de aceptación (art. 42, n° 3, LC). Si a juicio del juez el motivo no puede ser categorizado como grave, el síndico o el interventor que pretende rehusar la designación deber renunciar además a su inscripción en el Registro de Síndicos e

249 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 134.

Interventores y, por tanto, no podrá ser nombrado nuevamente²⁵⁰.

La LC omite considerar cómo se debe interpretar la omisión del nombrado en comparecer a manifestar su aceptación o rechazo al cargo dentro del plazo legal de cinco días siguientes a la comunicación por el juez. Entendemos que ante dicha omisión, el juez debe proceder al igual que en caso de falta de aceptación.

3. Renuncia

Así como el nombrado únicamente puede rehusar el cargo cuando medie causa grave, igualmente puede renunciar sólo si media causa grave que, aunque la LC no lo diga expresamente debe, también, ser apreciada con criterio estricto.

B. Recusación

Se encuentran legitimados para solicitar la recusación del síndico o interventor, *«cualquiera de las personas legitimadas para solicitar el concurso»*. Es decir, que se encuentran legitimados para solicitar la recusación cualquiera de las personas listadas en el art. 6 de la LC.

Respecto de las causales de recusación del síndico o interventor el artículo bajo análisis dispone dos grupos de causas: las mismas que constituyen incompatibilidad o prohibición para ejercer estos cargos analizadas en oportunidad de comentar el art. 28 de la LC y las establecidas por la ley procesal para la recusación de los peritos, esto es por el art. 179 del CGP, el que, a su vez se remite a las causales previstas para la recusación de los jueces, las que están contempladas en el art. 325 del CGP²⁵¹.

El art. 325 del CGP establece: *«Sera causa de recusación toda circunstancia comprobable que pueda afectar la imparcialidad del Juez por interés en el proceso en que interviene o afecto o enemistad en relación a las partes o sus abogados, y procuradores, así como por haber dado opinión concreta sobre la causa sometida a su decisión (prejuzgamiento).»*

Respecto del proceso de recusación, rige el trámite previsto para la recusación de peritos establecido en el CGP. El art. 179 del CGP, dispone que la causal de recusación deberá ser dada a conocer por el perito o por las partes dentro de los tres días siguientes al de la notificación de la providencia que lo designe o de la audiencia en que se haga su designación.

En el supuesto del proceso concursal, el síndico o interventor es designado en la sentencia declaratoria del concurso (art. 19 LC) por lo que los otros legitimados del art. 6 LC, que tengan intención de recusar al síndico o interventor, contarán con un plazo de tres días desde que conocieron la sentencia declaratoria del concurso ya sea por su registro o su publicación. Asimismo, si bien la LC no considera este extremo, debe entenderse que en el supuesto de que el recusante conozca la causa de recusación con posterioridad al plazo determinado por la LC, debe inmediatamente ponerlo en conocimiento del juez concursal.

Una vez aducida la causal de recusación y si la misma no fuera aceptada por el síndico o interventor el art. 179 § 3 del CGP se remite al trámite de los incidentes. En este caso la

250 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., pp. 220-222.

251 BACCHI ARGIBAY, *Síndicos...* (2009), p. 29.

doctrina procesal ha tildado dicha remisión de poco precisa. En primer lugar, como sostiene TARIGO VÁZQUEZ debemos descartar que pueda tratarse de una remisión al procedimiento del incidente nominado de recusación de los jueces, por que el § 1 hace remisión solamente a las causales y no al procedimiento de recusación de los jueces, y porque el procedimiento incidental específico para la recusación de los jueces no se adapta a la recusación de los peritos (en el incidente de recusación del juez debe conocer el tribunal superior al involucrado; en el incidente de recusación del perito debe conocer el propio tribunal que lo designa). Luego, el mismo autor, expresa que la disyuntiva se plantea entre el procedimiento del incidente en audiencia (art. 320 CGP) y el incidente fuera de audiencia (art. 321 CGP). Como sostuvimos más arriba, en el proceso concursal entendemos que dicha remisión se refiere al procedimiento del incidente fuera de audiencia previsto en los arts. 321 y siguientes del CGP²⁵².

Finalmente, el art. 31 de la LC dispone que el incidente de recusación del síndico o interventor no tendrá efecto suspensivo por lo que el mismo debe aceptar el cargo y seguir entendiendo en el proceso concursal hasta el dictado de la sentencia que decida el incidente y todos los actos por el cumplidos serán válidos.

La sentencia que resuelva el incidente de recusación del síndico o interventor admite recurso de reposición y de apelación con efecto no suspensivo (art. 252 LC).

II. Naturaleza jurídica del síndico o del interventor

La determinación de la naturaleza jurídica del síndico o del interventor es necesaria para explicar las facultades que la Ley les atribuye, así como para interpretar y delimitar el régimen jurídico de uno y otro. Esta cuestión presenta una dificultad especial, cuando se trata de comprender la heteroeficacia de la actuación, del síndico. Esto es, la dificultad radica en explicar por qué los actos de los síndicos tienen eficacia inmediata en la esfera jurídica de otro sujeto (el deudor) y, mediata, en los intereses de otros muchos (los acreedores)²⁵³.

En el caso del interventor, no se le encomienda el ejercicio, por sí mismo, de las facultades de administrar y de disponer del patrimonio concursal, sino el control del ejercicio de estas facultades por el deudor concursado, otorgándole la posibilidad de impedir la realización de aquellos actos que no considere convenientes. Sin embargo, en algunos casos, la LC le atribuye a los interventores la potestad de representar a los acreedores (arts. 55 y 120).

Resumiremos las posiciones doctrinarias que se han vertido en relación a la figura del síndico o interventor, en dos: las teorías de la representación y las teorías del derecho propio.

A. Teorías de la representación

Desde bien antiguo, la doctrina ha acudido a la representación como concepto explicativo de la naturaleza jurídica del síndico o del interventor. Estos serían representantes, en la medida que actúan en interés ajeno y los efectos de lo actuado recaen,

252 TARIGO VÁZQUEZ, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, v. 2, p. 108.

253 TIRADO MARTÍ, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

directamente, en la esfera de un tercero²⁵⁴.

Las teorías que se basan en el concepto de representación, difieren en cuanto a la preponderancia que se le otorguen a los distintos elementos de la relación representativa. Según las posiciones, el síndico o el interventor, será visto como un representante de los acreedores, del deudor o de múltiples partes.

1. Representación de los acreedores

La teoría de la representación deriva de la concepción francesa. El CCom francés de 1808 se situaba en esta tendencia que, luego, fue admitida por los autores franceses que tratan el punto. Nuestro CCom de 1866 acogió, también, esta tendencia, en el art. 1660, que presentaba al síndico como representante de la colectividad de acreedores²⁵⁵.

En la LC existen algunas disposiciones que podrían servir de asidero a esta orientación. Así sucede, por ejemplo, con el art. 55, que dispone que todos los acreedores del deudor quedan comprendidos en la masa pasiva del concurso, siendo representados por el síndico o el interventor. Luego, en el art. 120, se le atribuye al síndico o al interventor, la facultad de representar legalmente a los pequeños acreedores²⁵⁶ ordinarios que no asistan a la junta, a los solos efectos de la consideración y votación de la propuesta de convenio presentada por el deudor.

Si bien es innegable que esa posición capta buena parte de la esencia del órgano concursal en estudio, centrando su análisis en la defensa de los intereses de los acreedores y de encontrar apoyo en las disposiciones legales referidas, en general se encuentra abandonada por la doctrina. En primer lugar, no puede afirmarse que el concurso sea un proceso seguido, exclusivamente, para la satisfacción de los acreedores y, por lo tanto, no resulta plenamente cierto que los síndicos e interventores, deban actuar como exclusivos gestores de los intereses de la masa pasiva. Los síndicos o interventores deben ejercer sus funciones en interés de todos los participantes del proceso concursal, incluido el propio deudor²⁵⁷. Incluso, existen situaciones en que síndicos e interventores pueden actuar en oposición a los acreedores como, por ejemplo, cuando verifican créditos²⁵⁸.

254 TIRADO MARTÍ, *íd.*, p. 18.

255 MEZZERA ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Comercial*, t. 5: *Quiebras*, 3ª ed. act. y amp. por PAYSSÉ CASH y BERRO (1997), p. 97; MEZZERA ÁLVAREZ, «Síndicos», in: ROCCA, *De la quiebra* (1931), p. 163.

256 En los §§ 2 y 3 del art. 120, se considera pequeños acreedores aquellos que sean titulares de un crédito por importe inferior a UI 50.000 (Unidades Indexadas cincuenta mil) y los que, aun superando esa cifra, sean titulares de un crédito inferior al cociente de dividir por diez mil el total del pasivo. Se establece, también, que en ningún caso tendrán la consideración de pequeños acreedores el Estado, los demás entes públicos, las entidades de intermediación financiera, las compañías de seguros, y las sociedades administradoras de fondos de ahorro previsional y de fondos de inversión.

257 TIRADO MARTÍ, *op. cit.*, p. 21.

En segundo lugar, los efectos de la actuación del síndico al administrar o disponer del patrimonio del deudor, recaen sobre la masa activa y, en último extremo, sobre su titular desahogado, el deudor concursado. La masa activa no es ni patrimonio de los acreedores, ni está afectada por sus créditos de manera real, por lo que no es posible entender que la actuación de los síndicos, recaen sobre los acreedores. No hay, por lo tanto, relación representativa posible²⁵⁹.

En tercer lugar, la colectividad de los acreedores en el concurso, no constituye una entidad susceptible de ser titular de derechos y capaz de ejercitarlos. No se da el necesario acuerdo de voluntades entre todos los acreedores, de contribuir a un fin compartido, pues se trata de una colectividad de origen legal, en la que los sujetos que la forman, lejos de representar un interés común, encierran una multiplicidad de intereses contrapuestos entre sí, lo que imposibilita la unidad de representación²⁶⁰.

2. Representación del deudor

De acuerdo con esta posición, los síndicos actúan en nombre del deudor o, al menos, por cuenta de éste, vinculando su patrimonio de manera directa, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal, puesto que la masa activa concursal continúa siendo propiedad del deudor²⁶¹.

Según esta postura, no constituye un requisito esencial de la representación, aunque sea lo normal, que el síndico actúe sólo en interés del deudor representado. Lo verdaderamente esencial es que los efectos jurídicos de la actuación del representante, recaigan sobre la esfera jurídica del representado. La calificación de los síndicos como representantes legales del concursado, permite explicar que los efectos de los actos y negocios celebrados por ellos, recaigan sobre el patrimonio del concursado y, en el ámbito procesal, que la eficacia de cosa juzgada en los procesos en que han intervenido afecte al deudor²⁶².

Algunos textos de la LC le asignan la representación del deudor concursado. En ciertas funciones actúa como representante y los efectos de sus actos recaen sobre el patrimonio del concursado, por ejemplo, cuando administra bienes o cuando dispone de ellos (art. 46, n° 2, y art. 48, n° 1). Del mismo modo, el art. 46, n° 3, expresa que el síndico sustituye al deudor en todos los procedimientos jurisdiccionales y administrativos en los que éste sea parte, salvo aquellos sin contenido patrimonial fundados en relaciones de familia. Esta norma se

258 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6 (2009), p. 142.

259 TIRADO MARTÍ, *id.*, p. 23.

260 TIRADO MARTÍ, *id.*, pp. 23 y 24.

261 LARENZ, *Derecho civil, parte general* (1978), pp. 760-762); MARTÍNEZ FLÓREZ, *op. cit.*, p. 785; SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del derecho civil* (1964); THUR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, v. 3, t. 2 (2005), p. 99.

262 MARTÍNEZ FLÓREZ, *id.*, p. 785 y 786.

complementa con los arts. 51 y 52, que le atribuyen las facultades procesales para promover las acciones contra socios y accionistas para hacer efectiva su responsabilidad por deudas anteriores, si correspondiera y para el cumplimiento de los aportes comprometidos. También, sustituye al deudor en la promoción de las acciones de responsabilidad contra administradores, directores, liquidadores e integrantes de la sindicatura o comisión fiscal de la persona jurídica deudora²⁶³.

Esta posición no está exenta de críticas. En primer lugar, sólo ofrece una explicación parcial de las funciones de síndicos e interventores, mientras ignora otros como la elaboración de informes, verificación de créditos, notificaciones, representación de pequeños acreedores en la votación del convenio, etc.²⁶⁴.

En segundo lugar, el ámbito competencial de síndicos e interventores, en que con más intensidad se aprecia la falta de sintonía con el fenómeno representativo, es el procesal. Si estos son representantes legales del concursado sería este último y no los síndicos e interventores, parte procesal. Sin embargo, es frecuente que síndicos e interventores desarrollen una actividad procesal contra el concursado, como sucede, por ejemplo, en la acción revocatoria concursal y en el incidente de calificación²⁶⁵. Es imposible que un sujeto sea, a la vez, representante y demandante de una misma persona.

En tercer lugar, el representante legal nunca puede tener facultades distintas a las que tenía el representado. En el concurso, síndicos e interventores ostentan facultades de actuación *ex novo* desde la declaración del concurso, pues ni el deudor las tenía, ni como tales existían antes del concurso²⁶⁶. Por ejemplo respecto de las acciones revocatorias.

En cuarto lugar, la representación legal siempre responde a un elemento subjetivo, incapacidad absoluta o relativa del sujeto (por ejemplo, en las situaciones de tutela o patria potestad) o a un elemento objetivo, la situación de desamparo de una unidad patrimonial con independencia del sujeto (por ejemplo, ausentes). En el ámbito del concurso, la pretendida representación reúne ambos elementos subjetivos y objetivos: la falta de idoneidad para el ejercicio de determinados actos de administración y disposición pero sólo con respecto a parte del patrimonio del sujeto, esto es la masa activa ya que el concursado tiene plenas posibilidades para con sus bienes extraconcursales.

3. Representación de múltiples partes

Una variante de la teoría de la representación sostiene que el síndico o interventor representa a los acreedores pero, también, al deudor, bien contemporáneamente, bien sucesivamente²⁶⁷. El síndico o interventor representaría al deudor cuando administran la masa activa y a los acreedores cuando, por ejemplo, insta las correspondientes acciones

263 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387* (2009), pp. 109 y 110.

264 TIRADO MARTÍ, *íd.*, p. 28.

265 MEZZERA ÁLVAREZ, «Síndicos», *op. cit.*, p. 167.

266 TIRADO MARTÍ, *op. cit.*, p. 30.

revocatorias.

Claramente esta variante es plausible de todas las críticas expuestas respecto de la teoría que sostiene que el síndico o interventor sería un representante del deudor o del acreedor. Adicionalmente, esta posición es específicamente criticada en tanto el concurso es una ejecución colectiva de un patrimonio que siempre genera un antagonismo entre los acreedores y el deudor, la Ley no puede colocar a un mismo representante para esos dos intereses contrapuestos²⁶⁸.

Otra variante la asumen aquellos autores que entienden que la sentencia declarativa tendría por efecto crear un ente especial – el propio concurso - al que el síndico o interventor representarían²⁶⁹. El concurso conformaría un patrimonio que no tendría un titular, en tanto, la sentencia declarativa lo separa del deudor y lo dirige a la satisfacción de la finalidad que le sea atribuida por la Ley concursal. Dicho patrimonio necesita una determinada organización que estará sujeta a una tutela determinada. Es un patrimonio bajo administración que se personifica en un ente especial y el síndico es, entonces, el representante de ese ente.

Esta última variante ha sido objeto de múltiples críticas. En primer lugar, se le critica que el deudor no pierde la propiedad de los bienes que se encuentran dentro del concurso. El deudor únicamente pierde la facultad de disposición y administración. En definitiva, no puede alegarse, como pretende esta variante, que la propiedad de los bienes que componen el activo concursal pasa a un nuevo ente.

En segundo lugar, con el concurso no nace propiamente un nuevo ente, como sujeto de Derecho autónomo que, en calidad de representado pudiera considerarse destinatario de la actividad del síndico²⁷⁰.

En tercer lugar, los síndicos ejercen determinados derechos de los acreedores (por ejemplo, acción revocatoria) de los cuales no era titular el deudor²⁷¹.

B. Teorías de la actuación por derecho propio

Diversos autores han buscado explicar la naturaleza del síndico y del interventor, sin recurrir a la teoría de la representación, alegando que estos actúan en nombre propio. La

267 MEZZERA ÁLVAREZ, «Síndicos», op. cit., p. 167; GARRIGUES, *Dictámenes de Derecho Mercantil*, t. 2 (1976), pp. 266-268.

268 TIRADO MARTÍ, id., p. 36.

269 BONELLI, *Del fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, v. 2 (1923), pp. 19-21.

270 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2009), p. 213; MEZZERA ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Comercial*, t. 5: *Quiebras*, 3ª ed. act. y amp. por PAYSSÉ CASH y BERRO (1989), p. 98.

271 MEZZERA ÁLVAREZ, «Síndicos», op. cit., p. 168.

atribución de un derecho propio a síndicos e interventores se ha fundamentado bien sobre la base de la teoría del órgano.

Se considera que el síndico o el interventor constituyen un órgano del proceso concursal, con un estatuto y disciplina establecidos legalmente. En virtud de ese estatuto legal, síndico e interventor cumplen las funciones asignadas dentro del proceso concursal, que incluyen la de representar al deudor o al acreedor, dentro de determinadas condiciones y circunstancias²⁷².

En tanto órgano, no actuará como un representante de ninguna de las partes del proceso concursal, sino en virtud de un estatuto legal que le atribuye competencias propias. Por ello, actúa en nombre propio y sin invocar representación alguna, ni del deudor ni de los acreedores²⁷³. El síndico o el interventor, actúan por completo desvinculados de la voluntad del deudor y de los acreedores, en defensa de intereses que son superiores a los de todos ellos. Estaríamos en el ámbito de un negocio sustitutivo y no de un negocio representativo²⁷⁴.

III. Estatuto jurídico

A. Requisitos para ser síndico o interventor

1. Condiciones subjetivas previstas en la LC para ser síndico o interventor en Montevideo

El art. 26 prevé las condiciones subjetivas para ser síndico o interventor. Debe ser electo de entre los profesionales universitarios o sociedades de profesionales o instituciones gremiales representativas, con actuación en materia concursal con personería jurídica que se encuentren inscriptos en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales que llevará la SCJ.

a. Profesionalidad

El síndico o el interventor pueden ser electos entre los siguientes sujetos:

- Profesionales universitarios. La LC optó por un criterio amplio con las prioridades dispuestas en el art. 27 y los requisitos dispuestos en el § 2 de dicho artículo²⁷⁵.

272 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 143; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, v. 6 (2009), p. 143.

273 BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano* (1932), § 93; NAVARRINI, *Trattato di Diritto Fallimentare*, v. 1 (1935), §118; ROCCA, *De la quiebra* (1931), p. 163.

274 MEZZERA ÁLVAREZ, *Curso...*, p. 98; MEZZERA ÁLVAREZ, «Síndicos», op. cit., pp. 168 y 169.

275 La Ley 18.347, de 10 de diciembre de 2008, Ley General de Educación (LGE), en su art. 30 establece que la educación terciaria universitaria será aquella cuya misión principal será la producción y reproducción del conocimiento en sus niveles superiores, integrando los procesos de enseñanza, investigación y extensión. A esta contrapone la educación técnico profesional, dirigida a personas de quince años y más, que tendría el propósito de la formación para el desempeño

- Sociedades de profesionales. La LC alude fundamentalmente a estudios de profesionales que se agrupan como sociedades de profesionales. El § 3 del art. 27 dispone que dichas sociedades de profesionales pueden tener o no personería jurídica a condición de que la mayoría de sus socios cumplan con los requisitos establecidos para los profesionales universitarios.
- Instituciones gremiales representativas con actuación en materia concursal con personería jurídica. Ejemplo de instituciones que reúnen dichos requisitos en la actualidad es la Asociación de Peritos Contadores del Uruguay, la Asociación Uruguaya de Peritos, la Liga de Defensa Comercial, el Colegio de Contadores, el Colegio de Abogados y el Colegio de Síndicos e Interventores del Uruguay. No basta la representatividad referida, por supuesto. Debe estar incluido expresamente en el objeto social de dichas asociaciones y colegios la actuación como síndico o interventor en procesos concursales.

b. Registración

La elección de quienes actuarán como síndicos e interventores en cada caso concreto, le corresponde al juez. Este elige discrecionalmente entre los titulares de la lista confeccionada por la SCJ.

El art. 27 establece el régimen para la conformación de la lista de quienes actuarán en los procesos concursales como síndicos o interventores. El llamado lo realiza la SCJ, cada cuatro años. En función de ese llamado, se conformará una lista con un mínimo de treinta titulares y treinta suplentes preferenciales, elegibles como síndicos e interventores concursales.

Para ser inscripto en el registro se requiere ser profesional universitario, con un mínimo de cinco años de ejercicio profesional. Entre los inscriptos, se practicará una selección teniendo en cuenta los antecedentes y experiencia de los postulantes para lo cual se otorgará prioridad a los egresados de los cursos de especialización para síndicos e interventores concursales, dictados por entidades universitarias o instituciones gremiales de profesionales universitarios. Hasta tanto no existan egresados de estos cursos en número suficiente, se dará prioridad a los abogados, contadores públicos o licenciados en administración de empresas.

Podrán inscribirse, también, en dicho registro, sociedades de profesionales con o sin personería jurídica, a condición de que la mayoría de sus socios cumplan con los requisitos ya analizados e instituciones gremiales de empresarios con personería jurídica a las que no se exigen otros requisitos salvo su actuación en materia concursal.

calificado de las profesiones y de técnicos medios y superiores vinculados a diferentes áreas ocupacionales, comprendiendo la formación profesional, técnica y tecnológica de nivel medio, incluyendo tecnicaturas. De aquí se ha deducido que un egresado de la Universidad del Trabajo del Uruguay, no sería un profesional universitario.

Por nuestra parte entendemos que las definiciones de la LGE no son trasladables a la interpretación de las normas concursales. Las palabras de la Ley deben ser entendidas en su sentido natural y obvio, según su uso general (art. 18 CC). En el uso general de la expresión *profesional universitario* deben considerarse incluidos a todos los egresados de una institución de enseñanza superior (que es como el *Diccionario de la lengua española*, de la REAL ACADEMIA define la palabra *universidad*). Según esta interpretación, todos los estudios terciarios dictados por una institución educativa serían aptos para otorgar un título profesional universitario.

2. Condiciones subjetivas previstas en la LC para ser síndico o interventor en el interior de la República

Para el caso de los concursos radicados en el interior del país y en los pequeños concursos regulados en los arts. 236 y 237 de la LC (Título XII), se aplica el § 2 de la norma bajo análisis, el cual simplifica las condiciones subjetivas. En efecto, el mismo dispone que, con el fin de facilitar la designación, en dichos concursos los profesionales universitarios que no estén inscriptos en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales pueden ser designados como síndicos o interventores. Los profesionales universitarios que pueden ser nombrados al disponer que debe tratarse de abogados, contadores públicos o licenciados en administración de empresas con un mínimo de cinco años de ejercicio profesional o egresados de los cursos de especialización para síndicos e interventores concursales.

3. Inexistencia de incompatibilidad o prohibición

En primer lugar, no pueden ser designados síndicos o interventores quienes no puedan ser administradores de sociedades comerciales. En este sentido, nos debemos remitir al art. 80 de la LSC, que dispone básicamente que no pueden ser administradores de sociedades mercantiles los que no tengan capacidad para ejercer el comercio, ni tengan prohibido el mismo.

Respecto de las personas físicas se requiere capacidad para el ejercicio del comercio. No pueden ser síndicos o interventores, por lo tanto, los menores de 18 años, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, ni los dementes, pues tienen prohibido el ejercicio del comercio. Tampoco pueden ejercer esta función, las corporaciones eclesiásticas, los clérigos, los magistrados civiles y jueces en el territorio donde ejercen su autoridad y jurisdicción (art. 27 CCom), y quienes se hallan en estado de interdicción, actualmente deberíamos designarlos como concursados (art. 29 CCom).

En segundo lugar, no pueden ser síndicos ni interventores quienes hubieran prestado *cualquier* servicio profesional al deudor en el plazo de cinco años anteriores. La LC busca así evitar la existencia de un conflicto de intereses previendo explícitamente una amplia prohibición que incluso se torna más difusa al extender la prohibición cuando se han prestado servicios «*a personas especialmente relacionadas*» con el deudor.

En tercer lugar, se prevé que no puede designarse como síndico o interventor a quienes en el último año hubieran sido nombrados síndicos o interventores en dos concursos. La norma hace la precisión de que si hubieran sido designados síndicos en concursos de sociedades que formen un grupo, se considerarán como un solo concurso. Se crea un régimen especial para sociedades de profesionales e instituciones gremiales de empresarios con personería jurídica, elevando el límite a diez.

B. Retribución

1. Caracteres generales de la retribución

a. Prededucibilidad

Los síndicos e interventores tienen derecho a ser retribuidos con cargo a la masa. Su crédito es prededucible. Cobran antes que los acreedores concursales. No cobran en moneda de quiebra²⁷⁶.

b. Exclusividad

El art. 2 del Decreto n° 180 del 23 de abril del 2009 establece que, por el ejercicio de las funciones atribuidas por la LC, los síndicos e interventores no pueden percibir con cargo a la masa activa, otros importes diferentes a las retribuciones que le correspondan con arreglo a sus disposiciones. Se exceptúan de esta regla las retribuciones de los auxiliares del síndico o del interventor que éste haya sido autorizado a designar y a retribuir por el juez del concurso con cargo a la masa, de conformidad con lo dispuesto por el art. 30 de la LC, así como los gastos justificados de desplazamiento fuera del departamento en el cual estuviera radicado el trámite del concurso (art. 2, § 2, Decreto 180/009).

El síndico o el interventor no pueden aceptar del concursado, de los acreedores o de terceros, retribución complementaria o compensación de clase alguna, en dinero o en especie, por el ejercicio de las funciones atribuidas por la LC, salvo que estas compensaciones hubieran sido aprobadas previamente por el juez (art. 2, § 3, Decreto 180/009).

2. Determinación y percepción de la retribución

El síndico o el interventor, debe presentar un informe ante el juez de concurso, en el que estimará sus honorarios. En función de dicho informe y de acuerdo con los términos establecidos por el Decreto 180/009, el juez fija la cuantía de la retribución y la forma en que debe ser pagada²⁷⁷.

La retribución se determina separadamente, por el desempeño de la función de síndico o interventor, durante la etapa de convenio y durante la etapa de liquidación²⁷⁸.

a. Retribución por la etapa de convenio

Según lo que dispone el art. 4 del Decreto 180/009, la etapa de convenio se considera finalizada con la resolución judicial que dispone la liquidación de la masa activa.

*** Retribución básica**

El art. 5 del Decreto 180/009 establece que, en el caso de la designación de un

276 CREIMER BAJUK, *Concursos*, p. 37; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 92.

277 RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 92.

278 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 116.

interventor, la retribución del mismo será fijada sobre la base del valor de la masa activa, según una tabla que se establece en unidades indexadas (UI).

En el caso de designación de un síndico que sustituya al deudor en la administración o disposición de sus bienes, el juez del concurso, a su prudente arbitrio, podrá aumentar hasta un 50 % las sumas que resulten de la aplicación de la tabla anterior.

De acuerdo con lo dispuesto en el § 3 del art. 5 del Decreto 180/009, el valor de la masa activa será el que resulte del informe final del síndico o del interventor, aprobado por la junta de acreedores. Hasta que no exista una «*valuación definitiva de la masa activa*», el juez aplicará el arancel sobre el valor de la masa activa que figure en el inventario presentado por el deudor.

Por el tenor literal del § 3 del art. 5 del Decreto, se puede considerar que existe una «*valuación definitiva de la masa activa*», recién cuando el informe final del síndico o el interventor ha sido aprobado por la junta de acreedores. Además, hasta que el inventario no es aprobado por la junta, está sujeto no sólo a impugnaciones que determinen la inclusión o la exclusión de bienes y derechos, así como a la modificación de la valoración de los elementos de la masa activa (art. 78 LC), sino a los avatares de diversas acciones de reintegración (art. 80 y ss. LC) o reducción de la masa (art. 88 y ss. LC).

Si la junta de acreedores se suspende debido a la presentación de una propuesta anticipada de convenio (art. 163 LC), nunca llegará a existir una «*valuación definitiva de la masa activa*». Entendemos que, en ese caso, de acuerdo con el criterio que subsidiariamente contiene el § 3 del art. 5 del Decreto 180/009, para los casos en que la junta no haya aprobado el informe del síndico o el interventor, el arancel se habrá de aplicar sobre la valoración que hizo el propio deudor de su masa activa en el inventario con que debió acompañar su solicitud de declaración de concurso (art. 7, n° 2, LC).

Si el deudor no presentó inventario alguno, ni fue posible para el síndico o interventor, identificar bienes del deudor, que conformen la masa activa del concurso, no será posible recurrir al Decreto 180/2009. En su lugar, estimamos que corresponde aplicar el Arancel del Colegio de Abogados.

De acuerdo con lo que establece el lit. «m», del art. 13 del Arancel referido, «*en los procesos concursales..., la cuantía del asunto será determinada por la mitad del monto total del Activo o pasivo, estándose en todo caso, a aquel que resulte mayor*». En caso de complejidad en la tramitación, el Arancel dispone que se considerará el monto íntegro.

*** Circunstancias que aumentan o reducen la retribución**

El Decreto 180/009 prevé tres circunstancias en las que la retribución básica puede ser aumentada y una hipótesis en la que puede ser abatida.

En cuanto a las hipótesis de aumento, en primer lugar, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 5, § 2, del Decreto 180/009, la retribución del síndico que sustituya al deudor en la administración o disposición de sus bienes, resultará de la misma tabla que se aplica al interventor, aumentada hasta un 50 % según el prudente arbitrio judicial.

En segundo lugar, la retribución puede aumentar en función de la mayor complejidad del concurso. El Decreto enumera los casos que considera de mayor complejidad. Son los siguientes: cuando exista una discrepancia mayor el 25 por ciento entre el valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado, o entre el importe del pasivo que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor y la definitivamente aprobada; cuando más de una cuarta parte de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor se encuentren en el exterior, siempre que el valor total de los mismos sea superior a UI 35:000.000; cuando el número de acreedores concursales sea superior a 500; cuando el número de trabajadores empleados por

el deudor sea superior a 250 a la fecha de declaración del concurso; cuando el número de establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas del deudor fuera superior a 10 o, al menos tres se encuentren radicados fuera de la sede judicial del concurso; y cuando el deudor hubiera emitido valores de oferta pública, que tengan o hubieran tenido cotización bursátil. En estos casos, la suma que resulte de la aplicación del art. 5 del Decreto se incrementa hasta un cinco por ciento por cada uno de los supuestos enumerados.

En tercer lugar, para la hipótesis en que se aprueba un convenio presentado por el deudor en el marco del art. 163 de la LC, el art. 7 del Decreto 180/009 prevé que la suma que resulte de la aplicación de los criterios establecidos en los arts. 5 y 6 del Decreto, se incremente en un 25 %.

En cuanto a la hipótesis de abatimiento de la retribución, en el § 4 del art. 5 del Decreto 180/009 se prevé una reducción de un 25 %, en el caso de suspensión superviniente de la legitimación del deudor, de conformidad con lo dispuesto por el art. 45, n° 4, de la LC.

*** Percepción de la retribución en la etapa de convenio**

La forma en que el síndico o el interventor, percibirá su retribución, se encuentra minuciosamente detallada en el Decreto 180/009. El juez, no obstante, puede resolver otra forma de distribución, en función de la facultad que le confiere el art. 34, § 2, de la LC, para resolver la forma en que debe ser pagada la retribución²⁷⁹.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 8 del Decreto 180/009, salvo decisión judicial en contrario, la retribución del síndico o del interventor correspondiente a la etapa de convenio se abona de la siguiente forma: el 50 % en una o más cuotas, durante la tramitación de la etapa de convenio, siempre que existan recursos líquidos suficientes o bienes fácilmente realizables de la masa activa y siempre que la disposición de los mismos no afecte la viabilidad de la continuación del giro del deudor; el 50 % restante, dentro de los cinco días siguientes al de la resolución judicial firme que ponga término a la etapa de convenio, por aprobación judicial de convenio, apertura de liquidación o por cualquier otra causa.

La suma percibida de conformidad con lo referido en el lit. «a», tiene la naturaleza de pago a cuenta, resultando ajustada por el juez en el momento de concluir la etapa de convenio, en función de la determinación final del valor de la masa activa y de la actuación en esta etapa del procedimiento (art. 8, § 2).

b. Retribución por la etapa de liquidación

*** Determinación de la retribución por la etapa de liquidación**

El art. 9 del Decreto 180/009 establece que la retribución del síndico en la etapa de liquidación será determinada de conformidad con el arancel básico previsto para el interventor concursal en el § 1 de su art. 5, incrementada por los criterios establecidos en el art. 6, en función de la mayor complejidad del concurso. Entre el primero y el sexto mes de la etapa de Liquidación percibirá una retribución mensual equivalente al 10 % de la que corresponda por aplicación del arancel básico y de los incrementos procedentes. A partir del séptimo mes, la retribución mensual se reducirá al 5 %, calculada sobre la misma base.

En ningún caso, la retribución básica a ser percibida por el síndico en esta etapa

²⁷⁹ El juez concursal puede resolver, por ejemplo, que el síndico o el interventor, perciba un porcentaje de lo que se obtenga por la realización de un activo, producto de una subasta anticipada (RODRÍGUEZ MASCARDI et alt., op. cit., p. 93).

superará el 100 % del arancel básico previsto para el interventor concursal en el § 1 del art. 5 (art. 9, § 2, Decreto 180/009).

*** Percepción de la retribución en la etapa de liquidación**

La retribución será percibida dentro de los cinco primeros días de cada mes, siempre que existan recursos líquidos suficientes o bienes fácilmente realizables de la masa activa y siempre que la disposición de los mismos no afecte la viabilidad de la continuación del giro del deudor, para los casos de que la empresa se encuentre en marcha (art. 9, § 3).

*** Retribución complementaria**

Según lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 180/009, bajo el *nomen iuris* de «retribución complementaria», resulta que el síndico o el interventor tendrán derecho a percibir como retribuciones complementarias: el 5 % del incremento neto del valor de la masa activa por el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa activa o de responsabilidad de los administradores o de los integrantes del órgano de control interno, que hubieran promovido; y el 1 % del precio de venta de la empresa en marcha que supere en más de un 20 % el valor de tasación de la empresa (art. 123, n° 6, LC).

c. Recursos

La decisión judicial que fija la retribución es recurrible por el síndico o el interventor y por las personas legitimadas para solicitar la declaración judicial de concurso.

Los recurrentes deben expresar la suma que consideran que corresponde pagar. El recurso tendrá efecto suspensivo sólo respecto del importe por el que exista controversia (art. 34 LC). De manera que el juez puede autorizar al síndico o al interventor, a cobrar el importe no controvertido²⁸⁰.

3. Modificación y pérdida de la retribución

a. Modificación de la retribución

El art. 11 del Decreto 180/009 dispone que en cualquier estado del procedimiento concursal, el juez podrá, actuando de oficio o a solicitud de persona legitimada, modificar la retribución del síndico o del interventor, siempre que exista justa causa.

Se entenderá, entre otras circunstancias, que existe justa causa cuando hubiera cambiado la situación de intervención o de suspensión de facultades del deudor, cuando se hubieran constatado un cambio sustancial en el valor del activo social o la variación de cualquiera de las circunstancias tomadas en cuenta para la fijación de la remuneración (art. 11, § 2, Decreto 180/009).

La modificación de la retribución producirá efectos a partir de la fecha de la resolución judicial firme que la disponga (art. 11, § 3, Decreto 180/009).

b. Pérdida de la retribución

El art. 12 del Decreto 180/009 establece que, en caso de separación del síndico por prolongación indebida de la liquidación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 179 de la LC, el mismo perderá el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar

280 RODRÍGUEZ MASCARDI et alt., op. cit., p. 93; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6 (2009), p. 140.

a la masa activa las cantidades que, en concepto de retribución, hubiera percibido desde la resolución judicial que lo hubiera designado.

C. Rendición de cuentas

1. Rendición de cuentas del síndico

La obligación de rendir cuentas es consecuencia del deber genérico de informar que tiene todo aquél que gestione intereses ajenos, una vez que ha concluido su cometido²⁸¹. La rendición de cuentas permite a los interesados en el concurso obtener la información necesaria para evaluar la actuación del síndico de modo de, eventualmente, responsabilizarlo por el incumplimiento de sus obligaciones. Por otra parte, también, tiene como finalidad favorecer la función de dirección del proceso a cargo del juez.

El síndico no puede ser dispensado de este deber. Es, también, un deber indisponible e indelegable pues, no obstante el auxilio de terceros, la rendición de cuentas es un acto de exclusiva responsabilidad del síndico.

281 GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 1 (1995), p. 35.

a. Rendición de cuentas a solicitud de la comisión de acreedores

En caso de existir²⁸², la comisión de acreedores (art. 130 y ss.) podrá, en cualquier momento, solicitar al síndico la rendición de las cuentas de su gestión.

La LC omitió toda referencia al procedimiento de solicitud de este informe así como al plazo en el cual el síndico debe hacerlo efectivo, que quedará al arbitrio del juez del concurso.

b. Rendición de cuentas al suspenderse o concluirse el proceso

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 180 de la LC, cuando el producido de la liquidación de la masa activa haya sido totalmente utilizado para la satisfacción de los acreedores, el síndico debe solicitar la conclusión o la suspensión del concurso. En lo que refiere a la suspensión, conforme al art. 208, el síndico deberá presentar la rendición de cuentas conjuntamente con la solicitud de suspensión del concurso. En esta rendición de cuentas se deberá acreditar la inexistencia o el agotamiento de la masa activa sin la integra satisfacción de los acreedores, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 207 de la LC.

En el caso de conclusión del proceso, el art. 212 de la LC prevé la presentación de las cuentas conjuntamente con dicha solicitud, de modo de demostrar el cumplimiento del convenio o la integra satisfacción a los acreedores.

En todas las hipótesis anotadas, cualquier persona a la que se le haya dado traslado de la solicitud de suspensión o de conclusión del proceso, podrá impugnar las cuentas presentadas por el síndico. Si no existen observaciones el juez aprobará las cuentas presentadas (art. 208, §§ 3 y 4, y art. 212, §§ 4 y 5).

c. Rendición de cuentas en caso de cese antes de la conclusión del concurso

El cese de la labor del síndico se puede configurar por renuncia (art. 29), por separación del cargo (art. 36) y por prolongación indebida del tiempo de la liquidación (art. 179). Cuando alguna de dichas hipótesis se configura, el síndico saliente debe rendir cuentas de su actuación pero sólo si lo solicita el nuevo síndico o la comisión de acreedores.

La rendición de cuentas debe presentarse en el plazo de un mes, contado desde la fecha en que haya quedado firme el auto que declara el cese del síndico. Una vez solicitadas las cuentas, el juez dictará sentencia ordenando su presentación en el término que entienda prudente, puesto que el legislador no ha dispuesto ninguno en particular.

MARTÍNEZ BLANCO advierte que la comisión de acreedores puede solicitar la rendición de cuentas en cualquier oportunidad (art. 38, n° 1) y, también, en el caso de cese del síndico antes de operar la conclusión del concurso (art. 38, n° 3)²⁸³. Ciertamente, esta reiteración parece innecesaria.

2. Rendición de cuentas del interventor

A diferencia de la rendición de cuentas a cargo del síndico, el interventor sólo debe

282 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2009), pp. 234 y 235.

283 MARTÍNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 235.

rendir cuentas cuando lo acuerde el juez del concurso y lo solicite la comisión de acreedores.

Puede suceder que el interventor no sea llamado a rendir cuentas. Ello ocurrirá toda vez que no exista comisión de acreedores que solicite su presentación. A lo anterior, debemos agregar que la LC no obliga al interventor a rendir cuentas cuando ha cesado en su cargo antes de la conclusión del proceso. Tal como analizamos oportunamente, el interventor, igual que el síndico, puede ser separado de su cargo en virtud del art. 36. De modo que, a nuestro entender, la LC debió haber previsto la obligación de rendir cuentas, también, en este caso. Igualmente, nada impide al juez del concurso solicitar al interventor el cumplimiento de este acto en uso de su poder de dirección del proceso concursal, instado por el nuevo interventor o por la comisión de acreedores²⁸⁴.

3. Aprobación de las cuentas

a. Contenido y formalidades de la rendición de cuentas

Antes de ingresar al análisis del procedimiento de aprobación de las cuentas, cabe destacar que el artículo en análisis menciona que el síndico o el interventor deben rendir las cuentas de su gestión acompañando «*la documentación respaldante*». Esta es la única exigencia que la LC impone respecto a la forma cómo deben presentarse las cuentas.

Nuestro legislador no ha hecho distinciones, por lo que el síndico o el interventor deberán adjuntar a su informe toda la documentación que demuestre los actos realizados, sin importar su relevancia. Quedarían exceptuados aquellos documentos que ya estuvieron, de alguna manera, a disposición de los interesados en el concurso, como es el caso de los informes previos, las autorizaciones solicitadas, etc.²⁸⁵.

La rendición de las cuentas deberá ser exhaustiva y suficiente. En ese sentido, habrá de contener toda la información que permita justificar adecuadamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas por la Ley. La labor del síndico o del interventor, sólo se podrá apreciar si la rendición de cuentas abarca los actos de gestión propiamente dichos (relación de los recursos administrados, relación de las obligaciones y aplicación de los activos a su cancelación) y también, la descripción de otros actos cumplidos durante el proceso como, por ejemplo, la presentación de los variados informes, su oportunidad, etc.²⁸⁶. Además, debe ser lo suficientemente clara como para que los interesados puedan evaluar el trabajo del síndico o del interventor.

Así, la rendición deberá incluir la cuenta propiamente dicha, cuya formulación obedecerá a parámetros contables y una relación teórica, explicativa, que describa las operaciones efectuadas que justifiquen el resultado²⁸⁷. Para su elaboración, el síndico o el

284 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 235.

285 TIRADO MARTÍ, op. cit. pp. 562-568.

286 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387*, p. 117.

287 TIRADO MARTÍ, op. cit., p. 563.

interventor utilizará los datos que, seguramente, ya ha incluido en los distintos informes presentados en el proceso concursal.

b. Procedimiento de aprobación de las cuentas

Presentadas las cuentas, quedarán de manifiesto en el juzgado por el plazo de quince días. Dentro de ese período, el deudor, la comisión de acreedores y los demás interesados que hubieran comparecido en el proceso, podrán formular observaciones.

Si no se presentaran objeciones dentro del plazo legal, el juez aprobará las cuentas. Esta sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 40 § 2 de la LC, no admite recurso alguno. En consecuencia, ni siquiera corresponde el recurso de reposición que, según el art. 252, es oponible respecto de todas las resoluciones judiciales recaídas en el procedimiento concursal.

Ahora bien, en el supuesto de que se formularan observaciones, la LC no dispone ningún procedimiento especial para sustanciar esta controversia. Estimamos que la misma, en virtud del art. 250, debería ser sustanciada conforme al procedimiento de los incidentes fuera de audiencia, establecido en el CGP. En cambio, no nos parece viable sostener que presentados los reparos, el juez, inmediatamente, deba dictar sentencia rechazando o aprobando las cuentas. Antes bien, entendemos que el juez debe conferir traslado al síndico o al interventor para que, en el plazo de seis días, formule los descargos correspondientes, acompañando la probanza de que disponga. Una vez evacuado el traslado y diligenciada la prueba ofrecida por las partes o solicitada por el tribunal, si así fuera el caso, el juez del concurso dictará la sentencia. Esta sentencia podrá ser recurrida mediante el recurso de reposición y apelación con efecto suspensivo.

Respetar el legítimo derecho de defensa del síndico o del interventor, dándole traslado de las observaciones formuladas y consecuentemente permitiéndole aportar prueba, no es una cuestión menor si consideramos la severidad de la sanción prevista en el art. 41 de la LC, para los casos de rechazo de las cuentas.

4. Sanción por rechazo de las cuentas

En el caso de que el juez del concurso rechace las cuentas del síndico o interventor, la sanción es su inhabilitación para intervenir en cualquier otro concurso durante un período que oscilará entre cinco y veinte años. La sanción de inhabilitación pueda ser aplicada sin perjuicio de las acciones de responsabilidad patrimonial y criminal que eventualmente correspondan.

La inhabilitación debe ser comunicada por el juez al Registro de Síndicos e Interventores Concursales (art. 42, n° 6).

D. Responsabilidad

1. Estándar de conducta exigido a los síndicos e interventores

La LC en el ámbito de la esfera interna de actuación, exige que los síndicos e interventores se manejen como un *ordenado administrador*. En cuanto a su actuación externa, se le impone el estándar de la como un *representante leal*.

De acuerdo con el estándar de conducta exigido por la LC, el síndico o interventor de un concurso no sólo deberá administrar en el sentido de conservar los bienes del concurso, sino que, también, podrá disponer de los mismos pero la LC prevé que debe hacerlo en forma *ordenada*. El *Diccionario de la Lengua Española* conceptualiza el adjetivo *ordenada* como «*que guarda orden y método en sus acciones*». Es decir, que el síndico o interventor deberá administrar en ese sentido lato utilizado en el ámbito societario y de forma ordenada. Por lo que deberá, siguiendo un método, estar al frente de la masa activa conservando los bienes y derechos que integran dicha masa.

El análisis racional de cuál es la voluntad contenida en la LC, es decir la *ratio legis*, es claro en cuanto a alentar y promover la posibilidad de una mejor o más eficiente recuperación de los créditos por parte de los acreedores y además dar a la concursada una oportunidad última de poder transferirse como un todo organizado incluyendo a sus trabajadores. La interacción de la LC entre sus diversas disposiciones y en este caso agregamos, también, el Decreto 182/009 parte de esta interpretación lógico y contextual. El contexto normativo nos indica que el síndico debe administrar a la concursada mientras se desarrolla el proceso licitatorio o bien se entiende que ello no es factible y se ocurre a la venta por separado de activos. El Decreto reglamentario dispone en su art. 4: «*la fecha de la licitación no podrá superar los noventa días de decretada la liquidación. Esta fecha podrá ser prorrogada en forma excepcional y por una única vez hasta por noventa días.*»

Como concluye MILLER ARTOLA, la administración del síndico es a término y por un lapso relativamente breve. Dicha brevedad en el tiempo, nos trae la pauta de que el cometido de dicha administración es más conservatorio y dedicado a reunir todos los bienes que integran la masa activa de la concursada y preparar diversos informes y proyectos, pliegos y proyectos, más que emprender políticas empresariales a mediano plazo siquiera o la de aprobar un plan de negocios²⁸⁸.

Con todos estos elementos consideramos que claramente se puede concluir que el legislador se apartó ex profeso del concepto de *buen hombre de negocios* extensamente analizado por la doctrina nacional en materia societaria. La finalidad es no exigirle al síndico o interventor, quienes administrarán o co-administrarán los bienes de la concursada, el actuar de un empresario. Es decir, sin perjuicio que la LC profesionalizó la figura del síndico e interventor, el mismo no debe comportarse en el ejercicio de su cargo como un empresario emprendiendo nuevos negocios, eso no es lo que el legislador quiere exigirle al síndico o interventor. En efecto, no puede pretenderse que actúe como un empresario, no puede arriesgar la preservación de los bienes de la empresa por asumir riesgos comerciales²⁸⁹. El mismo debe priorizar en el breve lapso de su mandato la conservación de los bienes tangibles e intangibles que componen la persona o sociedad concursada antes que

288 MILLER ARTOLA, op. cit., p. 25.

289 RODRÍGUEZ MASCARDI et. alt., op. cit., p. 99

pretender una ganancia o un dividendo con nuevas estrategias empresariales y búsqueda de negocios. Obviamente, como expresa MILLER ARTOLA, si esto último se logra, bienvenido sea, ya que la concursada no solamente habrá no perdido su valor sino acrecentado el mismo, para satisfacción de la masa de acreedores del concurso²⁹⁰.

Respecto de la exigencia de actuar como un *representante leal* cabe destacar que el término representante no debe ser interpretado como refiriéndose a la representación de Derecho civil sino que entendemos que la LC quiso significar que el mismo debe con su actuar procurar la defensa de los intereses del concurso. En este sentido, la conducta del síndico o interventor debe estar orientada por un deber de lealtad que responde a la aplicación del principio general que impone la ejecución de los contratos de buena fe²⁹¹. Como aplicación principal de este deber señalamos la obligación de anteponer en todo momento el interés del concurso a los intereses propios o de terceros²⁹².

2. Prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa

El art. 33 prohíbe que el síndico y el interventor adquieran por sí o por persona interpuesta bienes y derechos que integren la masa activa del concurso. Esta prohibición tiende a evitar el conflicto de intereses que existiría si se efectivizan dichas adquisiciones y a su vez implica una eventual aplicación del principio general de actuación del síndico o interventor como representantes leales²⁹³.

a. Ámbito objetivo de la prohibición

La prohibición alcanza a todos los negocios jurídicos que vayan dirigidos a producir el efecto de transmitir la titularidad de los bienes o derechos que integran la masa activa del concurso al síndico o interventor (compraventa, permuta, donación, dación en pago, transacción), o permitan su posterior adquisición por acto unilateral del adquirente (opciones compra, contrato de *leasing*, etc.). La prohibición no alcanza a los negocios jurídicos que no tienen ese efecto traslativo del dominio. Claramente, en estos negocios no traslativos puede, también, presentarse el conflicto de intereses que intenta evitar la norma pero como analizaremos, en el siguiente párrafo, la prohibición no puede ser extendida por analogía a estos casos²⁹⁴.

290 MILLER ARTOLA, op. cit., p. 25.

291 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 231 y 232.

292 La LC utiliza este concepto de «*interés del concurso*» en su art. 53. El análisis del concepto de «*interés del concurso*» excede el propósito de este trabajo. El mismo se encuentra ampliamente desarrollado por TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales* (2005), pp. 200 y ss.

293 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 114.

294 TIRADO MARTÍ, op. cit., p. 152.

b. Ámbito subjetivo de la prohibición

La prohibición bajo análisis alcanza al síndico e interventor, tanto cuando actúen directamente, como por interpuesta persona.

La norma no prevé qué sucede en el supuesto en que el bien o derecho sea adquirido por los auxiliares designados por el síndico o interventor, con autorización del juez del concurso. El conflicto de intereses que tiende a evitar esta norma se plantea a su respecto en iguales términos. Entendemos, no obstante, que en dicho supuesto será admisible contra ellos, la acción de responsabilidad prevista en el art. 35 de la LC.

c. Ámbito temporal de la prohibición

Respecto del ámbito temporal de aplicación de esta prohibición, cabe destacar que no es necesario que el bien o derecho ingrese en el patrimonio del síndico o interventor, mientras se encuentre en el ejercicio de sus funciones y, ni siquiera, durante la tramitación del proceso concursal. La circunstancia relevante es que el negocio que se celebra sea jurídicamente adecuado para producir la adquisición y que se concluya mientras el síndico o interventor se encuentre en funciones²⁹⁵.

d. Sanción en caso de infracción

El § 2 dispone como sanción tanto la devolución del bien adquirido en infracción a la prohibición dispuesta en esta norma como la inhabilitación del síndico o interventor²⁹⁶.

3. La acción concursal de responsabilidad contra síndicos e interventores

El art. 35 de la LC establece una acción concursal para la reparación del daño causado a la masa pasiva, tanto por acción como por omisión, del síndico, el interventor o sus auxiliares, siempre que dicha acción u omisión hayan sido contrarios a la Ley o no se haya tenido la *debida diligencia*.

a. Legitimación

*** Legitimación pasiva**

El síndico o el interventor, en cuanto profesionales, fueron siempre pasibles de responsabilidad. No hay en ello novedad alguna.

La atribución de responsabilidad a los auxiliares nombrados con autorización del juez es, en cambio, lo que llama la atención. Si los auxiliares sólo cumplen tareas de asistencia y asesoramiento al síndico o al interventor, no están en condiciones, *per se*, de causar daño alguno a la masa pasiva. Los únicos que pueden realizar actos u omisiones contrarios a la Ley o sin la diligencia debida, que afecten a la masa pasiva son, naturalmente, el síndico y el interventor. En principio, el único legitimado para realizar actos de administración o

295 TIRADO MARTÍ, op. cit., p. 150.

296 La LC también menciona la inhabilitación del síndico o interventor en el art. 41 En el precitado artículo la LC prevé un límite temporal para la misma al establecer que dicha inhabilitación debe ser decretada por el juez del concurso pero que «no podrá ser inferior a cinco ni superior a veinte años».

disposición sobre los bienes es el síndico (art. 46 LC), así como el único legitimado para autorizar al deudor a contraer, modificar o extinguir obligaciones, conferir, modificar o revocar poderes; o para realizar cualquier acto jurídico relativo a bienes de la masa activa, es el interventor (art. 47 LC). En todo caso, si el auxiliar no es diligente en su asistencia al síndico o al interventor, estos podrán sustituirlos en cualquier momento²⁹⁷.

En cambio, si se admite que los auxiliares pudieran cumplir funciones propias del síndico o del interventor, entonces, quedaría plenamente justificada su legitimación pasiva frente a la acción por responsabilidad concursal. Si bien la facultad de que el síndico o el interventor, deleguen las funciones propias de su cargo en auxiliares, no está explícita en la LC, hay un par de alusiones a esta posibilidad en el art. 30. En primer lugar, en su § 1, se prevé que la autorización judicial especifique «*las funciones a desarrollar*» por los auxiliares y en el § 2 hay una referencia a las «*funciones encomendadas*».

*** Legitimación activa**

Los legitimados activos para promover la acción de responsabilidad del síndico o interventor, son tanto el deudor como sus acreedores. Todos los acreedores se encuentran legitimados, puesto que la LC no hace distinción alguna.

La atribución de legitimación activa al deudor y a los acreedores, es una consecuencia lógica del objeto de la acción: reparar el daño causado a la masa.

b. Elementos de la responsabilidad concursal de síndicos, interventores y auxiliares

La responsabilidad de los síndicos o interventores surge cuando los mismos infringen un deber que trae como consecuencia un daño y, entre la actuación o la omisión, y el daño existe una relación de causalidad y un criterio de imputación que lo justifique. El régimen jurídico de la responsabilidad está formado por las previsiones especiales del Derecho concursal y por el régimen general de la responsabilidad civil.

*** Hecho ilícito**

La acción de responsabilidad establecida en el art. 35 de la LC, se funda en actos u omisiones, contrarios a la Ley. Puesto que la LC utiliza genéricamente la expresión *Ley*, es muy claro que se incurre en responsabilidad no sólo por actos y omisiones contrarios a la LC sino que debe interpretarse en sentido amplio, abarcando la contravención a cualquier norma de rango legal²⁹⁸.

Como ya mencionamos al analizar el estándar de conducta aplicable a los síndicos e interventores, en el ejercicio de su cargo, el art. 32 de la LC dispone que deben desempeñarlo con la «*diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal*». La diligencia debida debe ser analizada de acuerdo a la diligencia exigible a una persona con su formación. En este sentido, en base a la profesión y antecedentes del síndico o interventor designado para el caso concreto, es que debe ser medida su responsabilidad.

297 MARTÍNEZ BLANCO advierte que los auxiliares sin nombramiento autorizado «*responden a través del síndico o interventor que los contrató*», como es propio en el régimen de responsabilidad del dependiente (MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* [2009], p. 232).

298 BACCHI ARGIBAY, op. cit., pp. 43-45.

Coadyuvantemente, debe considerarse las particularidades del concurso, su complejidad y las particularidades que rodean el mismo.

*** Culpa**

Sin perjuicio de que el tenor literal de la norma es algo confuso, ya que parece dar a entender que la responsabilidad surge del mero incumplimiento de una norma, en realidad, la presencia de la culpa es necesaria para habilitar la acción concursal prevista en el art. 35. Lo contrario sería responsabilizar a los síndicos, interventores y auxiliares, con responsabilidad objetiva, un sistema de imputación excepcional que requeriría una mención más clara.

De modo que la responsabilidad concursal de síndicos, interventores y auxiliares, se genera cuando actúan con culpa o dolo. La responsabilidad se contrae, tanto por culpa grave como por culpa leve, aplicando el régimen general de la responsabilidad previsto en el art. 1344 del CC. Tal como sucede con los administradores de sociedades, la buena fe no puede ser aceptada como excusa del incumplimiento de sus obligaciones, de su negligencia o de la violación de disposiciones legales. No es causa de absolucón.

Sin perjuicio de que el estándar de *ordenado administrador* debe ser *subjetivizado* en determinadas circunstancias, la regulación legal del sistema de nombramiento, la discrecionalidad judicial y la aceptación de los síndicos e interventores, puede entenderse como el pacto tácito de elevación del nivel objetivo de diligencia. Si el juez nombra a unos sujetos determinados para un concurso por su mayor experiencia o por sus conocimientos sectoriales, no parece que después se le deba tratar como si tuviera unos conocimientos inferiores²⁹⁹. Si, en nuestro marco legal, estamos ante un síndico o interventor egresado de un curso de especialización, con varios años de experiencia en el ejercicio del cargo, el juez debe considerar estos elementos al analizar su actuación.

Aunque tampoco la inexperiencia basta para exonerarles de responsabilidad. Por el contrario, si esa inexperiencia ha sido la razón del perjuicio sufrido, ella puede constituir una circunstancia agravante porque el administrador o director, ha cometido una primera falta al aceptar una misión que era incapaz de cumplir.

*** Daño**

La acción concursal de responsabilidad prevista en el art. 35 tiene por objeto la reparación de los daños causados a la masa, por los actos y las omisiones contrarios a la Ley o por los realizados sin la debida diligencia. El daño causado a la masa no sólo puede consistir en una disminución de su valor. Puede, también, haber daño cuando el patrimonio concursal no se incrementa en todo su potencial o cuando aumenta el pasivo³⁰⁰.

*** Nexo causal**

Es imprescindible acreditar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño a la masa. Los síndicos o interventores no están obligados a reparar los perjuicios que no son imputables a su actividad sino que se han producido a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor.

La posibilidad de que la pérdida igualmente se hubiera verificado, aun sin que se

299 TIRADO MARTÍ, op. cit., pp. 598 y 599.

300 TIRADO MARTÍ, id., pp. 591 y 609.

hubiera producido el hecho ilícito o la violación del deber de *debida diligencia*, no excluye la responsabilidad. Una simple probabilidad no puede tener influencia en este aspecto. Sólo la certeza comprobada de que el daño se hubiera verificado, sin el acto del síndico, interventor o auxiliar, puede liberarlos.

En el caso del deudor, esta acción procura indemnizarle el daño directamente sufrido en su patrimonio. En cambio, a los acreedores, la acción concursal regulada en el art. 35, tiene por función repararles un daño indirecto, tal como sucede con la acción social de responsabilidad, prevista en los arts. 393 a 395 de la LSC.

Debió haberse condicionado la procedencia de la acción – tal como lo hace el art. 395 de la LSC, respecto a la insuficiencia del patrimonio social para cubrir las deudas sociales – a la insuficiencia de la masa activa para proveer al pago total de la masa pasiva. Está claro que, normalmente, en situaciones concursales, la masa activa será insuficiente pero ello no tiene por qué ser necesariamente así. Con todo, a pesar de que la LC sea omisa en este punto, entendemos que los acreedores no pueden promover la acción concursal de responsabilidad contra el síndico, el interventor o sus auxiliares, si la masa activa es suficiente para hacerse cargo de los pasivos, puesto que, en ese caso, la ausencia de daño – aun indirecto – conlleva, necesariamente, la improcedencia de la acción.

A propósito, corresponde señalar que la LC no prevé la acción individual o singular, de responsabilidad por los actos u omisiones de los síndicos, interventores y los auxiliares, que lesionen directamente los intereses de acreedores o de terceros, y no mediatamente a través de una disminución de la masa activa. En consecuencia dicha acción individual se regirá por las normas generales de responsabilidad en cuanto competencia, procedimiento y prescripción, no siendo aplicables las normas especiales contenidas en este art. 35³⁰¹.

c. Particularidades del régimen previsto en el art. 35 de la LC

*** Procedimiento**

La LC dispone que la acción de responsabilidad se tramitará por la vía ordinaria y será competente el juez del concurso.

*** Prescripción**

La acción prescribe a los dos años a partir del momento en que por cualquier causa el síndico o el interventor hubiera cesado en su cargo. El plazo correrá desde que quede firme la sentencia que decretó el cese del síndico o interventor en su cargo o en su caso aceptó su renuncia en el ámbito del art. 29 de la LC.

La LC se aparta tanto del término de prescripción previsto en la regulación general de la responsabilidad contractual como extracontractual esto es, veinte años y cuatro años, respectivamente, previendo un plazo aún más corto. Consideramos correcto que la LC prevea un plazo específico de prescripción evitándose así discusiones doctrinarias motivadas en la naturaleza de la responsabilidad.

*** Privilegio previsto para el accionante**

En el § 3 del art. 35 se establece un incentivo al acreedor accionante, al prever que si la sentencia condena a indemnizar el pago de los daños y perjuicios, al acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa se le reembolsan los gastos del proceso y se le

301 BACCHI ARGIBAY, op. cit, p. 49; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, GÓMEZ MARTÍN y HERNANDO MENDÍVIL, «De la administración concursal», *Tratado Práctico Concursal*, t. 1 (2009), pp. 843 y 844.

pagará el 50 % del crédito que no hubiera percibido en el concurso.

4. Separación del cargo

El síndico o el interventor pueden ser separados de su cargo de oficio o a petición de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso (art. 6) cuando concurra justa causa. No existe un sistema de causas tasadas para el cese del síndico o del interventor. La LC se refiere a la concurrencia de justa causa en términos genéricos³⁰².

a. Justa causa

Existirá justa causa para separar al síndico o interventor siempre que, debido a determinada circunstancia, el órgano jurisdiccional entienda que el mismo no está en situación de cumplir adecuadamente con la función asignada al órgano. Las circunstancias que permiten al juez del concurso apreciar esa falta de adecuación presentan una vertiente subjetiva y otra objetiva: una circunstancia fáctica puede devenir causa de separación si (subjetivamente) erosiona la relación de confianza entre el juez y el síndico o interventor, o si (objetivamente) confiere la sospecha – o la certeza – de la falta de idoneidad para ejercer adecuadamente sus labores³⁰³.

b. Recursos

La decisión judicial que resuelve la separación del síndico o interventor será recurrible únicamente con el recurso de reposición (art. 252 LC).

c. Nuevo nombramiento

Cuando el síndico o interventor es separado de su cargo en virtud del art. 36 de la LC, el juez del concurso inmediatamente y sin dilaciones debe proceder a designar la persona que lo sustituya.

Existen otros efectos de la separación del síndico o interventor, como por ejemplo, la obligación de rendir cuentas si lo solicitara el nuevo síndico o la comisión de acreedores (art. 38, n° 3).

La sentencia que declare el cese del síndico o interventor será un acto inscribible en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales según el art. 42 n° 2³⁰⁴.

302 HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, «La administración concursal: composición, funciones, retribución y responsabilidad», *Las claves de la Ley Concursal* (2005), p. 211.

303 TIRADO MARTÍ, op. cit., pp. 529 y ss.

304 La LC no dispone la inhabilitación del síndico o interventor en estos casos de separación del cargo pero claramente esta circunstancia de cese será incluida en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales y considerada por los jueces concursales en futuras designaciones.

IV. Auxiliares

A. Función de los auxiliares

El profesional designado como síndico o interventor, siempre ha de actuar asistido por auxiliares. Si se trata de un abogado, requerirá el auxilio de un contador; si se trata de un contador, requerirá el auxilio de un abogado o, eventualmente, otro tipo de profesional, según la actividad de la concursada³⁰⁵.

Para que un profesional recurra a la asistencia de otro, que lo asesore en áreas complementarias es natural, ciertamente, pero para eso no es necesario solicitar autorización alguna al juez del concurso. El síndico o el interventor, es dueño de hacerse asistir por el profesional que se le antoje, especialmente considerando que la LC pone, en principio, los honorarios, de cargo de ellos mismos.

Interpretar que la LC exige una autorización del juez del concurso, para que el síndico o el interventor, puedan nombrar a sus auxiliares, obedece a una interpretación literal de la Ley que, en este caso, debe ser superada. En nuestra opinión, la exigencia de autorización judicial sólo cobra sentido en los casos en que el síndico o el interventor deleguen atribuciones en sus auxiliares.

Si bien la facultad de que el síndico o el interventor deleguen las funciones propias de su cargo en auxiliares no está explícita en la LC, hay un par de alusiones a esta posibilidad en el art. 30. En primer lugar, en su § 1, se prevé que la autorización judicial especifique «*las funciones a desarrollar*» por los auxiliares y, en el § 2, hay una referencia a las «*funciones encomendadas*».

Además, esta interpretación del alcance de las atribuciones que se pueden delegar al auxiliar, explica que se lo someta al mismo régimen de responsabilidad previsto para el síndico o el interventor (art. 35). Sólo se puede comprender que se responsabilice a los auxiliares por el daño que pudiere sufrir la masa concursal, si se le hubieren delegado funciones propias del síndico o el interventor, que puedan tener consecuencias directas sobre dicha masa.

Por lo tanto, entendemos que el síndico o el interventor, pueden delegar algunas de sus facultades en los auxiliares, aun las que supongan darle continuidad a la actividad del deudor, y sólo en ese caso requieren de una autorización judicial. Dicho de otro modo, sin autorización judicial, no cabe delegación alguna.

Entonces, podrá un síndico, por ejemplo, delegar en un auxiliar, la administración de un determinado establecimiento comercial o industrial, con facultades para administrar y disponer de los bienes que lo integran. Podrá, asimismo, un interventor, encomendar a un auxiliar, la facultad que la LC le confiere de controlar las operaciones ordinarias del giro del deudor. En todos los casos, tal como establece el art. 30, el síndico o el interventor, deben requerir autorización judicial y ésta debe especificar las funciones que desarrolla el auxiliar.

B. Procedimiento para obtener la autorización

El síndico o el interventor, pueden requerir la autorización para delegar determinadas funciones en uno o más auxiliares, en cualquier momento. La LC sólo establece, genéricamente, que el requerimiento se puede cursar «*cuando la complejidad del concurso así lo exija*».

305 RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno...* (2010), p. 90.

El síndico o el interventor, entonces, presentarán al juez del concurso una solicitud «*para nombrar auxiliares*», en la que deberán justificar, sumariamente, la complejidad del caso y las facultades que pretenden delegar en el auxiliar. Frente a ese requerimiento, el juez del concurso dictará una resolución que concederá o no, la autorización, especificando las funciones a desarrollar por dichos auxiliares, así como la retribución que les corresponda, la cual será de cargo del síndico o del interventor, salvo casos de gran complejidad a juicio del juez.

Una vez obtenida la resolución que autorice a delegar determinadas atribuciones, el síndico o el interventor, nombran al auxiliar que bien entiendan y recaban su aceptación. Estos actos de nombramiento y aceptación, deberán ser meramente *comunicados* al juez concursal, que se limitará a tomar conocimiento.

Como se advertirá, ni es el juez quien nombra al auxiliar, ni el nombramiento de una persona concreta está sujeto a su aprobación o ratificación. No le corresponde al juez pronunciarse sobre la idoneidad de los auxiliares que pretendan nombrar el síndico o el interventor. El juez, al autorizar la delegación de facultades lo hará, entonces, en forma objetiva, en función de la necesidad u oportunidad de esa delegación, sin tomar en cuenta la persona concreta en quien se verificará la delegación. La LC sólo le atribuye la facultad de otorgar una autorización genérica, sin más precisiones que las funciones a desarrollar y la retribución de los auxiliares. De modo que, una vez obtenida la autorización judicial, el síndico o el interventor, pueden nombrar a quienes les parezca como auxiliares.

En la práctica forense, los síndicos o interventores, al requerir la autorización judicial, mencionan el nombre de la persona a quien se proponen nombrar. Esto, evidentemente, no es necesario.

C. Retribución de los auxiliares

En principio, la retribución de los auxiliares es de cargo del síndico o interventor. Excepcionalmente, en casos de gran complejidad, a juicio del juez, serán de cargo de la masa.

Llama la atención que la LC atribuya al juez la fijación de la retribución, cuando, en general, ésta es de cargo del propio síndico o interventor. La fijación de la retribución por el juez, debiera haber quedado limitada a los casos en que ésta es puesta de cargo de la masa. En caso contrario, la exigencia legal de que la remuneración de los auxiliares sea fijada por el juez, es una intromisión inconveniente de la LC en el ámbito de intereses meramente privados.

CAPÍTULO CUARTO: FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA

Por Virginia S. BADO CARDOZO y Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

En su título IV, la LC regula la composición de la masa activa del concurso desde dos puntos de vista: desde el punto de vista estático (resultado de la confección del inventario y su valoración) y desde el punto de vista dinámico, esto es, luego de puestos en práctica los procesos de reintegración [capítulo III] y de reducción [capítulo IV]³⁰⁶.

306 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2009), p. 320.

El éxito de todo el proceso concursal depende, en gran medida, del cuidado que se haya tenido en la reunión de los bienes y derechos del deudor. Esta tarea le corresponde al síndico o al interventor³⁰⁷.

Para orientar el desempeño de esa tarea, la LC comienza el tratamiento del tema, con la consagración del principio de universalidad (art. 71). A esto agrega algunas precisiones en cuanto a bienes adquiridos por el cónyuge (art. 72) y a la hipótesis en que existan cuentas indistintas (art. 73).

I. Concepto doctrinario de masa activa

Según el diccionario, *masa* es un «conjunto o concurrencia de algunas cosas»³⁰⁸. En el Derecho concursal se distingue, tradicionalmente, entre masa *activa* y masa *pasiva*, en alusión a las cuentas de activo y de pasivo que se llevan en la contabilidad.

A. Masa activa de hecho y de Derecho

La masa activa de hecho es el conjunto formado por todos los bienes y derechos que se encuentran en posesión del deudor al momento de la declaración de concurso.

La masa activa de Derecho es la masa activa depurada, esto es, la que resulta de haber descartado los bienes que no son propiedad del deudor (mediante el procedimiento de reducción) y de haber sumado los bienes que son propiedad del deudor pero se encuentran en manos de otras personas (mediante el procedimiento de reintegración)³⁰⁹. Además, la masa activa acrece con los bienes futuros que pueda adquirir el concursado, así como con los frutos de sus bienes³¹⁰.

La masa activa de Derecho puede ser definida, entonces, como el conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso, descartados aquellos no son de propiedad del deudor y, como contrapartida, incrementado por los que se reintegren a la masa o adquieran hasta la conclusión del procedimiento³¹¹, que han de ser objeto de la liquidación en la etapa final del proceso concursal³¹². Los

307 BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, v. 2, p. 543; REVILLA GONZÁLEZ, «Procesos incidentales concursales con tramitación específica y calificación del concurso», *Tratado de Derecho mercantil, Derecho procesal concursal*, v. 7 (2008), p. 292.

308 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22 ed.

309 MOSSA, op. cit. (1940), p. 592

310 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 276.

311 BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, v. 2, p. 543.

312 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 275.

procedimientos de liquidación se practican sobre la masa activa de Derecho pues a ésta se limita la garantía común de los acreedores³¹³.

B. Precisión

El conjunto de bienes que integran la masa activa no tiene individualidad jurídica; no es un bien distinto de los bienes que lo componen. La masa activa no configura un patrimonio de afectación, que se separa del patrimonio del concursado. Tampoco es sujeto de Derecho³¹⁴.

Esta precisión, que pudiera parecer obvia, es necesaria en tanto que en algunas normas de la LC, se subjetiviza a la masa³¹⁵. RODRÍGUEZ OLIVERA menciona los siguientes ejemplos, en que se hace referencia a la masa como si fuera un sujeto de Derecho:

1. El art. 74 se refiere a la suspensión de la legitimación del deudor, para disponer y obligar a la masa del concurso.
2. Los arts. 91 y 92 se refieren a los créditos contra la masa.
3. El art. 169 sobre la resolución judicial de liquidación, señala que debe contener la suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso.

C. Concepto legal de masa activa

Según dispone el art. 71, la masa activa estaría integrada por «*la totalidad del patrimonio del deudor a la fecha de la declaración y por los bienes y derechos que adquiera hasta la conclusión del procedimiento*».

La doctrina advierte que la norma no fue correctamente redactada. La noción de patrimonio que adopta la LC está circunscripta a su faz activa, esto es, sin tomar en cuenta las deudas que podrían descontarse del activo. La masa activa no puede considerarse integrada por todo el patrimonio. Para el Derecho, el *patrimonio* de un sujeto está integrado por el conjunto de sus bienes, derechos y obligaciones. Las obligaciones del deudor, como es obvio, no integran la masa activa del concurso sino la masa pasiva. Deducidas las deudas que gravan a la sociedad, el remanente constituye su patrimonio neto.

Se debió establecer que la masa activa se integra con todos los bienes del patrimonio. Evidentemente, en la LC no se usa el término patrimonio, en su sentido jurídico sino con el significado que le da la ciencia contable. Se trata de un equívoco reiterado del legislador.

313 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 321.

314 RODRÍGUEZ OLIVERA, id. ibid.

315 Lo mismo sucede con la masa pasiva. El art. 85, por ejemplo, cuando se refiere a las acciones revocatorias, establece que si el síndico no las promueve, en el plazo fijado por la junta de acreedores, el acreedor o acreedores, que representen por lo menos el 5 % del pasivo total, pueden promover la acción *por cuenta de la masa*, como si la masa fuera un sujeto de Derecho, por cuya cuenta se actuara.

II. Composición de la masa activa de Derecho

La LC se ocupa tanto de determinar qué bienes están incluidos en la masa activa de Derecho, como de especificar cuáles están excluidos.

A. Bienes incluidos

La masa activa de Derecho, de acuerdo con la LC, está integrada por los siguientes bienes:

1. Los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor desde la fecha de la declaración de concurso y los que adquiera hasta la conclusión del procedimiento (art. 71, § 1).
2. Los bienes gananciales cuya administración le corresponda al deudor, de acuerdo a la Ley o en atención al régimen establecido en capitulaciones matrimoniales (art. 71, § 2). De acuerdo con lo dispuesto por el art. 1970 del CC, cada cónyuge administra los bienes gananciales que adquiere.
3. Los bienes adquiridos por el cónyuge del deudor en el año anterior a la declaración de concurso, llevados a la masa en virtud de una acción revocatoria basada en la presunción establecida en el art. 72 de la LC.
4. La totalidad del saldo acreedor de las cuentas indistintas abiertas con un año o menos de antelación a la fecha de la declaración de concurso, llevado a la masa en virtud de lo dispuesto en el art. 73.
5. Los bienes reintegrados a la masa gracias al ejercicio de las acciones revocatorias previstas en los arts. 80 y ss.
6. Los bienes hipotecados o prendados del deudor en favor de acreedores o terceros.

B. Bienes excluidos

Quedan excluidos de la masa activa de Derecho los bienes siguientes:

1. Los bienes que compongan el patrimonio del deudor, propios o gananciales bajo su administración, que tengan el carácter de inembargables (art. 71, § 2).
2. Los bienes y derechos que, al momento de la declaración del concurso, se encuentren en posesión del deudor pero que no sean de su propiedad y cuyo destino es ser entregados a sus titulares en virtud del procedimiento de reducción de la masa activa prevista en los arts. 88 y siguientes.
3. Los bienes gananciales cuya administración no le corresponda al deudor concursado.

C. Bienes adquiridos por el cónyuge del deudor

El art. 72 establece que se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que los bienes y derechos adquiridos por el cónyuge del deudor, dentro del año anterior a la declaración de concurso, respecto de los cuales no pueda justificar la procedencia del precio, constituyen donación del deudor.

1. Presunción legal

El art. 72 de la LC establece que, si se dan las condiciones que se analizarán a continuación, se presume que los bienes y derechos adquiridos por el cónyuge no deudor, lo han sido a título de donación del cónyuge deudor. En virtud de esa presunción, se torna aplicable el art. 81, que dispone el régimen para la revocación de las donaciones efectuadas

dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

En función de esa acción revocatoria, los bienes y derechos adquiridos por el cónyuge ingresarían a la masa activa del concurso, sin perjuicio de la posibilidad de incoar una acción de nulidad fundada en la prohibición de donaciones entre cónyuges.

a. Fundamentación

El art. 72 viene a resolver, mediante el establecimiento de una presunción, un problema común en la adquisición de bienes dentro del régimen de ganancialidad. La norma trata de explicar el origen de los bienes y derechos adquiridos por el cónyuge del deudor concursado, dentro del año anterior a la declaración de concurso, y respecto de los cuales no pueda justificar cómo consiguió el dinero para adquirirlo.

El legislador parte del supuesto de que un deudor en dificultades puede haber destinado recursos propios a la adquisición de bienes y derechos por parte de su cónyuge. De esa manera dichos bienes y derechos quedarían a resguardo de las pretensiones de sus acreedores.

b. Alcance de la presunción legal

Se trata de una presunción simple, puesto que admite la prueba en contrario, mediante la justificación de la procedencia del precio. La presunción legal produce la inversión de la carga de la prueba, en beneficio de los acreedores. Estos no tendrán que realizar el esfuerzo probatorio.

La LC facilita la prueba en contrario, a través de otra presunción, puesto que se tiene por justificada la procedencia del precio, por el hecho de que el cónyuge reciba sueldo, ejerza una profesión o tuviera dinero a su disposición. De modo que se presume que, si el cónyuge tiene algún trabajo o profesión que le permita disponer de un importe de dinero suficiente para la adquisición de los bienes y derechos que se pretenden incorporar a la masa activa del concurso, los recursos necesarios para esa adquisición provinieron del trabajo o profesión del cónyuge.

c. Ámbito de aplicación de la presunción

*** Ámbito material**

La presunción del art. 72 sólo será invocada en acciones revocatorias sobre bienes, gananciales o no, cuya administración no le corresponda al deudor.

El resto se considera que integra el patrimonio del deudor, tal como lo establece expresamente el art. 71, § 2, por lo que carece de sentido promover una acción revocatoria a su respecto. Ya integran la masa activa del concurso, por disposición legal.

*** Ámbito temporal**

La presunción opera, exclusivamente, respecto a adquisiciones de bienes y derechos ocurridas dentro del año anterior a la declaración de concurso.

El limitar el plazo operativo de la presunción a un año es incongruente con el plazo conferido para promover la acción revocatoria (art. 81). Resulta que la presunción sólo opera respecto a adquisiciones realizadas en el año anterior a la declaración del concurso.

Si se trató, efectivamente, de un acto gratuito del deudor que excede el año, podrá igualmente revocarse pero sin estar facultado para invocar la presunción del art. 72. Sin embargo, para que una adquisición del cónyuge realizada más allá del año pueda ser revocada se deberá, previamente, probar la simulación, que el verdadero adquirente es el

deudor y que, en todo caso, hubo una donación a su cónyuge.

2. Condiciones para que opere la presunción

Para que así sea deba sumarse dos condiciones:

- a. En primer lugar, el cónyuge adquirente no debe poder justificar el pago del precio, por carecer de recursos o no tener profesión o trabajo que explique de dónde obtuvo el dinero suficiente para ello.
- b. En segundo lugar, el bien o derecho, presumiblemente donado, debe haberse adquirido dentro del año anterior a la declaración de concurso. El límite se establece en el entendido de que toda adquisición del cónyuge del deudor, durante este período, está bajo sospecha pues no es descabellado pensar que se trate de una maniobra del deudor para insolventarse y, así, defraudar a sus acreedores.

3. Excepción

En el § 3 del artículo que estamos comentando, se establece que la presunción no rige cuando los cónyuges estuvieran «*separados judicialmente*».

La doctrina advierte que no queda claro si la referencia es a la separación judicial de bienes conforme al régimen de la Ley 10.783 o a la separación judicial de los cónyuges prevista en el CC. Se considera, sin embargo, que «*por el tenor de la norma*», parecería que la referencia sería a la primera de ambas situaciones³¹⁶.

No compartimos la opinión que se acaba de referir, por las razones siguientes:

a. La excepción del § 3 es idéntica a la contenida en el art. 78.2 de la LCE pero allí referida, claramente, a la separación judicial o de hecho de los cónyuges (no de sus patrimonios). La excepción del caso de separación - que en la interpretación que pretende la doctrina carece de cualquier justificación - se entiende en el contexto de la LCE. En el régimen de la LCE, si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, los bienes gananciales quedan incluidos en la masa activa por disposición legal, sin perjuicio de que el cónyuge pueda pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal (art. 77.2). Luego, el art. 78 de la LCE incluye la misma presunción que contiene nuestro art. 72 pero sólo para la hipótesis de concurso de persona casada en régimen de separación de bienes.

Es evidente que, en el régimen de la LCE carece de sentido que la presunción operara respecto de un deudor casado en régimen de comunidad de bienes, puesto que, en ese caso, es innecesario promover una acción revocatoria para incorporar a la masa activa los bienes gananciales. Esos bienes ya la integran por imperio legal. Entonces, cobra sentido una disposición que regule el caso del deudor separado de bienes de su esposa, para facilitar las acciones revocatorias sobre las adquisiciones de bienes por parte de su esposa. Cobra, también, sentido que se excepcione de tan severo régimen a los cónyuges separados judicialmente o de hecho.

b. En nuestra opinión la excepción que acabamos de mencionar se refiere a la separación de cuerpos, no a la de bienes, puesto que el estar separado de bienes constituye el presupuesto mismo de la norma.

Por lo tanto sólo quedan excluidos de la presunción del art. 72, los bienes adquiridos

316 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387* (2009), p. 137; RIVERO DE ARHANCET y RAMOS CABANELLAS, *El concurso y su incidencia en el Derecho de familia personal, la sociedad conyugal, la unión concubinaría y las sucesiones* (2009), p. 46.

por el cónyuge no deudor con separación judicial de cuerpos o divorciado. La presunción opera, entonces, tanto respecto a los bienes gananciales adquiridos por el cónyuge no deudor como respecto a los bienes adquiridos por el cónyuge no deudor en régimen de separación de bienes.

Esta interpretación, además, le atribuye sentido a la norma. En caso contrario, bastaría para defraudar a sus acreedores, que el deudor concursal obtuviera la separación de bienes. No advertimos, tampoco, por qué se habría de exceptuar de la presunción, las adquisiciones de bienes por parte de un cónyuge separado de bienes, que ni siquiera pueda acreditar tener un empleo, profesión o disposición de dinero suficiente para adquirir los bienes que misteriosamente ingresan a su patrimonio en el año anterior a la declaración del concurso.

IV. Inventario de la masa activa

A. Concepto de inventario

La palabra *inventario* corresponde a la voz latina *inventarium*, proveniente de *invenio* que significa *encontrar*. Etimológicamente, entonces, *inventario* es una lista de lo que se encuentra³¹⁷.

De acuerdo con COUTURE, el inventario es una descripción formulada por el alguacil del juzgado o por las partes interesadas, en la cual se consigna el estado de un patrimonio mediante el detalle pormenorizado de los bienes que integran su activo y de las obligaciones que constituyen su pasivo³¹⁸.

B. Función del inventario

En el concurso, el inventario que elabora el síndico o el interventor, tiene dos funciones:

1. informar a los acreedores y al juez sobre la conformación inicial de la masa activa de hecho, a los efectos de la consideración de un posible convenio o de orientar la liquidación, en su caso.
2. permitir que el juez a cargo del concurso modifique su resolución inicial, transformando la suspensión de la legitimación en limitación o la limitación en suspensión (art. 45.3 LC).

La inclusión de un bien o de un derecho de crédito a favor de la concursada dentro del inventario no supone necesariamente, aunque luego este inventario sea aprobado judicialmente, un pronunciamiento declarativo de la propiedad o del derecho real del concursado sobre aquellos bienes, o del derecho de crédito de la concursada frente a un tercero.

C. Diligencia de inventario

La diligencia de inventario es uno de los actos más trascendentes del procedimiento concursal. Con esta tarea, el síndico o el interventor toman su primer contacto con la masa

317 COUTURE, *Vocabulario jurídico*, 3ª ed. (1976).

318 COUTURE, *íd.*

activa del concurso, constatando la existencia de los bienes que el deudor declaró inicialmente poseer. Este inventario es independiente de aquél dispuesto en el art. 7, que debe ser presentado por el deudor al solicitar su propio concurso.

1. Contenido del inventario

El inventario debe realizarse sobre todos los bienes y los derechos, que pertenezcan al deudor.

a. Bienes

Especialmente, se han de inventariar los bienes que se encuentren en los establecimientos comerciales o industriales deudor. También, se deben incluir en el inventario los bienes personales del deudor, con la única excepción de los inembargables. Asimismo, corresponde inventariar aquellos bienes gananciales cuya administración corresponda al deudor.

b. Derechos

En cuanto a la referencia al inventario de los derechos, implica que se incorporen todos los derechos a favor del deudor, incluso los litigiosos, que hubieran nacido a la vida jurídica hasta el día anterior al de la presentación del inventario. No obstante, aquellos derechos posteriores a esa fecha, se habrán de integrar en la masa activa para cumplir la finalidad común de servir a la ordenada satisfacción de los créditos que sobre ella pesan, conforme al principio de universalidad.

Es indiferente que se trate de derechos documentados en títulos valores o no.

2. Relación entre el inventario y la masa activa

Una vez realizado el inventario quedará conformada la masa activa de hecho. En el transcurso del proceso y sus diversas instancias, la masa activa de hecho será depurada mediante el procedimiento de reducción, que eliminará de la masa activa los bienes inventariados que se acredite no sean de propiedad del deudor. Asimismo, se incorporarán a la masa activa los bienes que no hubieran podido ser inventariados por encontrarse en manos de otras personas, a pesar de integrar el patrimonio del deudor, mediante el procedimiento de reintegración³¹⁹. Sin perjuicio de ello, la masa activa acrecerá con los bienes futuros que adquiera el concursado, así como con los frutos de sus bienes³²⁰.

3. Valoración

El inventario, preceptivamente, debe contener la valoración de cada uno de los bienes y derechos incluidos³²¹.

a. Asesoramiento de expertos independientes

Para valuar estos bienes y derechos, el síndico o el interventor deben a contratar los servicios de «*expertos independientes*», esto es, que no tengan relación con el deudor ni con los acreedores concursales.

Previamente, deben solicitar autorización al juez. Ciertamente el juez puede negar la autorización si considera que el candidato no cumple con la condición de independencia que requiere la norma o si no lo considera suficientemente calificado para la tarea.

319 MOSSA, *Derecho mercantil*, 2^{da} parte (1940), p. 592.

320 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo* (2009), p. 276.

321 BROSETA PONT, op. cit., p. 543.

b. Condiciones de la valoración

La valoración debe hacerse a la fecha de declaración del concurso y, luego, a la fecha de presentación del inventario. Debe indicarse la variación operada en caso de existir un aumento o una disminución del valor, entre las dos fechas referidas. Si el valor inicial no ha sufrido modificaciones no debe realizarse ninguna observación.

La LC no establece reglas que permitan realizar la valoración de los bienes. Sin embargo, parece lógico que se atienda al valor de mercado y que se tenga presente la existencia de gravámenes constituidos sobre los mismos.

Teóricamente, la valoración podría hacerse según el valor de costo o el valor comercial de venta al público o el valor en remate. Por nuestra parte, entendemos que para determinarse cómo hacer la valoración, debe tenerse en consideración la función del inventario, ya referida en páginas anteriores.

Así, por ejemplo, si se trata de un inventario de las mercaderías existentes en un establecimiento comercial, en un concurso en el que se mantiene la actividad del deudor, la valoración deberá contemplar el precio de venta al público de esas mercaderías. De la venta al público de la mercadería surgirán los recursos con que contarán los acreedores para la recuperación de sus créditos. Ese es, entonces, el valor relevante para los acreedores.

En esta hipótesis, también, es relevante el valor de remate de las mercaderías, puesto que, de no prosperar el convenio constituirá, probablemente, los fondos con que contarán los acreedores para el cobro de sus créditos. Por lo tanto, es fundamental, para los acreedores, poder considerar este valor a la hora de determinar si se acepta o no, el convenio ofrecido por el deudor. Pareciera, entonces, que en un caso como el del ejemplo, no debiera haber una única tasación sino dos, según diversos criterios, de modo de poder cumplir plenamente con la función que se le reconoce al inventario.

V. Conservación y administración de la masa activa

La declaración de concurso, en principio, no determina el cese o la clausura de la actividad del deudor. Excepcionalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 44 de la LC, el juez tiene la facultad de disponer estas medidas en cualquier momento a instancia del deudor, los acreedores, el síndico, el interventor y hasta de oficio.

La declaración de concurso tampoco trae consigo, necesariamente, la separación del deudor de la administración de su patrimonio. Esta consecuencia sólo es el resultado de una situación muy grave. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el art. 45, el juez debe disponer la suspensión de la legitimación del deudor para disponer, sólo, cuando el concurso es necesario (solicitado por cualquier persona a excepción del deudor [art. 11]) o, cuando, aun siendo voluntario, el activo no sea suficiente para satisfacer el pasivo (art. 45, n^{os} 1 y 2). En estos casos, el deudor es sustituido por un síndico, pues la LC entiende que el deudor no ha cumplido con la obligación de solicitar su propio concurso (art. 10), o ha cumplido con la LC pero existe una situación de insolvencia que justifica su sustitución.

Cuando el concurso es voluntario, esto es, solicitado por el propio deudor (art. 11) y cuando el activo es suficiente para la satisfacción completa del pasivo, la LC considera que el deudor merece seguir participando de la administración y disposición de su patrimonio. Por esta razón, en estos casos, sólo se limita su legitimación y se designa a un interventor para que co-administre los bienes (art. 45, n^o 2).

Por tanto, cuando hay suspensión de la legitimación y, consecuentemente, sustitución del deudor por un síndico, es a éste a quien corresponde la primera tarea de todo administrador: la simple conservación del patrimonio.

A. Conservación de la masa activa

Conservar el patrimonio significa no empobrecerlo, no permitir que disminuya su valor. En principio, el síndico no está facultado para disponer de los bienes y derechos de la masa activa. Sólo puede enajenar estos bienes cuando de no hacerlo se produzca, justamente, un empobrecimiento. Así, la LC permite al síndico enajenar, de inmediato, los bienes de fácil deterioro o los de difícil o costosa conservación. La LC, en este aspecto, facilita la liquidación de estos bienes y con ello mejora el régimen anterior que exigía, en todo caso, el remate público.

Dentro de las obligaciones del síndico, en esta función de conservación, la LC señala la realización de todos los actos necesarios para poseer los libros y documentos relacionados con el deudor y su actividad, sin los cuales no puede realizar el inventario del art. 77, ni la tarea de depuración de la masa activa consistente en la reintegración y reducción de bienes previstas en este título. Como corresponde el síndico solicitará al deudor la entrega de todos estos documentos. Si no los entrega voluntariamente, el síndico tiene la obligación de realizar la denuncia correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 248 y 249.

La tarea de conservación, generalmente, es muy costosa y, a veces, no se corresponde con el valor de los bienes a conservar. Entre otras medidas, el síndico deberá contratar seguros, servicios de vigilancia, si se trata de inmuebles deberá cerrarlos para evitar que ingresen intrusos y deberá, además, ocuparse de todos los gastos de mantenimiento para evitar el deterioro de los bienes.

B. Administración de la masa activa

En este art. 75 se establece el alcance de la facultad de administración de los bienes y derechos componentes de la masa activa, facultad que tendrá el síndico (si hay suspensión de la legitimación para disponer) o el deudor, acompañado por el interventor (si hay sólo limitación de la legitimación).

Al contrario de la simple conservación, en el sentido que le atribuye la LC, la administración trae consigo los poderes de disposición del patrimonio, tanto de enajenación como de gravamen.

1. Limitaciones

Esta facultad no está exenta de límites, a los que se refiere el propio art. 75.

En primer lugar, todo acto de disposición se debe realizar en interés de los acreedores. De modo que la LC, en este capítulo, prioriza el interés del acreedor por sobre otros principios, como por ejemplo, el principio de conservación de la empresa.

En segundo lugar, los actos de disposición sobre bienes o derechos cuyo valor supere el 5 % del valor total de la masa activa no pueden hacerse en cualquier momento; habrá de aguardarse la resolución judicial que apruebe el convenio u ordene la apertura de la liquidación y, en todo caso, con autorización del juez.

2. Facultades extraordinarias

Como contrapartida, la LC le brinda al síndico dos instrumentos excepcionales para la administración de la masa activa: el levantamiento, a su respecto, del secreto bancario y la posibilidad de rehabilitar contratos.

a. Administración de las cuentas bancarias del deudor

Si en la masa activa del concurso se encuentra algún valor depositado, en cuenta corriente o en cualquier otro concepto, en una empresa de intermediación financiera, al

síndico o al interventor no le será oponible el secreto profesional (art. 76), dispuesto en el art. 25 del Decreto Ley 15.322, de 23 de setiembre de 1982, de Intermediación Financiera³²².

El art. 76 debe compaginarse con lo dispuesto en el art. 73, ya visto, que refiere a la existencia en la masa activa de cuentas indistintas. En este caso parece claro que, dada la presunción establecida en la norma, el secreto profesional se levanta para los dos titulares.

Respecto de contratos celebrados con más de un año de antelación, caso en que no opera la presunción de propiedad dispuesta, el problema parece más difícil de resolver. En principio parecería que respecto del co-titular, que no ha sido declarado en concurso, no correspondería sea alcanzado por esta norma. Sin embargo, dada la trascendencia que tiene la situación concursal para la sociedad, entendemos que el derecho del particular a la reserva debe ceder frente al interés general en conocer el contenido de estas cuentas para su administración.

La doctrina señala que este artículo contempla un caso poco probable, pues parte de la base que las cuentas se encuentren operativas cuando, lo más lógico sería que se encontraran suspendidas y hasta clausuradas.

b. Rehabilitación de contratos que hubieran caducado o hubieran sido resueltos

En el art. 79, la LC establece que determinados contratos pueden ser objeto de *rehabilitación* siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. Se trata de una facultad que puede ejercer el síndico o el interventor, aun contra la voluntad de la contraparte.

La norma plantea la posibilidad de una categoría distinta a las de rescisión y resolución a las que estamos acostumbrados. Se refiere a la *rehabilitación*, categoría que operaría entre la producción de la causal de resolución (el incumplimiento), hasta el momento inmediatamente anterior a la sentencia firme de declaración de resolución. Además se prescinde, completamente, de la voluntad del co-contratante.

La LC realiza una nómina restrictiva de contratos a los que se le puede aplicar este procedimiento. Existe, por tanto, un límite objetivo y uno temporal que deben ser respetados. Todos tienen, en común, la existencia de un crédito: mutuos pagaderos en cuotas, compraventas a crédito, promesas de enajenación de inmuebles a plazos, los arrendamientos y créditos de uso *caducos* por incumplimiento del deudor de pagar el precio o los pagos comprometidos.

Para que puedan ser *rehabilitados*, es necesario que se cumplan, acumulativamente, ciertas condiciones, pensadas para garantizar la contraprestación del acreedor que se ve obligado a continuar un contrato que pretende resolver³²³:

- En primer lugar, previamente, se deben consignarse los importes pendientes de

322 MARTÍNEZ BLANCO entiende que la norma se circunscribe, exclusivamente, a las cuentas corrientes bancarias (MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 229).

Nosotros, en cambio, consideramos incluidas en la norma todas las cuentas bancarias del deudor y no sólo las corrientes. La Ley no distingue. De este modo, y por resultar coherente con lo dispuesto en el DLIF, nos referimos a valores depositados en cualquier concepto.

323 Esto supone, como es lógico, un concurso con activos líquidos como para poder enfrentar los pagos.

pago y los intereses moratorios, así como asumir la obligación de continuar realizando los pagos periódicos. Los pagos posteriores a la declaración del concurso se consideran créditos contra la masa.

- En segundo lugar, se debe notificar la rehabilitación a la parte acreedora. La notificación debe realizarse antes de que finalice el plazo para presentar la solicitud de reconocimiento de créditos en el concurso.
- En tercer lugar, no debe haber recaído sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada disponiendo la resolución del contrato por incumplimiento.

CAPÍTULO QUINTO: FORMACIÓN DE LA MASA PASIVA

Por Virginia S. BADO CARDOZO y Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

La masa pasiva del concurso, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 55 de la LC, comprende a todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, anteriores a la declaración del concurso, siempre que se hayan verificado sus créditos³²⁴.

En principio, como la LC no distingue, todos los acreedores que integran la masa pasiva del deudor, deben proceder a verificar sus créditos: los privilegiados especiales (art. 109)³²⁵, los privilegiados generales (art. 110), los acreedores con créditos sujetos a condición y litigiosos (art. 103), los acreedores subordinados (art. 111 y 112) y los acreedores quirografarios o comunes³²⁶.

Quedan excluidos los créditos contra la masa. A éstos no les afecta el concurso, ni les

324 Doctrinariamente, también, se la denomina *masa de acreedores* o *masa subjetiva* (MEZZERA ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Comercial*, t. 5, 4ª ed. (1997), p. 215; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*, t. 1, *Quiebra* (2005), p. 171).

325 En el régimen anterior, los acreedores con garantía hipotecaria o prendaria (denominados *preferentes*), estaban exonerados del deber de verificar sus créditos. Se esgrimían dos argumentos: en primer lugar, en virtud de lo dispuesto en el art. 1737 del CCom, estos acreedores no participaban del proceso concursal; en segundo lugar, los requisitos propios de constitución de estas garantías tornan indiscutibles la legitimidad del crédito. Sin embargo, MEZZERA ÁLVAREZ recomendaba que, de todas formas, se procediera a verificarlos puesto que, eventualmente y por el saldo impago, podían asumir la condición de acreedores quirografarios. Además, el control del resto de los acreedores no debía descartarse porque la hipoteca o la prenda podía ser nula o anulable por haberse realizado en los períodos de sospecha (MEZZERA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 219 y ss.). Es, también, la recomendación de RODRÍGUEZ OLIVERA (*Manual...* v. 4, t. 1 (2005), p. 185).

326 CABRERA DAMASCO, «La actuación del interventor o síndico en la verificación de créditos garantizados con prenda o hipoteca», *Dinamismo y desafíos del Derecho comercial* (2013), p. 488; MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal*, 2ª ed. (2012), p. 306.

alcanza la Ley del dividendo³²⁷.

I. Verificación de los créditos

La verificación de los créditos es un procedimiento que tiene por finalidad corroborar la legitimidad del crédito presentado por el acreedor y depurar la masa de acreedores³²⁸.

El acreedor, hasta el momento de presentación de su crédito a la verificación, tiene un derecho potencial a participar en los procedimientos. Se lo llama *acreedor concursal*. En cuanto su crédito es verificado, cambia de categoría y, de mero concursal, pasa a ser *acreedor concurrente*. Se lo denomina *concurrente* pues está en condiciones de *concurrir* al concurso³²⁹.

A. Comunicación a los acreedores

La comunicación a los acreedores se encuentra regulada en el art. 93. Por la ubicación de este artículo dentro del capítulo referido a la verificación de los créditos, pareciera estar concebida como el acto inicial del procedimiento de verificación.

1. Condiciones de la comunicación

a. Plazo

La comunicación debe realizarse, como máximo, dentro del plazo de quince días hábiles, a contar de la designación del síndico o del interventor (art. 93).

b. Contenido

La comunicación tiene como función, notificar a los acreedores sobre diversos puntos muy concretos: la declaración del concurso; la sede ante la cual se tramita el concurso; el nombre del síndico o interventor; la fecha fijada para la junta de acreedores.

En la comunicación no se emplaza a los acreedores a la verificación de sus créditos. Sería útil, evidentemente, aprovechar esta oportunidad para comunicar a los acreedores que deben comparecer a insinuar sus créditos. La LC no lo establece. Mucho menos obliga a incluir, en la notificación, una advertencia al acreedor respecto de las consecuencias de no presentarse a la verificación de su crédito.

c. Destinatarios

Los destinatarios de la comunicación son tanto los acreedores del deudor concursado, como sus codeudores, fiadores o avalistas. Han de recibir la comunicación todos los

327 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*, t. 1, *Quiebra*, p. 195.

328 RIVERA, *Instituciones de Derecho Concursal* [1996], p. 219; RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., pp. 171 y 172.

329 MEZZERA ÁLVAREZ, op. cit., p. 215; MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal* [2012] pp. 281 y 282; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, p. 172.

acreedores del deudor, sea porque consten en su contabilidad y documentos, o porque resulten conocidos de cualquier otra forma.

La norma no distingue entre los acreedores, de modo que todos deben recibir la comunicación, sean privilegiados, subordinados o quirografarios, o sean anteriores o posteriores a la declaración del concurso (obviamente hasta que se cursó la comunicación).

Si el crédito contra el concursado estuviere incorporado a un título valor, se entiende que el síndico o el interventor cumplen con notificar a la persona a favor de la cual el deudor lo haya librado o endosado. Si el título circula, puede haber acreedores que sean desconocidos para el propio concursado.

2. Función de la comunicación

La comunicación tiene como función poner en conocimiento de los acreedores y los codeudores que consten en la contabilidad y documentos, de ciertos elementos esenciales del concurso. De esta forma, se les pone en conocimiento de la existencia del concurso y darles la oportunidad para que insinúen su crédito.

Por encontrarse el artículo en análisis bajo el título «*solicitud de verificación*», se debe entender como el inicio de la etapa de verificación de créditos. Una vez recibida personalmente la comunicación, los acreedores y codeudores no pueden desconocer la existencia del proceso concursal, ni alegar desconocimiento de la LC, por lo que quedan colocados frente a la carga de proceder como mejor entiendan que conviene a sus intereses. Hubiera sido útil, evidentemente, aprovechar esta oportunidad para comunicar a los acreedores que deben comparecer a insinuar sus créditos.

La notificación que estamos analizando, debe hacerse sin perjuicio de la derivada de la publicación de la sentencia de declaración de concurso, dispuesta en el art. 21. La publicación del art. 21, tiene por objeto publicitar el contenido de la sentencia de declaración del concurso (art. 19). Uno de esos contenidos es, precisamente, la convocatoria a la junta de acreedores (nº 4). De modo que la convocatoria a la junta se hace por dos personas distintas y de modos distintos: por el juez mediante publicaciones (art. 19, nº 4 y art. 21) y por el síndico o interventor mediante carta u otro medio fehaciente (art. 94).

B. Solicitud de verificación de los créditos

1. Naturaleza jurídica y caracteres de la insinuación

La solicitud de verificación de los créditos o *insinuación*³³⁰ constituye una carga procesal que la LC impone a los quienes pretendan ser considerados como acreedores concurrentes³³¹. La existencia de esta carga se justifica en el derecho de todos los acreedores

330 *Insinuación*, en su acepción forense, significa presentar un instrumento público ante el juez competente para que éste interponga en él su autoridad y decreto judicial de aprobación (ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* [19 ed.]).

331 La consideración de la insinuación como una carga es ampliamente aceptada. Véase, por ejemplo a los autores siguientes: ESCUTI y JUNYENT BAS, *Derecho concursal* (2006), p. 197; PÉREZ RAMOS BOLOGNA, «Formación de la masa pasiva», *Curso de Derecho Comercial*, p. 485 (2013); RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, *Los créditos y el concurso* (2009), p. 50.

a controlar la legitimidad de los títulos de quienes pretendan cobrar en el concurso³³².

a. La insinuación como acto necesario

Los autores coinciden en que, en tanto constituye una mera carga, la insinuación tiene carácter facultativo, en tanto los acreedores no podrían ser compelidos a participar en el procedimiento concursal. Los acreedores no pueden ser tenidos en cuenta en contra de su voluntad³³³.

No obstante, en general, los autores consideran que la presentación a la verificación del crédito es un acto necesario para que el acreedor concursal devenga en concurrente³³⁴. Se considera indispensable para que pueda participar en el proceso y cobrar en él su cuota parte en la liquidación final³³⁵. Se entiende que si el acreedor no insinúa su crédito no puede participar en la junta ni en los restantes procedimientos, ni beneficiarse de la liquidación³³⁶.

b. La insinuación como opción

Por su parte, XAVIER DE MELLO FERRAND y SORONDO PEYRE – en posición que compartimos - consideran que la presentación a la verificación del crédito no es un acto necesario para que el acreedor sea considerado por el síndico o el interventor al confeccionar el listado de acreedores concursales³³⁷. En esta posición, no sólo los acreedores que cumplieron con la carga de insinuar sus créditos sino todos los que figuran en la lista de acreedores aprobada judicialmente, gozan de la totalidad de los derechos y prerrogativas de los acreedores concurrentes³³⁸.

332 RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, op. cit., p. 50.

333 RAMÍREZ, op. cit., p. 789 y 790; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 241.

334 CREIMER BAJUK, *Concursos*, p. 55; MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), p. 282; RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, op. cit., p. 50; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 241.

335 CREIMER BAJUK, *Concursos*, p. 55; MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), p. 282; RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, op. cit., p. 50; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 241.

336 RODRÍGUEZ OLIVERA, id. *ibid.*

337 XAVIER DE MELLO FERRAND y SORONDO PEYRE, «La carga de presentarse a verificar los créditos. Situación de los acreedores que no se presentan», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios* (2010), pp. 567-573.

338 CREIMER BAJUK, «Verificación de créditos», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios* (2010), pp. 485 y 486; XAVIER DE MELLO FERRAND y SORONDO PEYRE, op. cit., p. 567.

Los autores referidos consideran que en la lista que el art. 101 de la LC encomienda preparar a los síndicos o interventores, se han de incluir aquellos acreedores que hayan insinuado sus créditos o surjan de la contabilidad y demás documentación del concursado en forma indubitable. Luego, puesto que el art. 106 establece que los créditos contenidos en dicha lista se tendrán por verificados y reconocidos, la verificación alcanzaría a aquellos acreedores que no hubieran insinuado sus créditos, si estos constan en la lista referida³³⁹.

Entonces - en opinión de estos autores - los acreedores que no insinuaron sus créditos dentro del plazo previsto para ello o vencido el mismo, corren el riesgo de que el síndico o el interventor no los hayan incluido en la lista de acreedores. Por el contrario, los insinuantes verificados y todos los que estuvieren en la lista aprobada judicialmente, tendrían derecho a concurrir a la junta de acreedores, votar en ella, integrar la comisión de acreedores, votar, adherir u oponerse a convenios, y participar en la distribución del activo remanente de la liquidación³⁴⁰.

Entonces, a pesar de que en esta posición no se considera indispensable la presentación de la solicitud de verificación, igualmente se estima que ésta es un acto conveniente para quienes pretendan ser considerados como acreedores. El síndico o el interventor pueden desconocer la existencia de un determinado crédito o carecer de los elementos necesarios para verificar su calidad de acreedores. Luego, si el acreedor no solicita la verificación y el síndico o el interventor no lo incluye en el listado de acreedores, el supuesto acreedor no podrá participar en el proceso concursal, ni cobrar en él su cuota parte en la liquidación final hasta tanto no se someta a la verificación (art. 99). Concretamente, hasta que no se verifica su crédito, el acreedor no puede participar en la junta ni en los restantes procedimientos, ni en la liquidación.

2. Condiciones de la insinuación

Para no entorpecer el legítimo derecho del acreedor, no se establecen formalidades ni honorarios, tributos o costos de ninguna especie.

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el art. 37.1 del CGP, el acreedor insinuante deberá comparecer a todos los actos del proceso asistido por abogado, debiendo el tribunal rechazar los escritos que no lleven firma letrada e impedir las actuaciones que se pretendan realizar sin esta asistencia.

Fuera de esta exigencia, de carácter general, se establecen condiciones referidas a la presentación del acreedor, al plazo en que se debe formular la insinuación, al contenido de la misma y los documentos que se deben acompañar.

a. ¿A quién se dirige la presentación?

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 95, la solicitud de verificación debe realizarse al síndico o al interventor por escrito y presentarse en el juzgado.

b. Plazo de presentación

Los acreedores deben presentarse en el juzgado dentro del plazo de sesenta días, contados desde la fecha de la declaración de concurso. El plazo se cuenta por días corridos y

339 XAVIER DE MELLO FERRAND y SORONDO PEYRE, *id.*, pp. 569-571.

340 XAVIER DE MELLO FERRAND y SORONDO PEYRE, *id.*, pp. 572 y 573.

se suspende durante las ferias judiciales y la Semana de Turismo (art. 94 CGP).

El plazo está previsto para la presentación de los acreedores pero no para el cumplimiento de todo el procedimiento. Por tanto, tal como dispone el § 2 del art. 94 de la LC, si el síndico o el interventor no culminan la tarea de verificación de todos los créditos, no se suspende la junta de acreedores.

3. Excepciones a la carga de verificar

a. Créditos reconocidos por sentencias judiciales o laudos arbitrales, y créditos laborales

No requieren verificación los créditos siguientes: créditos reconocidos por sentencias judiciales o laudos arbitrales (art. 100); los créditos laborales, de acuerdo a lo dispuesto en § 2 del art. 62 de la LC (redacción dada por la Ley 18.593, de 18 de setiembre de 2009).

Sin embargo, no por ello deben dejar de denunciarlos, en los plazos y condiciones analizadas. Si no se denuncian, estos acreedores pierden el derecho a percibir su participación sobre los pagos ya realizados.

Se trata de una excepción al principio general, según el cual, todos los acreedores deben solicitar la verificación de su crédito. La razón de este régimen excepcional, se encuentra en la certeza que otorga el reconocimiento judicial o arbitral del crédito. El síndico o el interventor, en estos casos, no debe tener motivos para dudar de la legitimidad del crédito. Sin embargo, para tenerlo presente en la liquidación, debe ser informado de su existencia. Esa es la razón por la cual el artículo en estudio establece que, de todas formas, deben denunciar el crédito oportunamente.

b. Créditos contra la masa

Están exceptuados, también, los acreedores con créditos contra la masa referidos en el art. 91 pues, expresamente, el art. 92 dispone que se pagan a medida que vencen, fuera del procedimiento concursal. En estos casos, se trata de sujetos que no participan del proceso de verificación, pues no los afecta el concurso y, por ende, son indiferentes a las cargas que el proceso concursal impone.

c. Acreedores reivindicantes

Las personas cuyos bienes y derechos quedaron atrapados en la masa activa del concurso pero que son objeto del proceso de separación (art. 88), tampoco deben presentarse al proceso de verificación pues, estrictamente, ni siquiera son acreedores.

4. Insinuación tardía u omisión en la insinuación

El vencimiento del plazo establecido para la insinuación de los créditos, no impide que los acreedores se presenten tardíamente. En ese caso, se debe proceder igualmente a verificar esos créditos, pero el acreedor debe hacerse cargo de los costos del procedimiento (art. 99).

a. Procedimiento de verificación tardía

La LC no determina el procedimiento a seguir para proceder a esta verificación. Sólo dispone que deba realizarse «judicialmente».

RODRÍGUEZ OLIVERA considera que, en aplicación de lo dispuesto por el art. 250 de la LC, la verificación debe sustanciarse ante el juez del concurso, siguiendo el procedimiento que prevé el CGP para los incidentes³⁴¹.

En la práctica, nuestros tribunales reducen el trámite a dar noticia³⁴², vista³⁴³ o traslado³⁴⁴ al síndico o al interventor de la presentación tardía. Luego el síndico o el interventor expiden su opinión respecto a si corresponde verificar o no el crédito insinuado y, en su caso, en qué condiciones correspondería verificarlo. Si el síndico o el interventor verifican el crédito presentado tardíamente, el juez se limita a tener presente dicha actuación y dar noticia a los acreedores insinuantes³⁴⁵. Si el síndico o el interventor realizan observaciones, sin formar pieza incidental alguna, se le da vista al acreedor insinuante³⁴⁶. Evacuada la vista, el juez dicta sentencia verificando o no los créditos insinuados en las

341 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 252.

342 SJLC de 1^{er} t., n^{os} 964 de 22/5/2012 y SSJLC de 2^o t., n^{os} 11 de 3/2/2014, 1962 de 11/11/2013, 1872 de 28/10/2013, 1806 de 22/10/2013, 1471 de 9/9/2013, 1242 de 13/8/2013, 1075 de 23/7/2013 y 1007 de 16/7/2013 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

343 SJLC de 1^{er} t., n^{os} 183 de 19/2/2013 y 318 de 12/3/2013 (RODRÍGUEZ MASCARDI).

344 SJL de Ciudad de la Costa de 5^{to} t. n^o 206 de 13/2/2012 (IRIARTE ESPINO).

345 SJLC de 1^{er} t. n^o 964 de 22/5/2012 (RODRÍGUEZ MASCARDI) y SJLC de 2^o t. n^o 1384, de 2/8/2012 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

346 SJLC de 2^o t., n^o 156 de 17/2/2014 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

condiciones establecidas por el síndico³⁴⁷ o el interventor o en otras, con citación personal del acreedor insinuante³⁴⁸. Eventualmente, se le ordena al acreedor insinuante dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 95 de la LC³⁴⁹.

b. Pérdida de los pagos ya realizados

El acreedor moroso no pierde el derecho a cobrar su crédito. Sin embargo, hasta tanto no se presente a insinuar su crédito no podrá exigir su pago y, si ya se efectuaron pagos a los acreedores, ya no podrá reclamar la cuota parte que le hubiera correspondido cobrar. En efecto, el art. 99 de la LC dispone que el acreedor moroso pierde el derecho a percibir la participación que le hubiere correspondido en los pagos ya realizados, como sanción frente al incumplimiento de la carga de solicitar la verificación de su crédito en tiempo.

Así, por ejemplo, si el deudor celebró un convenio con sus acreedores, aquél que se presentó tardíamente no está excluido del convenio. Podrá exigir que se cumpla a su respecto, en las condiciones de quitas y espera que se hayan establecido. No obstante, si ya se hubieren efectuado pagos a los acreedores, el derecho que le hubiera correspondido sobre su respectiva cuota parte en esos pagos se extinguió en virtud de lo dispuesto en el art. 99.

5. Consecuencias de la falta de verificación o de la insinuación tardía

a. Imposibilidad de asistir a la junta de acreedores

Si el acreedor no cumple con esta carga, no participa del concurso, aun cuando haya sido denunciado por el deudor en la nómina de acreedores que presentara al solicitar su concurso (art. 7, n° 3, LC) y, por tanto, pierde el derecho a participar en las instancias que sobrevengan en el proceso concursal, hasta tanto se presente a insinuar sus créditos.

En particular, en virtud de lo dispuesto en el art. 118, sólo tienen derecho a asistir a la junta de acreedores, aquellos que hayan verificado sus créditos. Si en esa junta se hubiese aceptado alguna de las propuestas de convenio presentadas por el acreedor, sin que hubieren oposiciones o, aun habiéndolas, si fuere aprobado judicialmente, el convenio será obligatorio, también, respecto de aquéllos créditos que, por cualquier causa, no hubieran sido verificados (art. 158).

b. Indiferencia de su crédito respecto del cómputo de las mayorías para obtener un convenio anticipado

Por otra parte, para poder presentar una propuesta de convenio con anticipación a la junta de acreedores, el deudor requiere una mayoría de acreedores quirografarios «*con derecho a voto*» (art. 163). Como acabamos de expresar en el párrafo anterior, los acreedores que no hubieren verificado sus créditos no pueden participar de la junta, por lo que, tampoco deben ser considerados a los efectos de determinar las mayorías de suscriptores requerida

347 SJLC de 1^{er} t., n° 338 de 18/3/2013 (RODRÍGUEZ MASCARDI).

348 SSJLC de 2° t., n° 498 de 3/4/2014 y n° 1377 de 28/8/2013 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

349 SJLC de 1^{er} t., n° 1652 de 21/8/2012 (RODRÍGUEZ MASCARDI); SJL de Ciudad de la Costa de 5^{to} t., n° 1198 de 19/4/2012 (IRIARTE ESPINO).

para la presentación anticipada de un convenio en los términos del art. 163.

c. Costos de la verificación

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 56.1 del CGP, se consideran costos, los honorarios de los abogados y de los procuradores.

La exoneración de todo tipo de costos por la verificación de sus créditos, establecida en el art. 95, constituye un incentivo para la presentación tempestiva de los acreedores, que se pierde una vez vencido el plazo dispuesto por el art. 94.

Concretamente, corresponde que los acreedores que insinuaron tardíamente sus créditos, paguen los honorarios del síndico o interventor, por la verificación tardía de sus créditos.

C. Contenido de la insinuación

La LC establece la necesidad de que la solicitud sea declarada en forma expresa, que contenga, además, una serie de detalles tendientes a hacer posible el cotejo del crédito con los libros y documentos del deudor. Los datos que se exigen serán, luego, las categorías utilizadas por el síndico o por el interventor para la confección de la lista de acreedores. Así, el acreedor deberá indicar lo siguiente: fecha, causa, monto, vencimiento y calificación solicitada para el crédito que se insinúan.

1. Indicación de la causa

Según acabamos de referir, en el n° 1 del art. 95, se exige que los acreedores, al insinuar sus créditos, indiquen la causa de los mismos.

Es evidente que la LC no utiliza la palabra *causa* en su sentido jurídico. De acuerdo con el art. 1287 del CC, es causa para obligarse cada parte contratante, la ventaja o provecho que le procura la otra parte.

El uso de la palabra *causa* en la disposición en análisis, obedece a otro sentido de la palabra. En el contexto de la LC, la *causa* se refiere al hecho generador o fuente de la obligación y de su contrapartida, que es el crédito³⁵⁰. En el mismo sentido que en materia de títulos valores, la palabra *causa* refiere a la vinculación de cada crédito con el negocio jurídico al que deben su origen³⁵¹.

a. La indicación de la causa cuando el insinuante presenta un título valor de contenido dinerario

En términos generales, se admite que el insinuante debe ser claro y explícito con relación a las circunstancias que explican el origen del crédito³⁵². Sin embargo, la cuestión se vuelve controversial cuando el insinuante se presenta a solicitar la verificación de su crédito, acompañando un título valor de contenido dinerario. Se han sostenido tres posibles

350 GALÍNDEZ, *Verificación de créditos* (1990), p. 197; PADILLA (h), «Algunas cuestiones sobre la eterna discusión respecto a la causa en la verificación de créditos con títulos cambiarios y la preferencia por exclusión concursal», *Derecho concursal* (2005), p. 621; RODRÍGUEZ MASCARDI, «La causa del crédito del acreedor concursal», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios* (2010), p. 553; ROUILLON, «El problema de la causa en la verificación de créditos. Evolución de la doctrina judicial», *Derecho Económico*, año II, n° 13, agosto-setiembre (1990), p. 20.

351 RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno...*, p. 183.

soluciones³⁵³.

*** Posición que niega la carga de indicar la causa**

De acuerdo con esta posición, el acreedor se encuentra exonerado de la carga de informar la causa del crédito que presenta pues los títulos valores de contenido dinerario son abstractos y no pueden hacer mención a la razón por la cual fueron librados. La indicación de la *causa* sólo sería exigible en los documentos causados como, por ejemplo, la factura. En el caso de los títulos valores de contenido dinerario, que son documentos abstractos, la carga de denunciarla carecería de justificación³⁵⁴.

En los juicios ejecutivos que se promueven con base en letras de cambio, vales o cheques, el demandado se encuentra impedido de presentar excepciones fundadas en su relación con el actor (art. 108 DLTV y art. 45 DLCh). Se entiende que la expresión *relaciones personales*, se refiere, entre otras, a la relación fundamental que fue causa de la creación del título valor. A esa particularidad del juicio ejecutivo cambiario, la doctrina la denomina *abstracción*³⁵⁵.

De lo dicho se desprende que la abstracción, estrictamente, no es un atributo de los títulos valores en sí mismos considerados. Antes bien, se trata de un nombre técnico para referirse a las defensas excluidas en el juicio ejecutivo cambiario³⁵⁶. Consecuentemente, no puede hacerse valer en cualquier ámbito en que estos se presenten. Se trata de una particularidad que la Ley confiere a los cheques, letras de cambio y vales de modo de aligerar su cobro en el juicio ejecutivo cambiario. Adelantamos que a nuestro entender, la abstracción carece de toda aplicación en el Derecho concursal³⁵⁷. Por el contrario, la LC exige expresamente que el acreedor indique cual es la causa del crédito que insinúa, sin excepciones. De modo que, quien presente un vale, una letra de cambio o un cheque, debe indicar cuál fue el origen de la emisión del título (si el insinuante fuera su beneficiario inmediato) o cuál fue la relación fundamental que motivó la transmisión del título (de no

352 ROUILLON, op. cit., p. 20; TONÓN, *Derecho Concursal. Instituciones generales*, v. 1 (1992), p. 255.

353 ALGORTA MORALES, «Los títulos valores abstractos en la verificación concursal», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios* (2010), p. 466.

354 CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra*, v. 1 (1978), pp. 665 y ss.

355 RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 53 y 54.

356 MAFFÍA, «El deber de indicar la causa del crédito», *LL*, t. 1978, C, p. 801.

357 RODRÍGUEZ MASCARDI, «La causa...», p. 554.

existir tal inmediatez)³⁵⁸. La carga de insinuar los créditos abarca a todas las acreencias, incluyendo a los títulos valores³⁵⁹.

*** Posición que sustenta que la carga del insinuante se limita a la indicación de la causa de su crédito**

En esta posición se aduce que el art. 95 de la LC se limita a establecer que los insinuantes deben solicitar la verificación de sus créditos *indicando* la causa de los mismos. Esto ha llevado a que se sostenga – con base en cierta doctrina argentina³⁶⁰ - que la carga del insinuante se limita a la invocación del origen de su crédito³⁶¹. Esa mera indicación sería suficiente para que el síndico o el interventor, investiguen la legitimidad del crédito insinuado³⁶².

Esta posición se sustenta en la interpretación literal del art. 95 de la LC, que se limita a exigir la indicación de la causa. Sus defensores recuerdan que la LC no impone al insinuante carga probatoria alguna. La única carga probatoria se encuentra en el n° 2 del art. 95, referida a la acreditación de la existencia del crédito.

En esta tesitura, si no existen elementos que permitan sospechar la presencia de un acuerdo fraudulento, es suficiente con la presentación del título y una indicación razonable del negocio extracartular³⁶³. Descartada la connivencia fraudulenta entre el concursado y el insinuante, no habría razón para extremar los recaudos hasta el límite de exigir una prueba puntual y definitiva del negocio fundamental. En cambio, si se presume la posibilidad del fraude entre el concursado y alguno o algunos de los insinuantes, le correspondería al síndico o el interventor la función de comprobar la ausencia o falsedad de la causa³⁶⁴.

De modo que el insinuante sólo debería realizar este esfuerzo probatorio cuando participe en el incidente generado a partir de la impugnación de la lista de acreedores presentada por el síndico o el interventor (art. 104). En este caso, como en todo proceso

358 RODRÍGUEZ MASCARDI, «La causa...», p. 556.

359 RODRÍGUEZ MASCARDI, op. cit., p. 551.

360 CÁMARA, «La letra de cambio y el pagaré ¿se transforman en simple quirógrafo para admisión al pasivo concursal?», *Homenaje al Profesor Rodolfo Oscar Fontanarrosa* (1981), p. 59; ESCUTI y JUNYENT BAS, *Derecho concursal* (2006), p. 200; JUNYENT BAS y RICHARD, «La concursalidad», *RDCO*, año 28, n°s 166-168 [1995], p. 142; MAFFÍA, «Verificación del crédito sustentada en una sentencia pronunciada en juicio ejecutivo» (*LL* 1993 E, p. 1040).

361 ALGORTA MORALES, op. cit., pp. 466 y 472.

362 MAFFÍA, «Verificación del crédito...», p. 1.040.

363 ALGORTA MORALES, op. cit., p. 467.

contencioso de conocimiento, cada parte tendrá la carga de la prueba de sus dichos³⁶⁵.

*** Posición que sustenta que el insinuante debe aportar prueba sobre la causa del crédito**

En la doctrina nacional y en nuestra jurisprudencia³⁶⁶ se considera que no basta con la mera indicación del origen del crédito insinuado³⁶⁷. Antes bien, se requiere que quien esgrime un título valor de contenido dinerario contra el concursado, aporte elementos demostrativos del origen de su crédito. La falta de acreditación de la causa impide que los créditos sean verificados y que los insinuantes se conviertan en acreedores concurrentes³⁶⁸.

Consecuentemente, el acreedor, al presentarse, debe acompañar, no sólo los títulos valores donde consta su crédito sino, también, la prueba que acredite la existencia del negocio que dio origen a la creación o transmisión del título valor agregado³⁶⁹. Debe acompañarse, entonces, el contrato de donde surge la relación fundamental (compraventa, arrendamiento, transporte, seguro, etc.) o los documentos que prueben la ejecución de estos contratos (factura, carta de porte, etc.), u otros documentos de los cuales pueda surgir, en forma veraz, la causa del libramiento de los títulos³⁷⁰.

La necesidad de acreditar el origen de los créditos que se insinúan no surge del texto de la LC pero sí de las reglas generales sobre las pruebas contenidas en el CGP. En efecto, tal

364 MAFFÍA, «El deber...», p. 801; ROITMAN y DI TULLIO, «Prueba de la causa de los títulos de crédito en los concursos. Evolución jurisprudencial», *Revista de Derecho Privado y Comunitario (RDPC)*, n° 14, Prueba II [1997], p. 229.

365 ALGORTA MORALES, op. cit., p. 469; PADILLA (h), op. cit., p. 625; PAOLANTONIO y MOCCERO, «Causa y verificación», *LL* 1991 D, p. 509.

366 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), p. 291; PÉREZ RAMOS BOLOGNA, «Formación de la masa pasiva», *Curso de Derecho Comercial*, p. 485; RODRÍGUEZ MASCARDI, «La causa...», pp. 553 y 558; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal* (2010), p. 183

367 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), p. 291; RODRÍGUEZ MASCARDI, «La causa...», p. 558.

368 RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno...*, p. 183; RODRÍGUEZ MASCARDI, «La causa...», p. 551.

369 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), p. 291; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno...*, p. 183; RODRÍGUEZ MASCARDI, «La causa...», p. 553.

370 MARTÍNEZ BLANCO, id. *ibid.*; RIBERA, *Estado actual de la jurisprudencia sobre la verificación de títulos de crédito abstractos* (Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de San Isidro), p. 3.

como establece el art. 137 del CGP, «*corresponde probar los hechos que invoquen las partes y sean controvertidos*». En el mismo sentido, el art. 139 dispone que «*corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión*».

En general, esta exigencia se justifica por la necesidad de verificación de la legitimidad de los créditos, de modo de evitar que sean cometidos fraudes y abusos en detrimento de los verdaderos acreedores del concursado. En particular, se advierte la necesidad de verificar que los títulos valores no fueron emitidos de favor, a los efectos de facilitarle al deudor la obtención de las mayorías necesarias para la aprobación de convenios³⁷¹ o para lograr una vía indirecta para el recupero de parte de su activo, sea a través de los pagos acordados en el convenio con los acreedores concurrentes o aun en el caso de liquidación de sus bienes³⁷².

No obstante, se ha observado que una exigencia probatoria demasiado exigente podría acabar perjudicando a los acreedores reales, licuando indebidamente el pasivo concursal³⁷³. Como contrapartida, observan que acreedores falsos, en connivencia con el concursado, están en inmejorables condiciones para documentar la causa de sus créditos que, sin dificultad, aparecen asentados en la contabilidad de aquel³⁷⁴.

b. La indicación de la causa cuando el insinuante es portador mediato de un título librado por el concursado

El art. 95, n° 2, de la LC no exige la indicación de la causa del título valor sino del crédito que presenta el insinuante. Por lo tanto, parece claro que al insinuante a quien se le ha transmitido un título librado por el concursado, debe limitarse a indicar cuál ha sido la causa de la transmisión que originó su crédito, esto es, las circunstancias determinantes de la adquisición del título³⁷⁵.

En el caso de endoso en procuración, la indicación deberá recaer en la relación fundamental existente entre su endosante y el endosante precedente.

Naturalmente, en ambas hipótesis se repite la controversia que acabamos de reseñar en el numeral anterior, en cuanto a si alcanza con la mera indicación de la causa de la transmisión del crédito o si se requiere la acreditación de dicha transmisión. Sobre esta cuestión, la doctrina mayoritaria insiste en exigir la acreditación de lo que se invoca.

371 RIBERA, op. cit., p. 5; ROITMAN y DI TULLIO, «Prueba de la causa de los títulos de crédito en los concursos. Evolución jurisprudencial», *RDPC*, n° 14, Prueba II [1997], p. 222.

372 RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno...*, p. 183 y «La causa...», pp. 553 y 554.

373 PAOLANTONIO y MOCCERO, op. cit., p. 508.

374 MAFFÍA, «Verificación del crédito...», p. 1040; RIVERA, *Instituciones de Derecho Concursal* (1996), p. 260.

375 ALGORTA MORALES, op. cit., pp. 468 y 469; FASSI y GEBHARDT, op. cit., p. 113; FERRER MONTENEGRO, op. cit., p. 516; RODRÍGUEZ MASCARDI, «La causa...», p. 556.

Entonces, en el caso de que un título valor librado por el concursado haya circulado y de que quien insinúa el crédito no sea el primer tomador del título, le es exigible la carga de probar cuál es el negocio por el que recibió el título, esto es, cuál fue la relación fundamental que motivó la transmisión³⁷⁶.

c. Insinuación acompañada con cheques

El cheque es un documento que otorga a su tenedor legítimo el derecho a reclamar una prestación en dinero. Se utiliza, fundamentalmente, para efectuar pagos mediante el servicio de caja que presta el banco girado y, en el caso de los cheques de pago diferido, puede ser utilizado por el librador como instrumento para obtener un crédito³⁷⁷.

Es un instrumento muy utilizado pues el acreedor considera mejor protegido ante el libramiento sin fondos suficientes, gracias a que además de la acción civil tiene en sus manos la acción penal. Como contrapartida, no puede ser utilizado el cheque – ni común ni diferido – como medio para garantizar obligaciones preexistentes. Quien lo exija o quien lo acepte con ese fin, comete el delito previsto por el art. 60 del DLCh. Además, la aceptación o exigencia de un cheque como garantía del préstamo usurario es un agravante del delito de usura. Quiere decir que en este caso se comete un delito y se configura un agravante de otro³⁷⁸.

La doctrina entiende que debe rechazarse la verificación del crédito que se pretende probar con cheques si, al mismo tiempo, no se prueba la relación causal, puesto que ellos no son un reconocimiento de deuda³⁷⁹. Por esta vía, no sólo se obstaculiza la obtención fraudulenta de las mayorías necesarias para la aprobación de convenios o el logro de una vía indirecta para el recupero de parte de su activo, sino que se impide que prospere en el ámbito concursal, la práctica corriente en nuestro medio de exigir cheques en garantía del préstamo que se otorga, a pesar de la sanción penal establecida en el art. 60 del DLCh.

2. Indicación de la cuantía

Entendemos que la cuantía del crédito insinuada por el acreedor debe estar expresada en moneda nacional y consistir en una cantidad líquida. Además, en virtud de lo dispuesto en el art. 63 de la LC, como efecto de la declaración judicial del concurso, los créditos expresados en moneda extranjera se deben convertir a moneda nacional, al tipo de cambio comprador interbancario de la fecha de declaración del concurso. Por otra parte, el acreedor, en su presentación, debe distinguir qué monto de su crédito corresponde a intereses, habida cuenta de que el art. 64 dispone la suspensión del devengamiento de los mismos, desde la declaración del concurso.

376 FERRER MONTENEGRO, op. cit., p. 516; RODRÍGUEZ MASCARDI, «La causa...», p. 556. Contra: ALGORTA MORALES, op. cit., p. 468.

377 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 5, t. 2 (2005), p. 223.

378 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual,...*, v. 5, t. 2 (2005), p. 37.

379 FASSI y GEBHARDT, op. cit., p. 113.

La única excepción a este régimen la constituyen los acreedores hipotecarios y prendarios, que se encuentran expresamente habilitados por la LC para insinuar sus créditos en moneda extranjera, hasta el límite de su respectiva garantía. Los créditos con estas garantías tampoco tienen suspendido el devengamiento de intereses.

3. Solicitud de calificación

La calificación jurídica, a que hace referencia este artículo al procedimiento de clasificación de créditos (art. 108 y ss.) que, en el régimen del CCom se denominaba *graduación de créditos*. La calificación solicitada, entonces, deberá ser la de privilegiado especial, privilegiado general, subordinado o quirografario.

4. Documentación acreditante de la existencia del crédito

El art. 95 exige la presentación de los documentos originales o medios de prueba que permitan acreditar la existencia de sus créditos.

5. Constitución de domicilio

Si los acreedores tienen domicilio en el exterior, deberán constituir domicilio en la «*sede del Juzgado*».

Podría entenderse que la norma dispone que la constitución de domicilio se haga en los estrados. Sin embargo, esa no parece una interpretación que le brinde sentido a la norma. Entendemos que por *sede del Juzgado* debe interpretarse *radio del Juzgado*.

II. Preparación de la lista de acreedores

Una vez terminado el plazo de sesenta días, con que cuentan los acreedores para solicitar la verificación de sus créditos (art. 94), empieza a correr el plazo de treinta días, dentro del cual, el síndico o el interventor deben preparar la lista de acreedores.

A. Contenido

El art. 101 establece que el síndico o el interventor, deben preparar una lista de acreedores que contenga dos nóminas: nómina de acreedores que forman la masa pasiva; y nómina de acreedores excluidos.

Para poder confeccionarla, el síndico o el interventor tendrán que analizar cada solicitud por separado, cotejar los dichos del acreedor con las anotaciones contables del deudor y, si resulta necesario, investigar el crédito denunciado de modo de convencerse de su legitimidad.

1. Nómina de los acreedores «que forman la masa pasiva»

Analizadas todas las solicitudes, el síndico o el interventor deberán confeccionar una lista, que debe contener todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, hayan solicitado o no la verificación de sus créditos.

a. Orden alfabético

Todos deben ser ordenados alfabéticamente. En este aspecto, entendemos que el legislador no ha sido feliz, pues el orden alfabético no es relevante a los efectos del concurso.

b. Indicaciones

La LC impone indicar, respecto de cada crédito, la fecha (entendemos que corresponde a la fecha de asunción de la obligación), la causa, el monto, el vencimiento, la existencia de

garantías personales o reales, y la calificación jurídica de cada uno de ellos. Además, de cada crédito, debe distinguirse qué parte del monto total corresponde al capital y qué parte corresponde a los intereses.

Nos referiremos sólo a alguna de estas indicaciones, en tanto suponen alguna dificultad interpretativa.

*** Causa**

Según se expresó en páginas anteriores, al analizar las condiciones que debe reunir la insinuación de los créditos, la expresión *causa* se refiere a la vinculación de cada crédito con el negocio jurídico al que deben su origen.

Podría entenderse que la referencia a la *causa* sólo es razonable en los documentos causados como, por ejemplo, la factura. En esta tesitura, en el caso de los títulos valores, que son documentos abstractos, la referencia a la causa carecería de justificación.

Tal como expresamos en páginas anteriores, no compartimos esta opinión. Que los títulos valores sean abstractos no significa que no tengan causa. La causa de los títulos valores es la relación fundamental que le da origen.

La abstracción sólo implica que la causa – que obviamente siempre existe – no puede ser invocada en el juicio ejecutivo cambiario contra el actor. La LC nada tiene que ver con el juicio cambiario y, con buen criterio, exige la indicación de la causa que da origen al crédito que se insinúa.

Además, la doctrina en general sustenta que, en todo caso – incluso cuando el acreedor prueba su crédito con un título valor - es necesario adjuntar pruebas documentarias que acrediten la existencia del negocio primordial que dio origen a la creación o transmisión del título valor que se pretenda someter a verificación³⁸⁰. La verificación de créditos importa certeza no sólo sobre la existencia y realidad de los créditos sino, también, certeza sobre la causa de los mismos³⁸¹.

Esta interpretación es la más ajustada a nuestro Derecho positivo. En tal sentido, el art. 137 del CGP dispone: «*corresponde probar los hechos que invoquen las partes y sean controvertidos*» y, del mismo modo, en el art. 139 se establece: «*corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión*».

*** Calificación**

La exigencia de calificar los créditos es el reconocimiento de la imposibilidad de mantener un régimen de completa igualdad. La calificación otorgada determinará el orden de prelación a seguir a la hora de distribuir la masa activa del concurso.

A la vista de los documentos presentados por los acreedores (quienes, por su parte, adelantan su opinión), el síndico o el interventor decidirá quién es privilegiado especial, o privilegiado general (en cuyo caso, además, deberá establecer el grado), quién es quirografario y quién subordinado.

La LC no proporciona un concepto de cada una de las categorías que enuncia. Se limita, sólo, a establecer qué acreedores integran cada una de ellas.

380 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), p. 291; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno...*, p. 183.

381 RODRÍGUEZ MASCARDI, «La causa del crédito...», p. 552.

Los acreedores con privilegio especial logran resultar casi completamente *ajenos* al proceso concursal. Su privilegio afecta determinados bienes o derechos concretos. Los acreedores con privilegio general, en cambio, si bien no resultan indiferentes, tienen una situación privilegiada a la hora de cobrar su crédito en el concurso. Su privilegio afecta a la totalidad del patrimonio del deudor.

Los acreedores quirografarios constituyen una categoría residual, que se integra por todos aquellos que no son ni privilegiados ni subordinados. Estos acreedores son los que soportan el proceso concursal y la *pars conditio creditorum*. Cobrarán sus créditos después de satisfechos los acreedores con privilegio especial y general, y lo harán a prorrata de sus respectivos créditos si la masa activa no es suficiente.

Como contrapartida de su postergación (sólo atenuada por la existencia de los acreedores subordinados) los acreedores quirografarios tienen una gran importancia en el proceso: pueden nombrar un administrador del patrimonio y del giro del deudor durante el concurso, que sustituya al síndico o al deudor en la función de conservar y administrar el patrimonio (art. 50 LC); pueden designar una comisión de acreedores que controle el desarrollo de los procedimientos y colabore en la búsqueda de soluciones a la situación de insolvencia del deudor (art. 50 LC); tienen una fuerte incidencia en la adopción de resoluciones en junta de acreedores (art. 125 LC); son tenidos en cuenta como socios en una eventual propuesta de convenio (art. 139 LC), la que no puede modificarse en su perjuicio (art. 141 LC); en principio, conforman las mayorías necesarias para la aceptación de las propuestas de convenio (art. 144 y 163 LC); son decisivos en la oposición a los convenios amigables (art. 152, 164 y 226 LC); están legitimados para pedir la liquidación de la masa activa (art. 168 LC), aun en forma anticipada (art. 175 LC).

*** Vencimiento**

Las indicaciones que refiere la LC, deben acompañar a la nómina sólo cuando corresponda. En este sentido, no sería necesaria la indicación del vencimiento en los cheques que, como se sabe, son siempre a la vista.

*** Cuantía**

La cuantía del crédito debe ser expresada en la forma indicada por el art. 102.

En especial, debe tenerse presente que se deberán expresar en moneda nacional. Si el crédito fuese en moneda extranjera, deberá convertirse al tipo de cambio comprador interbancario vigente a la fecha de declaración del concurso.

2. Nómina de acreedores excluidos

Además de la nómina de acreedores que integran la masa pasiva, debe realizarse otra nómina, integrada por los acreedores que han sido excluidos, indicando las razones de exclusión de cada uno de ellos (art. 101, n° 2).

La LC no especifica qué acreedores deben considerarse excluidos. Entendemos que se trata de aquellos cuya existencia y legitimidad no surja en forma fehaciente de los libros y documentación que ha tenido a la vista el síndico o interventor, ni han insinuado sus créditos, o no han sido verificados al momento de presentación del informe. En ese sentido, estarían *excluidos* de la masa pasiva. Consecuentemente, no sólo carecerían de derecho a participar en la junta de acreedores sino que tampoco tendrían derecho a participar en los pagos que el deudor acordara mediante convenio con sus acreedores, ni en los pagos que se realizara en la liquidación concursal, hasta tanto se presenten a insinuar sus créditos y sean verificados por el síndico o el interventor.

B. Puesta de manifiesto y comunicación

La lista de acreedores debe quedar de manifiesto en el Juzgado a disposición de los acreedores para que la impugnen si les parece pertinente.

Sin perjuicio de ello, el síndico o el interventor debe comunicar a los acreedores que se hubieran presentado a verificar sus créditos, el resultado de la verificación (tanto el éxito como el fracaso, en virtud de lo dispuesto en el art. 104). Si el resultado fuese positivo, comunicarán, también, las condiciones de verificación³⁸².

La LC no establece cómo debe hacerse la comunicación, ni en qué plazo.

Por analogía con lo dispuesto en el art. 93, entendemos que la comunicación debe hacerse por carta u otro medio fehaciente³⁸³. Alcanzaría, entonces, que la comunicación fuese realizada vía telegrama o por envío postal, en ambos casos con aviso de recibo. Esta comunicación ha sido realizada, también, a los domicilios electrónicos constituidos por los patrocinantes de los acreedores comparecientes, con la colaboración de la Oficina Actuarial.

Entendemos que una comunicación vía correo electrónico no sería suficiente. Sólo si se recibe respuestas del insinuante o al menos la confirmación de haber recibido el correo podría comprobarse que la comunicación efectivamente se efectuó. Fuera de estas hipótesis, no es posible tener certeza de que la comunicación llegó a destino y, por lo tanto, el acreedor a quien no se le comunicó podría alegar la nulidad de la aprobación del listado de acreedores.

III. Efectos de la aprobación judicial

A. Alcance de la aprobación judicial

La aprobación de la lista de acreedores tiene como consecuencia, el reconocimiento judicial de la legitimidad de los créditos allí detallados y el visto bueno respecto de la fecha, causa, cuantía, vencimiento y calificación jurídica atribuida por el síndico o el interventor. También, significa aprobar las exclusiones realizadas. De modo que queda determinada la integración de la masa pasiva concursal, su entidad y privilegios, dentro y fuera del concurso³⁸⁴.

Los créditos verificados, por tanto, son legítimos y deben ser reconocidos, con el alcance establecido en el concurso, tanto dentro como fuera del concurso, eliminándose la posibilidad de que otro juez, en otro proceso, se pronuncie de forma diferente³⁸⁵.

382 A criterio de MARTÍNEZ BLANCO, este tipo de comunicaciones no hace más que encarecer y entorpecer el proceso concursal (MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), pp. 293 y 294).

383 MARTÍNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 296.

384 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), pp. 240-242.

385 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), p. 298.

B. Consecuencias de la conformación de la masa pasiva

Integrar la masa pasiva concursal, legítima a los acreedores para participar en diversas instancias del concurso.

1. Legitimación para participar en la junta de acreedores

Sólo los acreedores con créditos verificados pueden participar de la junta de acreedores (art. 118 LC)³⁸⁶.

El convenio que en dicha junta se vote es obligatorio para el deudor y para los acreedores quirografarios y subordinados cuyos créditos fueran anteriores a la declaración judicial de concurso, incluidos los que, por cualquier causa, no hubieran sido verificados (art. 145).

2. Legitimación para adherir a la propuesta anticipada de convenio

Sólo los acreedores con créditos verificados pueden adherir a la propuesta de convenio que el acreedor, eventualmente, presente antes de la celebración de la junta de acreedores. La condición exigida por el art. 163 para su adhesión, es la de ser acreedores quirografarios con derecho a voto. Para tener ese derecho es condición indispensable - aunque no suficiente - haber verificado sus créditos.

3. Legitimación para participar del producido de la liquidación

Integrar la masa pasiva como acreedores concurrentes, les genera el derecho a participar en la liquidación de los bienes que integran la masa activa.

La verificación de sus créditos puede ser relevante, eventualmente, hasta para los acreedores hipotecarios y prendarios, para participar en el pasivo concursal por el saldo que no hubieren podido cobrar con el producido de la ejecución hipotecaria o prendaria de su crédito³⁸⁷.

Los acreedores que se presenten tardíamente, pierden el derecho a percibir la participación que les hubiere correspondido con los pagos ya realizados (art. 99).

A los acreedores concurrentes, en principio³⁸⁸, por aplicación de la *pars conditio creditorum*, justificada en la necesidad de evitar que el deudor cumpla con unos acreedores en detrimento de otros, se les otorgará un tratamiento igualitario, siempre dentro de su clase.

386 FERRER MONTENEGRO, op. cit., p. 515.

387 RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 248.

388 No todos los acreedores concurrentes están sujetos a las consecuencias de la *pars conditio creditorum* anotadas. Algunos no deben esperar la liquidación (caso de los acreedores laborales y de los acreedores con garantía real), ni tienen por qué tolerar un pago proporcional (es el caso de los privilegiados de los arts. 109 y 110).

El art. 62 de la LC, por ejemplo, permite al acreedor laboral cobrar los créditos devengados y no prescriptos, de cualquier naturaleza, en forma anticipada y hacerlo, además, sin verificación previa ni sentencia condenatoria, siempre y cuando se verifiquen los extremos dispuestos en el § 1 de la norma: a. existencia de recursos líquidos suficientes o bienes fácilmente realizables; b. viabilidad de la continuación del giro del deudor; c. autorización judicial.

Esto implica lo siguiente:

- a. En primer lugar, que los acreedores concurrentes no cobran en cualquier momento. Como principio general, deben esperar a la liquidación de la masa activa, procedimiento que se realiza de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 168 a 180.
- b. En segundo lugar, que los acreedores concurrentes sólo cobran íntegramente sus créditos si la masa activa es suficiente. Si no alcanza, entonces, deben soportar que se les pague a prorrata o, dicho de otro modo, en proporción a sus respectivos créditos. La colectividad de acreedores, por imperio de la LC, queda sometida a una *comunidad de pérdidas*, que los obliga a sacrificar parte de su crédito en beneficio de todos.

C. Recursos contra la sentencia que aprueba la lista de acreedores

Esta sentencia puede ser objeto de recurso de reposición y apelación (con efecto no suspensivo) en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 252. Si así lo solicita el recurrente, el juez tiene la facultad de disponer las medidas cautelares necesarias que aseguren la efectividad de la sentencia que resuelva el recurso.

IV. Clases de créditos

La clasificación de los créditos es el procedimiento que tiene por objeto, otorgar determinada calificación jurídica a cada uno de los créditos presentados a la verificación. La calificación otorgada determinará, entre otras cosas, el orden de prelación a seguir a la hora de distribuir la masa activa del concurso.

Se trata del proceso que en el CCom, se denominaba *graduación de créditos*. A diferencia de aquél, que se realizaba después de la verificación (como una etapa distinta), la clasificación de créditos actual, se realiza concomitantemente con la verificación. Esto es, a medida que el síndico o el interventor confeccionan la lista de acreedores (art. 101), clasifican los créditos, atribuyéndoles la calificación jurídica que les corresponda de acuerdo a los recaudos presentados.

La existencia de un procedimiento de clasificación de créditos es el reconocimiento de la imposibilidad de mantener un régimen de completa igualdad. Siempre ha sido así y la LC no es la excepción.

La LC no proporciona un concepto de cada una de las categorías que enuncia. Según se verá en los artículos siguientes, se limita, sólo, a establecer qué acreedores integran cada una de ellas.

A. Créditos con privilegio especial

El art. 109 de la LC no define qué es un crédito privilegiado. Sólo establece que los acreedores del concursado, que tengan su crédito garantizado con el derecho real de prenda o de hipoteca, serán calificados como acreedores con privilegio especial. Su privilegio afecta determinados bienes o derechos concretos.

Una vez presentados a la verificación, el síndico o el interventor deberán corroborar que estos créditos estén debidamente inscriptos en el registro a la fecha de declaración del concurso. Sólo se exceptúa de este control los créditos garantizados con prenda común, que serán considerados privilegiados, aun cuando sólo hayan sido otorgados en documento público o en documento privado con fecha cierta o comprobada.

El privilegio de estos acreedores consiste en no padecer el resultado de la liquidación concursal. Cobran sus créditos en forma íntegra, con el producido de la enajenación de los

bienes sobre los que han constituido su derecho, esto es, sobre los bienes hipotecados o prendados una vez ejecutados (art. 181). Por tanto, estos acreedores quedan exceptuados del principio general de igualdad (*pars conditio creditorum*) dado que, ni cobran a prorrata (no participan de la *comunidad de pérdidas*), ni deben esperar al final del proceso concursal para hacerlo.

Tienen, también, otras ventajas. De acuerdo con el art. 60 de la LC, una vez declarado el concurso, ningún acreedor puede promover ejecución contra el deudor concursado por créditos anteriores a la declaración. Las ejecuciones en trámite, así como los embargos trabados, quedarán en suspenso desde el momento de la declaración de concurso. El concurso produce una suerte de *tregua* (técnicamente se llama moratoria provisional) que detiene las agresiones y deja en suspenso las ya iniciadas, pues si los acreedores continúan con sus ejecuciones o inician nuevos juicios, es probable que se frustre la aspiración de continuación de la actividad. Con mayor razón, cuando el juez admite la solicitud de homologación de un acuerdo privado de reorganización, dispone una moratoria provisional («... *no podrán promoverse ejecuciones contra el deudor por créditos anteriores a la presentación de la propuesta de acuerdo. Las ejecuciones que se encuentren en trámite y los embargos trabados sobre los bienes del deudor quedarán en suspenso*»), con un plazo máximo de un año (art. 225, n° 3 LC).

Sin embargo, respecto de los créditos prendarios e hipotecarios, la prohibición de promover ejecuciones y la suspensión de las ya iniciadas tiene un plazo de caducidad de ciento veinte días contados desde la sentencia declaratoria del concurso (art. 61 LC) o contados a partir del auto de admisión de la solicitud de homologación del acuerdo privado de reorganización (art. 225, n° 4 LC). Quiere decir que, pasado el plazo de caducidad, los acreedores privilegiados especiales recuperan su poder de agresión y podrán promover o continuar la ejecución ante el juez de concurso³⁸⁹.

Por otra parte, estos acreedores están a salvo de la conversión del crédito a moneda nacional (art. 63 LC), siguen generando intereses (art. 64 LC) y, a pesar de no participar en el procedimiento, la LC prevé que sean incluidos en el plan de financiamiento que presente el deudor (art. 138). Como contrapartida, no pueden votar en la junta de acreedores sin perder su privilegio (art. 127 LC)³⁹⁰.

B. Créditos con privilegio general

Los acreedores con privilegio general tienen una situación preferente a la hora de cobrar su crédito en el concurso. Su privilegio afecta a la totalidad del patrimonio del deudor.

1. Alcance de la categoría «*créditos con privilegio general*»

El art. 110 determina quienes son acreedores con privilegio general, estableciendo un orden que será relevante en caso de insuficiencia de la masa activa para atender el pago íntegro a todos los créditos con privilegio general.

389 MARTÍNEZ BLANCO refiere a este plazo como un *plazo de reflexión* (MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 307).

390 Como contrapartida, la doctrina señala el derecho a la abstención como el derecho a no quedar sometido al convenio de acreedores (RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, op. cit., p. 45).

a. Acreedores laborales

En primer lugar ubica a los acreedores laborales, titulares de créditos de cualquier naturaleza (salarial, como el caso del salario, sueldo anual complementario, licencia, etc., o indemnizatorio, como la indemnización por despido), siempre y cuando cumplan, acumulativamente, los requisitos siguientes: deben haber sido devengados hasta dos años de antes a la declaración del concurso; no deben haber sido satisfechos anticipadamente (art. 62); deben representar, como máximo, 260.000 unidades indexadas.

Junto a los acreedores laborales, el legislador ubica al Banco de Previsión Social (BPS) por los aportes personales de los trabajadores, devengados, también, hasta con dos años antes a la declaración del concurso.

No gozan de este privilegio los directores o administradores, miembros del órgano de control interno y liquidadores de la sociedad deudora, los cuales serán considerados quirografarios, sin perjuicio de lo establecido en el art. 201 de la LC respecto a una eventual condena a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva, como resultado de la calificación del concurso como culpable.

Corresponde advertir que existe una contradicción entre la categorización como créditos quirografario, que le confiere el n° 1 del art. 110 y la categorización como subordinado que surge de la aplicación combinada del art. 111 con lo dispuesto por el n° 2 del art. 112. Se nos ocurre que la vía para compatibilizar ambas disposiciones sería limitar la categorización como quirografario al crédito de aquellos administradores y liquidadores previos a los dos años anteriores a la declaración de concurso.

b. Créditos por tributos

En segundo lugar, se ubican los créditos por tributos nacionales y municipales, exigibles hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso³⁹¹.

c. Crédito del promotor del concurso

En tercer lugar, se premia al acreedor quirografario, que tuvo la iniciativa de solicitar el concurso³⁹², con un tratamiento privilegiado al cincuenta por ciento de sus créditos hasta el diez por ciento de la masa pasiva.

391 La doctrina discute la solución pues entiende que el privilegio al fisco puede colidir con el principio de conservación de la empresa (GAGGERO ERRECART, «Las clases de acreedores y su tratamiento en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho Comercial*, tercera época, n° 3, pp. [2009], p. 31). En contra, MARTÍNEZ BLANCO, para quien es justo exigirles «*la debida cuota de sacrificio que todos los acreedores aportan al concurso*» (MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 310) y RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, para quienes la redacción actual de la Ley evita que el Estado ignore el proceso y aproveche el esfuerzo realizado por los otros acreedores (RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, op. cit., p. 55).

392 La doctrina lo llama *acreedor instante* pues así se le conoce en el Derecho español (MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 311; RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, op. cit., p. 55).

d. Crédito de acreedores que ejercitaren acciones en interés de la masa

El último inciso del artículo en estudio, refiere a otros acreedores que, también, resultan premiados por haber ejercitado acciones en interés de toda la masa de acreedores. El premio o incentivo, consiste en reconocerles el derecho a la satisfacción parcial de sus créditos impagos en el concurso.

Ahora bien, corresponde preguntarse ¿estos premios son un privilegio? MARTÍNEZ BLANCO, por ejemplo, entiende que, a pesar de su ubicación, no debe verse en estos incentivos más que una recompensa a los acreedores diligentes que han actuado en beneficio de la masa. No basta reembolsarles los gastos y honorarios en que incurrieron. Es necesario, además, entregarle un porcentaje de su crédito³⁹³. Ciertamente, la ubicación de estos premios en este artículo que trata respecto de privilegios, se presta a equívocos.

Finalmente es necesario determinar quiénes son estos acreedores diligentes que, con su actuación, benefician a toda la masa. Se trata de los acreedores que promovieron acciones responsabilizando al síndico o al interventor por los daños y perjuicios causados a la masa y que resultaron ganadores (art. 35 LC), los que promovieron acciones sociales de responsabilidad contra los administradores y directores de sociedades comerciales y, también, tuvieron buenos resultados (art. 52 LC) y los que sustituyeron al síndico en la promoción de las acciones revocatorias y lograron su objetivo (art. 85 LC).

2. Consecuencias de esta categorización

Sin perjuicio de la afectación de los bienes gravados al pago de los créditos con privilegio especial (art. 181 LC), el síndico pagará con el producido de la realización de los bienes que integran la masa activa, en primer lugar, a los acreedores con privilegio general.

Si la masa activa que quedara, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, fuera insuficiente para cubrir todos los créditos con privilegio general, el pago se realizará por el orden establecido en el art. 110, a prorrata dentro de cada número (art. 183). Su privilegio, entonces, consiste en el derecho a cobrar primero y, en principio, en el derecho a cobrar íntegramente sus créditos. Sólo cobran a prorrata, dentro de su número, si los bienes no son suficientes (art. 183 LC).

Los acreedores laborales, además de este privilegio de cobro, tienen, también, otras ventajas³⁹⁴. Como contrapartida, no pueden votar en la junta de acreedores sin perder su situación privilegiada (art. 127 LC).

C. Créditos quirografarios

Los acreedores quirografarios constituyen una categoría residual, que se integra por todos aquellos que no son ni privilegiados ni subordinados. Estos acreedores son los que soportan el proceso concursal y la *pars conditio creditorum*. Cobrarán sus créditos después de satisfechos los acreedores con privilegio especial y general, y lo harán a prorrata de sus

393 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 312.

394 Así, dentro de la fase de liquidación: a. Lo prefiere, por sobre otros oferentes, en el procedimiento licitatorio a los efectos de adquirir la actividad en funcionamiento en las condiciones del art. 172, lit. b; b. Permite que sean depositarios de los bienes a los efectos de utilizarlos, en forma precaria, formando una cooperativa, en el caso de que no se pueda enajenar la actividad en funcionamiento en forma unitaria y haya riesgo de insatisfacción del crédito laboral (art. 174, n° 2).

respectivos créditos, si la masa activa no es suficiente.

Como contrapartida de su postergación (sólo atenuada por la existencia de los acreedores subordinados) los acreedores quirografarios tienen una gran importancia en el proceso: pueden nombrar un administrador del patrimonio y del giro del deudor durante el concurso, que sustituya al síndico o al deudor en la función de conservar y administrar el patrimonio (art. 50 LC); pueden designar una comisión de acreedores que controle el desarrollo de los procedimientos y colabore en la búsqueda de soluciones a la situación de insolvencia del deudor (art. 50 LC); tienen una fuerte incidencia en la adopción de resoluciones en junta de acreedores (art. 125 LC); son tenidos en cuenta como socios en una eventual propuesta de convenio (art. 139 LC), la que no puede modificarse en su perjuicio (art. 141 LC); en principio, conforman las mayorías necesarias para la aceptación de las propuestas de convenio (art. 144 y 163 LC); son decisivos en la oposición a los convenios amigables (art. 152, 164 y 226 LC); están legitimados para pedir la liquidación de la masa activa (art. 168 LC), aun en forma anticipada (art. 175 LC). A criterio de la doctrina, todo lo señalado es poca retribución, comparada con el sacrificio que realizan al soportar la postergación de su crédito³⁹⁵.

D. Créditos subordinados

1. Alcance de la categoría «créditos subordinados»

La LC estableció en su art. 111 una categoría de acreedores concursales inexistente hasta ahora en nuestro Derecho, denominada *acreedores subordinados*, que constituyen verdaderos *antiprivilegios* o *privilegios negativos*, por resultar postergados respecto de los quirografarios³⁹⁶. Esta categoría se encuentra integrada por dos tipos de créditos: las sanciones pecuniarias, sean de naturaleza legal o convencional y los créditos de ciertas personas que, por su vinculación con el deudor concursado, están llamados a ser postergados³⁹⁷.

La subordinación alcanza a todos los créditos concursales, cualquiera que sea su

Por otra parte, en forma anticipada a la fase de liquidación, estos acreedores tienen la posibilidad de cobrar su crédito si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 62. Finalmente, la Ley 18.593, de 18 de setiembre de 2009, modifica el art. 62 de la LC agregándole un nuevo inciso. La modificación permite al acreedor, siempre y cuando cumpla determinadas condiciones, cobrar su crédito aún antes de la declaración de concurso. La modificación, recientemente introducida a nuestro régimen concursal, vuelve a plantear el problema de la vigencia de la *pars conditio creditorum* (BADO CARDOZO, «La Ley 18.593. Nueva oportunidad de cobro para los acreedores laborales afectados por el concurso», *LL On line*).

395 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 312.

396 PRENDES CARRIL, «De la clasificación de los créditos», *Tratado práctico concursal*, t. 3, pp. 559-845, dir. PRENDES CARRIL (2009), p. 731.

397 OLIVERA GARCÍA, *Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial* (2008), p. 29; MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 313.

naturaleza o privilegio³⁹⁸. Así, por ejemplo, quien haya sido administrador de una persona jurídica dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que tenga un crédito salarial por ocupar un puesto gerencial, ve postergado su crédito por tratarse de una persona especialmente relacionada con el deudor.

La jurisprudencia española ha considerado que en ningún caso pueden venir a contemplarse como créditos subordinados los créditos contra la masa³⁹⁹.

a. Multas y sanciones pecuniarias

De acuerdo con la explicación que brinda la doctrina española sobre el fundamento de la inclusión de las multas y demás sanciones pecuniarias entre los créditos subordinados, lo que se pretende es mitigar el excesivo privilegio que la legislación concursal concede a la Administración Pública. Evitando que las multas y sanciones se hagan efectivas con prioridad a otra clase de créditos ostentados por acreedores particulares, se impide que estos acaben siendo los destinatarios finales de una sanción derivada de la infracción cometida por el deudor. Si la multa o sanción hecha efectiva por la Administración impide que el acreedor particular cobre su crédito, quien realmente hace frente a la infracción es el acreedor quirografario, pues es quien sufre finalmente la merma que se produce en la masa activa concursal⁴⁰⁰.

A pesar de esta alusión doctrinaria a la Administración Pública, el n° 1 del art. 111 de la LC no excluye la posibilidad de calificar como subordinadas a las multas u otras sanciones pecuniarias, establecidas en favor de acreedores particulares, pues no contiene distinción alguna.

*** Costas**

Las costas no constituyen sanciones. Únicamente representan los costes necesarios para la tramitación y que, eventualmente, se imponen al vencido en juicio.

*** Recargos por mora**

La doctrina tributarista nacional y nuestra jurisprudencia ha reconocido que los recargos por mora constituyen una sanción.

En la edición de 1991 del *Código Tributario Comentado y Concordado* de VALDÉS COSTA, VALDÉS DE BLENGIO y SAYAGUÉS ARECO, se reconoce expresamente que los recargos por mora son una sanción, sin perjuicio de que se la califica como *indemnizatoria*: «(...) *el recargo debe ser considerado una sanción indemnizatoria* (...)» (p. 388). Esto es consecuente con lo que VALDÉS COSTA sostenía en la p. 33 de su libro *Instituciones de Derecho Tributario* (1992), cuando se refiere a las «*sanciones indemnizatorias*», que en nuestro Derecho reciben el nombre de *recargos*. La edición correspondiente al 2002, a cargo

398 PRENDES CARRIL, op. cit., p. 761.

399 LÓPEZ APARCERO, *Doctrina judicial sistematizada sobre la Ley Concursal, selección jurisprudencial de los Juzgados de lo Mercantil* (2006), p. 224.

400 ROLDÁN SANTÍAS, «De la clasificación de los créditos», *La nueva regulación concursal*, dir. Jiménez Savurido (2004), p. 302.

de VALDÉS DE BLENGIO tiene una diferencia sustancial sobre la cuestión, pues omite al categorización de los recargos como *sanciones indemnizatorias* y, en su lugar, sólo refiere que los recargos tienen *naturaleza reparatoria* (p. 544). Naturalmente, esto no es contradictorio con la posición sustentada en la edición de 1991, puesto que en ésta no se negaba la naturaleza reparatoria de los recargos, sin perjuicio de lo cual se les consideraba como sanciones.

En consonancia con la doctrina que acabamos de referir, también, MAZZ considera a los recargos como *sanciones con finalidad indemnizatorias*, pero sanciones al fin⁴⁰¹. A su vez, POSADAS BELGRANO, sostiene que los *recargos* son sanciones «*para lograr la protección del interés fiscal*»⁴⁰². Del mismo modo opina BERRO⁴⁰³, fundando su posicionamiento en tres razones: que el propio CT califica a los recargos como *sanciones*; que el verdadero interés indemnizatorio estaría previsto en el art. 33 del CT, aludido como «*intereses por facilidades*» que, por expresa disposición legal, deben ser inferiores al recargo por mora; que en lo que respecta a su cuantía, los recargos pueden superar las tasas de interés del mercado que se consideran compensatorias de la tenencia de dinero, por lo que, al menos por el exceso, constituyen una pena. A su vez BLANCO aporta otros elementos en favor de la tesis de que los recargos por mora constituyen sanciones: que del debate parlamentario de la Ley 16.869, que reformó el art. 94 del CT, surge indubitablemente que los redactores e impulsores de la modificación consideraron a los recargos como una sanción⁴⁰⁴; y que, en la medida en que la cuantía del recargo puede exceder a las tasas medias del mercado, al menos esta porción constituye una sanción propiamente dicha⁴⁰⁵.

La jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia (SCJ) lo entendió del mismo modo, desde que considera que el art. 94 del Código Tributario establece una doble *sanción* a la infracción de mora, una de naturaleza punitiva y otra de naturaleza resarcitoria, que serían los recargos⁴⁰⁶. Del mismo modo se refiere a los recargos el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA)⁴⁰⁷. No obstante, la forma en que se hace referencia a esta cuestión en la edición de 2002, del *Código Tributario* de VALDÉS COSTA, ha dado pie a que, en algunos expedientes concursales, se pretenda que los recargos por mora no son créditos

401 MAZZ, *Curso de Derecho Financiero y Finanzas*, t. 1, v. 2 (1991), p. 233.

402 POSADAS BELGRANO, *Derecho tributario* (1959), p. 488.

403 BERRO, «Irretroactividad y retroactividad en el Derecho tributario-sancionatorio», *Revista Tributaria*, v. 36, n° 213 (2009), pp. 957-972.

404 BLANCO, «Infracción de mora: naturaleza jurídica y aplicación temporal de las modificaciones normativas a su régimen», *Revista Tributaria*, t. 25, n° 142 (1998), p. 15.

405 BLANCO, *id.*, p. 24.

406 SSCJ n° 130 de 29/6/1998.

subordinados sino, muy por el contrario, privilegiados.

En nuestra opinión, los recargos por mora constituyen una sanción prevista para el caso de incumplimiento o retardo en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, por lo que deben ser calificados como créditos subordinados.

b. Créditos de personas especialmente relacionadas

El n° 2 del art. 111 califica como créditos subordinados a todos aquellos de personas que tengan una relación especial con el concursado. En cuanto al tipo de relación entre concursado y acreedor, que determina la subordinación del crédito, aparece regulada detalladamente en el art. 112⁴⁰⁸.

Todas las personas enumeradas en el art. 112 se encuentran muy relacionadas con el deudor y en algunos casos envueltos en un velo de sospecha por su proximidad con el concursado y sus negocios. El calificador es el síndico o el interventor, quien debe especificar el carácter de persona especialmente relacionada con el deudor, al proceder a incluir a los acreedores en la lista.

En el caso de las personas físicas, es obvia la referencia al cónyuge y al concubino, actuales o que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Lo mismo respecto de los ascendientes, descendientes y hermanos del deudor o del cónyuge o concubino del deudor. El recelo llega a los cónyuges y concubinos de los ascendientes, descendientes y hermanos del deudor y, en forma general y sin definición, a todas las personas que hubieran convivido con el deudor en los últimos dos años, a cualquier título, a excepción de los empleados.

La persona jurídica concursada tiene, también, vínculos con sus socios, sean o no responsables por las deudas sociales, pero sólo con los que posean más del 20 % del capital social (que para el caso de las anónimas debe entenderse referido al capital integrado). Los que posean menos quedan libres de juicio. Lo mismo sucede con los administradores sean de Derecho o de hecho y los liquidadores, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. La prevención llega, también, a las sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades. La LC, en este caso, proporciona un concepto de grupo de sociedades, centrado en la existencia de sometimiento a un poder de dirección de una o varias personas físicas o jurídicas.

Finalmente y para aumentar el alcance, la LC incluye a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes originariamente a las personas especialmente relacionadas con el deudor, que hubieran sido adquiridos en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La categoría es interesante y ha sido recibida con beneplácito por la doctrina concursal, feliz de que estos sujetos no tengan voto en las decisiones de la junta⁴⁰⁹. Con todo, quienes se encuentren en esta situación, al establecer este vínculo con el deudor, deben estar al tanto de que no hay forma de evitar la mala imagen que trae consigo.

407 SSTCA n° 28 de 15/2/1989 y n° 996 de 13/9/1993.

408 ROLDÁN SANTÍAS, op. cit., p. 302.

409 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 315.

2. Consecuencias de esta categorización

a. Privación del derecho de voto

En las juntas de acreedores, los titulares de créditos subordinados carecen de derecho de voto, aunque sí tienen derecho de asistencia (art. 118)⁴¹⁰. El art. 126 no incluye a los acreedores subordinados entre quienes no tienen derecho a voto en la junta, salvo en lo que respecta a las personas especialmente relacionadas. Sin embargo, el art. 125 establece que la adopción de decisiones por la junta requerirá del voto a favor de determinada mayoría de acreedores *quirografarios*.

b. Exclusión para el cálculo de las mayorías en convenios y acuerdos

Los créditos subordinados no computan para el cálculo del pasivo necesario para la aceptación de una propuesta de convenio o para la suscripción de un acuerdo, pues la mayoría se considera sobre el pasivo quirografario (arts. 144, 163 y 214). No obstante, los convenios y los acuerdos privados de reorganización los obligan (art. 158 y 216). Consecuentemente, se verán afectados por las quitas y esperas en ellos pactadas y sus créditos quedarán definitivamente extinguidos en la parte en que se hubiera hecho condonación al deudor, salvo que en el propio convenio se disponga lo contrario o que la sentencia de calificación condene a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial (art. 159). Como contrapartida, tienen el derecho de oponerse a estos acuerdos, siempre y cuando no los hayan suscripto (arts. 164, 220 y 226).

c. Postergación en el cobro

En caso de liquidación, la subordinación del crédito, tiene que ver con el orden de prelación para el cobro de sus créditos. Estos acreedores son los últimos en cobrar, pues son satisfechos después que todos lo han sido, incluso los quirografarios (arts. 182 y 187 LC). En opinión de la doctrina, los créditos subordinados quedan extinguidos de hecho si se constata la falta de recursos para pagar íntegramente a los quirografarios⁴¹¹.

d. Cancelación de las garantías

Este art. 113 plantea la posibilidad de que una persona especialmente vinculada con el deudor, tenga una hipoteca o una prenda como garantía de su crédito. Se superponen dos categorías, la de acreedor privilegiado especial y la de acreedor subordinado.

Cuando el síndico o el interventor, reciban el crédito para verificar y graduar, deberán decidir en cuál de las categorías lo coloca. Si se dejan convencer por el vínculo sospechoso, lo calificará como acreedor subordinado.

El involucrado tiene derecho a recurrir la aprobación judicial de la lista de acreedores, en cuyo caso evitará, por el momento, la cancelación de las garantías constituidas. El asunto se definirá según el resultado del recurso interpuesto.

410 GÓMEZ PORRÚA, «La masa pasiva del concurso. Clase de créditos», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos (ciclo de conferencias sobre la Ley concursal: Sevilla, del 4 al 11 de mayo de 2005)*, coord. ELORZA GUERRERO y GUERRERO LEBRÓN (2009), p. 133.

411 RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, op. cit., p. 76.

E. Créditos del Estado y de los entes públicos

El art. 114 posibilita que el Estado, los gobiernos departamentales, los entes autónomos, los servicios descentralizados, las personas públicas no estatales y los entes públicos, participen en el proceso concursal, sea formando parte en los órganos y procedimientos concursales, sea votando las propuestas de convenio o de acuerdo privado de reorganización con cualquiera de los contenidos propuestos por el deudor.

Para facilitar la liquidación de la masa activa, la LC permite que, por excepción, no se exijan los certificados y documentos que habitualmente se requieren para demostrar estar al día en el cumplimiento de obligaciones tributarias o paratributarias, previo a la celebración de determinados negocios jurídicos o para la registración, eficacia o perfeccionamiento de los mismos. Además, también por excepción, los registros no exigirán la presentación de estos certificados para registrar la transferencia de los bienes realizada en el marco del procedimiento concursal⁴¹².

CAPÍTULO SEXTO: CONVENIOS Y ACUERDOS

Por Virginia S. BADO CARDOZO y Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

I. Convenios

Una vez declarado el concurso la insolvencia del deudor puede solucionarse con un convenio de pago, de contenido amplio y flexible, o el proceso puede derivar hacia la liquidación de su patrimonio. Ambas etapas tienen en común la finalidad de satisfacer a los acreedores del deudor. Se distinguen fundamentalmente en cuanto al medio para hacerlo.

A. Concepto

El convenio es un pacto de naturaleza preclusiva celebrado entre el deudor y una mayoría de acreedores no privilegiados, que resulta obligatorio para todos los acreedores.

B. Características

De la definición se desprenden las siguientes características:

En primer lugar, es un pacto de naturaleza preclusiva en tanto concluye el proceso concursal iniciado mediante un pacto que evita la liquidación del patrimonio del concursado. No es posible presentar ningún tipo de convenio una vez iniciado el proceso de liquidación. Quiere decir que estos convenios tienen una naturaleza distinta a la de los acuerdos privados de reorganización regulados en los arts. 214 y ss. Los acuerdos previenen la declaración de concurso. Los convenios clausuran un proceso concursal en tanto atajan la liquidación del

412 MARTÍNEZ BLANCO señala que en este régimen de excepción es dónde reside la real fuerza de cobro de la administración tributaria: «*Pero sucede que la real fuerza de cobro de la administración tributaria (nacional o municipal) se expresa no sólo mediante el peso de su propio crédito, ni siquiera a través del Código Tributario o de sus leyes especiales, sino por el camino de los hechos, en especial a través de la exigencia de los certificados (únicos, especiales, etc.) para registrar determinadas operaciones traslativas. Fue por ello que a nuestras instancias se propuso con éxito la disposición recogida en el art. 114...*» (MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 316).

patrimonio del deudor.

En segundo lugar, para la aprobación de un convenio no se requiere la aprobación unánime de todos los acreedores. En materia concursal rige el principio de la *preeminencia de las mayorías*, en contraposición al principio de la *unanimidad*, principio que rige en la ejecución individual.

Si en un proceso individual el deudor ofrece una solución transaccional a sus acreedores, para que se pueda concluir el proceso por esta vía es necesario que todos ellos estén de acuerdo. Basta que sólo uno se niegue a firmar para no lograr el objetivo. En el proceso concursal, en principio, según se verá, basta el acuerdo de la mitad más uno del pasivo quirografario del deudor. Los acreedores privilegiados disfrutan de una posición tal que, en contrapartida, se encuentran inhibidos de participar en la votación de las fórmulas de pago. Si votan, pierden su privilegio.

En tercer lugar, el convenio obliga, a los firmantes, pero también obliga a los disidentes y hasta a los ausentes. He aquí una diferencia fundamental entre el proceso concursal y el individual. Si se tratara de un proceso individual, la transacción lograda en el proceso afectaría sólo a las partes que participaron en ella. En el proceso concursal, en cambio, todos los acreedores por créditos comunes y subordinados quedan obligados a soportar la solución.

C. Clases de convenios

La LC contiene dos modalidades de convenio. En una de las modalidades la propuesta de convenio es votada en la junta de acreedores (arts. 138 y ss.). En la otra, la propuesta de convenio es presentada ante la sede concursal ya con las firmas suficientes como para su aprobación, lo cual hace innecesaria la celebración de la junta de acreedores, instancia que se suspende (arts. 163 y ss.).

Atendiendo al ámbito en que se recaba la voluntad de los acreedores que adhieren a la propuesta, llamaremos al primero *convenio judicial* y al segundo *convenio extrajudicial*.

La Ley trata los convenios en el orden indicado en el párrafo anterior. No obstante, en la práctica se acostumbra intentar la solución extrajudicial, antes que la judicial. Seguiremos este criterio.

1. Convenio extrajudicial

El convenio extrajudicial se encuentra regulado en los arts. 163 y 164 de la LC. En este tipo de convenio el deudor recaba en forma privada las adhesiones de los acreedores y luego presenta al juez del concurso la propuesta con las firmas obtenidas, y que lógicamente habrá alcanzado la mayoría necesaria para lograr la aprobación de la fórmula. De manera que, en este caso, el deudor se presenta con la propuesta ya suscrita por los acreedores. Con palabras de la propia LC, se presenta una propuesta de convenio concursal *con adhesiones*.

La LC, de esta forma, permite abreviar el proceso pues suspende la instancia de reunión de los acreedores en junta, reunión que ya no tendrá sentido si los acreedores han convenido el convenio y no exista otro asunto en el orden del día para resolver. Siendo así, cumplidos los requisitos que veremos a continuación y luego de aprobada la lista de acreedores, el juez dispondrá la suspensión de la junta y abrirá el plazo para que se presenten las oposiciones al convenio.

a. Requisitos

Se exigen ciertos requisitos. En primer lugar, la propuesta, con sus adhesiones debe presentarse antes de la celebración de la junta de acreedores. La LC no determina el momento preciso.

En segundo lugar, las adhesiones deben representar la mayoría del pasivo quirografario con derecho a voto. Puede tratarse de uno o varios acreedores (no se exige una mayoría de personas), en tanto representen la mitad más uno de este pasivo.

Excepcionalmente, cuando la propuesta de convenio implique el otorgamiento de quitas superiores al cincuenta por ciento del monto de los créditos quirografarios o plazos de pago superiores a diez años, la mayoría se recrudece. Es necesario contar con la adhesión de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario con derecho a voto.

b. Oposición al convenio extrajudicial

Los acreedores que no han sido consultados por el deudor conocerán la propuesta gracias a la publicación que el art. 164 ordena realizar. Debe publicarse un extracto de la propuesta, durante tres días, en el Diario Oficial. Si los acreedores desean estudiar el texto completo tienen a su disposición el convenio presentado en el Juzgado.

El extracto a que hace referencia esta norma debe contener un resumen de los principales aspectos de la fórmula de pago ofrecida por el deudor (quita, espera, bienes objeto de la cesión, por ejemplo) y los detalles que acompañan su ejecución (garantías, intereses, consecuencias de su incumplimiento, entre otros). Lógicamente, también deberá denunciar el número de expediente, el juzgado concursal actuante y el nombre del síndico o del interventor interviniente. Además, en esta publicación se convoca a los acreedores concursales (esto es con créditos verificados), a presentar sus oposiciones advirtiéndoles que deben hacerlo en el plazo de veinte días a partir de la última publicación realizada.

Pueden oponerse a la aprobación de un convenio extrajudicial los acreedores quirografarios y subordinados del deudor, excepto, claro está, los que lo hubieran suscripto. También, pueden oponerse el síndico y el interventor.

El convenio extrajudicial y judicial tienen en común las causales que habilitan la oposición a la fórmula. Las estudiaremos más adelante, cuando analicemos el artículo 152 en sede de convenio judicial. Ciertamente la causal debe invocarse claramente pues, de lo contrario, no se da trámite a la oposición y ni siquiera se forma el incidente respectivo⁴¹³.

Las oposiciones al convenio tienen como presupuesto el fundamento en alguna infracción legal, o en otras causales si quien se opone representa el diez por ciento del pasivo quirografario (art. 152). Si no se invoca ninguna infracción legal, ni se aduce representar el porcentaje exigido por la Ley, la oposición debería ser desestimada, sin más trámite.

Las oposiciones se deben tramitar por el procedimiento incidental, a los efectos previstos en el art. 155 de la LC (art, 164).

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 250, las oposiciones serán sustanciadas ante el propio juez del concurso por el procedimiento de los incidentes establecido en el CGP, con las siguientes peculiaridades: 1. se aplicarán en todos los casos las normas para los incidentes fuera de audiencia; 2. todos los actos procesales serán notificados en la oficina; 3. el juez deberá fijar los plazos para las actuaciones procesales, de modo que los mismos no determinen una demora respecto de los restantes plazos establecidos por la ley para las etapas del concurso.

c. Sentencia

413 SJLC de 2° t. n° 1824 de 3/11/2010.

Si transcurre el plazo legal y ninguno de los legitimados formuló oposición, el primer día hábil siguiente a la finalización del término, el juez dictará una resolución aprobando el convenio. Esta resolución sólo es recurrible con el recurso de reposición, que debe ser interpuesto dentro del plazo de seis días de *notificada* (art. 252)⁴¹⁴.

Si se presentaron oposiciones, se procederá de acuerdo al art. 155 y la decisión que apruebe o rechace el convenio tendrá los efectos previstos en los arts. 157 a 162, a los que nos remitimos. Esta resolución admite apelación con efecto suspensivo (art. 252, § 2, n° 2).

Por expresa disposición del art. 196, en la misma resolución por la que apruebe la propuesta de convenio, el juez del concurso mandará formar el incidente de calificación, incidente que se abrirá con la solicitud de declaración del concurso de acreedores y los documentos adjuntos y con la sentencia que lo hubiera declarado. Sólo no procederá la formación del incidente de calificación cuando concurren, acumulativamente, las siguientes condiciones: que el concurso de acreedores hubiera sido voluntario y que el convenio aprobado permita la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo no superior a dos años.

2. Convenio judicial

A diferencia del convenio extrajudicial, en el convenio judicial el deudor concursado presenta al juez la propuesta de convenio sin la firma de sus acreedores. Esta es la principal diferencia entre el convenio extrajudicial y el judicial: el procedimiento de adhesión de los acreedores a la fórmula del deudor concursado.

La omisión del deudor en presentar alguna propuesta impone al juez decretar la liquidación de la masa activa (art. 168, n° 2)⁴¹⁵.

Sea que la solución pase por la continuación o por la liquidación, según habremos de ver, la propuesta de convenio debe acompañarse con un plan⁴¹⁶. Si la propuesta de convenio se presenta sin el plan, puede entenderse que equivale a una falta de presentación del convenio y, por ende, procede la liquidación forzosa de acuerdo a lo dispuesto en el art. 168, n° 2⁴¹⁷.

a. Oportunidad

414 Advertimos que, en principio, los actos procesales son notificados en la oficina (art. 250, n° 2). No obstante, puede disponerse la convocatoria personal al concursado, al síndico o el interventor, y a algún compareciente, a criterio de la sede concursal. Así, por ejemplo, en SJLC de 2° t. n° 2.021 de 30/11/2010.

415 RODRÍGUEZ MASCARDI et alt., *Cuaderno de Derecho Comercial* (2010), p. 206.

416 Esta no es la única oportunidad en que la LC exige planificación. También, lo hace, más adelante, en el título correspondiente a la liquidación y pago, al organizar la enajenación de los bienes (arts. 171 y 174).

417 RODRÍGUEZ MASCARDI et alt., íd. ibíd. MARTÍNEZ BLANCO es de la misma opinión sólo respecto de la omisión del plan de continuación (MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 339).

El art. 138 establece que la propuesta de convenio debe ser presentada al juez por lo menos sesenta días antes de la celebración de la junta de acreedores. El legislador entiende que este plazo es suficiente para que los acreedores estudien el ofrecimiento del deudor concursado y resuelvan cómo votarán en la junta⁴¹⁸.

No obstante lo establecido, en la LC no existe sanción para el caso de incumplimiento. Ciertamente se establece qué sucede si no se presenta convenio alguno. En este caso el art. 168 n° 2 ordena la apertura de la fase de liquidación, solución que a nuestro entender no podría extenderse por analogía.

b. Forma

El convenio debe presentarse cumpliendo determinados requisitos de forma. En primer lugar, debe presentarse por escrito dirigido al juez de concurso. Del texto debe surgir en qué consiste el ofrecimiento de pago a los acreedores. En caso de existir más de una proposición, debe quedar claro si son alternativas o subsidiarias o cómo deben compaginarse unas con las otras.

La propuesta debe estar firmada por quienes resulten obligados: el deudor, persona física o jurídica, uno o más acreedores o hasta terceros.

Lo normal es que la propuesta de convenio obligue al propio deudor concursado. En el caso de las personas jurídicas, deben firmar el o los administradores o los liquidadores (en caso de que el deudor se encuentre en este estadio⁴¹⁹). La LC no refiere al órgano de administración o liquidador. Por tanto, no basta la firma del presidente del órgano; deben firmar todos los integrantes. Si se trata de una sociedad en liquidación, se ha entendido que, además, deben firmar la propuesta todos los socios pues el ofrecimiento de una fórmula de pago excedería las facultades de los liquidadores⁴²⁰.

A pesar del término utilizado, la falta de firma de alguno de los integrantes del órgano no impide la presentación del convenio. Puede presentarse pero debe indicarse que falta determinada firma y las causas de la omisión.

Puede suceder que las obligaciones de pago contempladas en el convenio, deban ser cumplidas por uno o varios acreedores o por terceros. En este último caso, estos asumirían la obligación de pagar en nombre y representación del deudor concursado. Si así sucede, lógicamente, estas personas deben firmar la propuesta junto con el deudor.

Lo que no exige la LC es la demostración de la buena fe del deudor⁴²¹. Quiere decir que todo concursado, aun siendo, por lo menos, culpable de su situación de insolvencia, tiene derecho a ofrecer un convenio. Ciertamente, si ha actuado con culpa o dolo sus acreedores tendrán motivos para sospechar de sus intenciones y probablemente no crean en la solución

418 Discrepa con la suficiencia del término MARTÍNEZ BLANCO (*Manual del nuevo Derecho Concursal. De los orígenes de las crisis empresariales a la Ley N° 18.387 de 23/10/2008* [2009], p. 338).

419 Si la sociedad disuelta, en estado de liquidación, puede solicitar concurso, es lógico que, también, pueda proponer un convenio (RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, v. 6, p. 348).

420 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, v. 6, p. 348.

que ofrece. Sin embargo, la buena fe no es un requisito a observar a la hora de presentar la propuesta⁴²².

c. Documentos que deben acompañar la propuesta

El convenio debe acompañarse de varios recaudos: el plan de continuación o plan de liquidación, según corresponda, y el testimonio de la resolución social que aprueba la propuesta en el caso de que el deudor sea una persona jurídica.

MARTÍNEZ BLANCO entiende que la continuación será la primera solución a proponer. Si no es posible cumplir con este objetivo, la LC permite continuar el proceso con una liquidación⁴²³. De modo que, para este autor, puede presentarse un plan de continuación y, subsidiariamente, si la continuación no funciona, un plan de liquidación del patrimonio del deudor.

RODRÍGUEZ OLIVERA sostiene que el plan de liquidación debe acompañarse cuando el deudor elige clausurar su actividad, por ejemplo, cediendo todos sus activos. No se trata de un plan subsidiario sino principal⁴²⁴.

El legislador requiere cierta seriedad y exige que se respeten ciertos parámetros en la confección de los denominados *plan de continuación* y *plan de liquidación*, documentos que objetivamente deben organizar la continuación o la liquidación, en tanto procesos a futuro.

*** Plan de continuación**

El plan de continuación es un proyecto en el que se indica a los acreedores cómo ha de desarrollarse la actividad futura de la empresa de modo de asegurar el cumplimiento de la propuesta de convenio. Para ello, el plan de continuación debe denunciar el origen y detalle los recursos prometidos⁴²⁵.

La LC no especifica cuáles son las categorías que deberían considerarse en este detalle. En definitiva se trata de denunciar cuánto dinero hace falta para continuar con la actividad, de dónde saldrá, cuál será el costo de su obtención y cómo se aplicará. La viabilidad de la

421 CREIMER BAJUK, de *lege ferenda*, entiende que, en el caso de que la concursada sea una sociedad comercial, resulta oportuno exigirle un informe denunciando si, con anterioridad al concurso, intentó remediar su situación de insolvencia mediante, por ejemplo, el reintegro o el aumento del capital (CREIMER BAJUK, op. cit., p. 70).

422 RODRÍGUEZ OLIVERA, *íd.*, p. 349.

423 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 337.

424 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, v. 6, p. 350.

425 Según CREIMER BAJUK, a este plan de continuación se lo conoce como "*plan de negocios*". Consiste, a su entender, en un plan de reestructuración, saneamiento o salvataje (CREIMER BAJUK, *Concursos*, p. 69).

propuesta de continuación, depende, en gran medida, de los recursos financieros prometidos.

Además, en el plan, el deudor debe incluir, necesariamente, una fórmula de pago para satisfacer a los acreedores con privilegio especial (art. 109). Esta referencia a los acreedores privilegiados no significa que se vean vinculados por el convenio pues para estos acreedores la fórmula resulta indiferente. Sin embargo, dada la importancia que tienen las garantías reales en el patrimonio del deudor concursado, ciertamente no habrá plan de continuación alguno si no se toma en cuenta el peso de estos acreedores⁴²⁶. La referencia tiene por finalidad, entonces, evitar que el deudor realice determinado plan que, luego, se vea frustrado por la ejecución de las garantías comprometidas⁴²⁷.

*** Plan de liquidación**

El plan de liquidación es un proyecto, sustitutivo de la liquidación forzosa, prevista en el título VIII de la LC⁴²⁸. La LC nada dispone respecto a los detalles del plan de liquidación⁴²⁹. Pese a la omisión, el sentido común indica que el plan debe contener, entre otros detalles, los bienes a liquidar y su orden (especialmente atendiendo su naturaleza más o menos perecedera, los gastos de conservación, etcétera), la forma de liquidación, el sujeto encargado de hacerlo, el plazo previsto para la finalización del proceso, el orden de pago a los acreedores y los montos a distribuir.

*** Testimonio de la resolución social que aprueba la propuesta**

La persona jurídica debe acompañar el testimonio de la resolución social aprobando la presentación de la propuesta. De esta forma, quedan comprometidos los órganos de administración y de reunión de socios que son los que gobiernan la persona jurídica.

c. Oposición a la aprobación del convenio

*** Legitimados a oponerse**

El art. 151 dispone que los legitimados para oponerse a la aprobación del convenio son dos: algunos acreedores y el síndico o el interventor.

Respecto de los acreedores, es posible que algunos de ellos no estén de acuerdo con el convenio votado. Sin embargo, aun teniendo un motivo para ello, no todos pueden oponerse. Sólo podrán hacerlo aquellos que hayan sido privados, en forma ilegítima, del derecho de voto y los que hayan votado en contra. Va de suyo que, lógicamente, los que han sido

426 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 340.

427 CREIMER BAJUK, *Concursos*, pp. 69 y 70.

428 En el régimen anterior existía una solución liquidatoria similar bajo la forma de los denominados “*concordatos preclusivos*” (el concordato en la quiebra y el concordato en la liquidación judicial).

429 A criterio de MARTÍNEZ BLANCO, el plan de liquidación es, si se quiere, más importante que el de continuación (op. cit. p. 339).

privados del voto, legítimamente, y los que han votado a favor, no tienen derecho a oponerse.

Respecto de los acreedores a los que se los ha privado legítimamente del derecho de voto, la LC no hace referencia alguna. No se trata de los acreedores que no tienen derecho a voto (art. 126) sino de acreedores que, teniendo este derecho, han sido privados de él por alguna razón que la LC no establece.

*** Causas de oposición y plazo de ejercicio**

Los legitimados señalados en el párrafo anterior tienen derecho a oponerse a la aprobación del convenio, en tanto y en cuanto esgriman una causa legítima, esto es, no pueden invocar cualquier razón. Ciertamente, la inconveniencia de lo pactado por la mayoría no es una causa de oposición.

Ya se ha dicho que en materia concursal rige el principio de *preeminencia de las mayorías*, principio según el cual, en el proceso concursal, para que se apruebe un convenio no es necesario que todos los acreedores estén de acuerdo⁴³⁰. De modo que *a priori*, basta sólo la mayoría. Los disconformes, por tanto, no tendrán más remedio que acatar lo resuelto por la mayoría, salvo que puedan invocar y demostrar la existencia de una infracción legal y hacerlo, además, dentro de los cinco días a contar desde el siguiente al de la conclusión de la junta de acreedores, tal como establece el art. 153.

La primera causal de oposición es la ilegalidad, esto es, la actuación contraria a la LC en tres de sus aspectos: en la constitución de la junta de acreedores (art. 115), en la celebración de la junta de acreedores (arts. 121, 122 y 125) y en el contenido del convenio (art. 139). La causal se cumple sin importar el grado de la ilegalidad cometida. Así, es tan ilegal la junta celebrada sin que se haya confeccionado la lista de asistentes (art. 121) como aquella que haya desconocido las mayorías necesarias para la adopción de resoluciones (art. 125).

Habrán ilegalidad en la constitución de la junta, por ejemplo, si se reúne en un lugar, día u hora distinta a la establecida en la sentencia de declaración de concurso (art. 19, num.4) o si se prorroga sin atender los requisitos de excepcionalidad y voto mayoritario que establece la LC (art. 115).

La doctrina destaca, como ejemplo de esta causal, el caso de omisión en la notificación a determinados acreedores⁴³¹. Al respecto corresponde advertir que la convocatoria a la junta se hace por dos personas distintas y de modos distintos: por el juez mediante publicaciones (art. 19, n° 4 y art. 21) y por el síndico o interventor mediante carta u otro medio fehaciente (art. 94)⁴³². Esta multiplicación de notificaciones plantea el problema de si es posible que el

430 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 85; RODRIGUEZ MASCARDI et alt., op. cit., pp. 32 y 33.

431 CREIMER, *Concursos...*, p. 74.

432 La solución ha sido criticada por la doctrina. MARTÍNEZ BLANCO plantea algunos problemas prácticos: la actualización de las direcciones de los acreedores, la devolución de las cartas por el correo, el procedimiento más adecuado de envío de modo de comprobar que se ha cumplido con la Ley y que, en todo caso, el omiso es el acreedor. A criterio del autor citado, el legislador, con esta disposición, creó una serie de problemas que, a su criterio, se solucionan recurriendo a la notificación por edictos (MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 283).

acreedor pueda alegar la falta de notificación por el síndico o por el interventor, cuando, indefectiblemente, habrá sido avisado por el juez. Por otra parte, debe tenerse presente que, de acuerdo al art. 115, la junta se considerará válidamente constituida cualquiera que sea el número de acreedores.

Habrà ilegalidad en la celebración de la junta cuando, por ejemplo, una vez constituida y antes de ingresar a la discusión del orden del día, el secretario no confeccione la lista de asistentes del art. 121 o no se respete el orden del día del art. 122 o no se alcancen las mayorías necesarias para la adopción de las resoluciones (art. 125).

Finalmente, habrá ilegalidad en el contenido del convenio cuando se proponga una fórmula ilícita (art. 139), cuando la eficacia del convenio se sujete a condición (en cuyo caso el acreedor se opone exigiendo que ésta se tenga por no presentada de acuerdo al art. 140), cuando la propuesta sea modificada desconociendo el art. 141 y cuando no se hubiera presentado el informe especial sobre el plan de continuación o de liquidación del art. 142 (si se tratare de un convenio aprobado en junta de acreedores).

La causal de ilegalidad puede ser esgrimida por cualquier acreedor (sin límites de representación en el pasivo) y, también, por el síndico o por el interventor. Sin embargo, para que el acreedor pueda oponerse por ilegalidad en la constitución o en la celebración de la junta, en primer término, debe haber asistido y, además, debe haber denunciado la infracción en el transcurso de la junta o en el momento en que se hubiera producido la causal. En el expediente debe quedar constancia de la denuncia. Si ella se efectuó en el transcurso de la junta, la denuncia constará en el acta.

La segunda causal que puede hacerse valer, refiere a problemas con los votos vertidos. Se señalan dos circunstancias: que el voto o los votos decisivos para la aceptación de la propuesta han sido emitidos por quien no era titular real del crédito o han sido obtenidos mediante maniobras que afecten o puedan afectar la paridad de trato entre los acreedores quirografarios (fuera del caso del convenio con ventajas del art. 145, donde la propia LC permite la disparidad).

La tercera causal que habilita la oposición a lo convenido es la prueba de inviabilidad de cumplimiento del convenio. Entendemos que esto no debe confundirse con la conveniencia o la inconveniencia de la propuesta. La propuesta puede ser conveniente para los acreedores pero, también, puede ser imposible de cumplir habida cuenta de la situación del deudor.

La segunda y tercera de las causales señaladas, sólo pueden ser esgrimidas por el acreedor o los acreedores que representen, por lo menos, el diez por ciento del pasivo quirografario del deudor. También, pueden alegarlas el síndico y el interventor.

*** Trámite de la oposición**

En caso de ser admitidas, las oposiciones se tramitan siguiendo el procedimiento incidental previsto en el art. 250 de la LC⁴³³.

En la jurisprudencia de primera instancia se ha considerado que si el opositor no invoca ninguna de las causales previstas en el art. 152, el juez no debe dar trámite al incidente⁴³⁴. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno revocó la sentencia de

Ciertamente, el punto estaba mejor resuelto en el régimen anterior. En el CCom, era el juez el que, en el auto declaratorio de quiebra, llamaba a los acreedores a justificar sus créditos. Este auto era objeto de publicación mediante edictos.

primera instancia, por entender que no corresponde el rechazo in limine de la oposición deducida en el caso, sin ingresar en el análisis de si los fundamentos esgrimidos por el opositor estaban o no previstos en el art. 152⁴³⁵.

El decreto por el cual se resuelve no dar trámite al incidente, es de mero trámite y sólo es susceptible de ser recurrido con reposición, que deberá ser interpuesto dentro del plazo de seis días de notificado (art. 252).

*** Sentencia**

El final de este proceso está determinado por una sentencia cuyo contenido se circunscribe, exclusivamente, a la aprobación o rechazo del convenio sin que le sea posible su modificación.

De modo que el juez no puede corregir los defectos del convenio. Sólo puede convocar una nueva junta de modo de someter a votación la propuesta que hubiera obtenido la mayoría en la anterior (si el convenio no hubiera sido aprobado por infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta). Esta nueva junta será convocada por edictos (art. 21) y debe reunirse dentro del mes siguiente al de la fecha de la sentencia.

Contra la sentencia que aprueba o rechaza la oposición, pueden interponerse los recursos de reposición y apelación con efecto suspensivo (art. 252, n° 2).

B. Contenido de los convenios

El contenido del convenio, esto es, la fórmula de pago de las obligaciones del deudor, puede ser muy variada. La LC no se ocupa de estos contenidos, pero amplía notablemente el elenco de fórmulas de pago, en relación con el régimen anterior, y deja abierta la puerta para que el deudor se ingenie en otras fórmulas novedosas.

Además de las tradicionales quitas y esperas, permite la cesión de bienes (similar al concordato de liquidación del régimen anterior), la constitución de una sociedad con los acreedores quirografarios, la capitalización de los pasivos, la creación de un fideicomiso, la reorganización de la sociedad, la administración de los bienes o cualquier otro contenido siempre que sea lícito. Finalmente, la LC permite que el convenio disponga la entrega de los bienes del deudor a una cooperativa de trabajo, constituida con parte o todo el personal, a título de depósito con facultades de uso precario (art. 174, n° 2). Puede ofrecerse, también, una combinación de lo anterior.

En la enumeración legal hay contenidos que suponen la entrega de dinero o bienes, con

433 De acuerdo a esta norma, el incidente se desarrolla ante el juez de concurso siguiendo el régimen de los incidentes establecido en el CGP, con las siguientes peculiaridades: se aplicarán en todos los casos las normas para los incidentes fuera de audiencia; todos los actos procesales serán notificados en la oficina y el juez deberá fijar los plazos para las actuaciones procesales, de modo que los mismos no determinen una demora respecto de los restantes plazos establecidos por la ley para las etapas del concurso.

434 SJLC de 2° t. n° 1824 de 3/11/2010.

435 STAC de 2° t. de 28/4/011 (TABARÉ SOSA AGUIRRE, JOHN PÉREZ BRIGNANI, ÁLVARO FRANÇA).

la única finalidad de satisfacer a los acreedores. Acabado el proceso concursal, una vez cumplido lo convenido, el empresario continuará su actividad con independencia de los acreedores. Es el caso del pago con quitas o con esperas, de la cesión de bienes y de la creación de un fideicomiso.

Otras fórmulas, en cambio, implican, en mayor o menor medida, la participación de los acreedores en la nueva etapa que afrontará la empresa. Así será toda vez que el convenio tenga por contenido la constitución de una sociedad con los acreedores, la capitalización de pasivos y la entrega de los bienes en uso precario a la cooperativa de trabajadores

Finalmente, la LC dispone otros contenidos, un tanto ambiguos, que pueden o no ubicarse en alguna de las categorías anteriores. Es el caso de la reorganización de la sociedad y de la administración de los bienes en interés de los acreedores.

1. Análisis de las fórmulas de pago dispuestas en la LC

a. Quitas y esperas

Los acreedores pueden conceder al deudor una quita en el monto total de lo adeudado, o pueden darle plazo para el pago. También, pueden aceptar las dos cosas.

A diferencia del régimen anterior, la LC deja en libertad a los acreedores para que aprecien la conveniencia de la fórmula. No se establecen límites en las quitas ni en el plazo para el pago.

La aceptación de esta proposición implica que los acreedores hagan remisión de la parte quitada o deban respetar el plazo dispuesto. En la parte quitada hay una extinción de la obligación por remisión y en el plazo concedido hay una modificación en la exigencia de pago.

Estos efectos se mantienen más allá de concluido el proceso concursal. Nunca más los acreedores recuperarán lo remitido, ni siquiera si el deudor mejora su fortuna.

b. Cesión de bienes a los acreedores

Esta forma de pago no es una novedad en nuestro Derecho. En el régimen anterior, ya se ha dicho, existía un concordato de naturaleza preventiva denominado *concordato de liquidación* creado en 1926. Consistía, igual que esta forma de convenio, en la entrega de los bienes para que sean vendidos y con el producido se pagara a los acreedores.

Cuando el deudor cede sus bienes a los acreedores, transmite la propiedad de los mismos y con ello paga lo adeudado. La cesión puede comprometer todo los bienes o sólo algunos.

La cesión de bienes puede tener dos finalidades: la entrega de los bienes y derechos en pago de las obligaciones (dación en pago) o para que los acreedores, luego de enajenados, se cobren del producido (cesión para el pago). En el primer caso, los acreedores reciben los bienes y derechos para conservarlos. En el segundo caso, los reciben para enajenarlos y cobrarse de su venta.

A su vez, la cesión puede comprometer todos los bienes y derechos del deudor (cesión total) o, solamente, algunos (cesión parcial). Si la cesión es total, se transmitirán los bienes y derechos que figuran en el inventario aprobado por el juez. Si es parcial el deudor, en la propuesta, deberá denunciar la relación de los bienes o derechos seleccionados para la cesión.

Combinando las dos clasificaciones, podemos tener cesiones totales en pago y para el pago y cesiones parciales en pago y para el pago.

En cualquiera de las modalidades, todo convenio de cesión de activos debe prever la salvaguarda de los derechos de los acreedores privilegiados. La LC es muy ambigua. Ni especifica a qué acreedores privilegiados se refiere, ni establece la forma como *salvaguardar* los derechos de estos acreedores⁴³⁶.

Finalmente, un aspecto no resuelto por la LC refiere a las mayorías necesarias para la aprobación de estos convenios.

c. Constitución de una sociedad con los acreedores quirografarios

En este caso, el deudor se aviene a constituir una sociedad con los acreedores quirografarios. Puede ser una sociedad civil o una sociedad comercia. Si se trata de una sociedad comercial, una vez celebrado el contrato social, la nueva persona jurídica será la encargada de continuar la actividad del deudor concursado.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 1 de la LSC, para que haya sociedad comercial, los socios deben obligarse a realizar aportes. Estos aportes pueden consistir en obligaciones de dar o de hacer (art. 58). El deudor, que es un insolvente, sólo podrá aportar los bienes afectados a la actividad. Los acreedores pueden aportar dinero pero, también, pueden aportar sus créditos. El aporte de derechos de crédito es una forma de aporte especialmente permitida en la LSC en los arts. 59 y 60. A cambio del aporte, deudor y acreedores, ahora socios, reciben participaciones societarias que le confieren, entre otros, el derecho a la percepción de ganancias (art. 16 LSC).

d. Capitalización de pasivos

La capitalización de pasivos es una operación contable que no supone movilización de dinero alguno. Capitalizar significa llevar al capital. Capitalizar pasivos implica debitar la obligación del rubro débitos y acreditarlo en el rubro capital integrado. De esta forma se transforma al acreedor en socio⁴³⁷. La solución es similar a la anterior pero, a diferencia de ella, la sociedad ya está constituida.

e. Creación de un fideicomiso

El fideicomiso es un acto o un contrato por el cual se constituye lo que se denomina la *propiedad fiduciaria*. Esta propiedad fiduciaria está conformada por una serie de bienes y derechos transmitidos por el fideicomitente. Se trata de un *patrimonio de afectación*, esto es, un patrimonio especialmente afectado a los fines previstos en el fideicomiso, como la simple administración, la enajenación o la inversión, en beneficio de un tercero.

La LC permite que los créditos concursales sean, justamente, los derechos que conforman este patrimonio de afectación. Los acreedores convienen la celebración del fideicomiso y ceden sus créditos de modo de alimentar este patrimonio de afectación que será gestionado por el fiduciario de acuerdo a los criterios establecidos en el contrato. La LC no establece el objeto del fideicomiso. Puede disponerse que los bienes sean enajenados, o administrados, o invertidos. Los beneficiados serán los acreedores y recibirán el producido

436 MARTÍNEZ BLANCO entiende que no puede tratarse de los acreedores hipotecarios y prendarios pues a ellos les es indiferente la transmisión operada gracias al derecho de persecución de que gozan (MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 349).

437 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, v. 6, p. 354.

de la venta o la renta de la administración o las ganancias de la inversión realizada.

f. Reorganización de la sociedad

Si la concursada es una sociedad comercial, una posible solución es reorganizar su estructura de gobierno y control de modo de continuar la actividad comercial y mejorar sus resultados. Con ello se benefician tanto los socios como los acreedores.

Puede, por ejemplo, sustituirse la integración del directorio o sustituirse al administrador por otras personas de confianza de los acreedores. Lo mismo respecto del órgano de control⁴³⁸. También, se puede crear un órgano de control, si no estuvo previsto en el contrato original.

438 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, v. 6, p. 355.

g. Administración de todo o parte de los bienes en interés de los acreedores

El convenio puede comprometer al deudor concursado a gestionar los bienes de forma que redunde en beneficio de los acreedores. La LC no especifica, por tanto puede considerarse la opción de administración por sí y, también, la opción de confiar la administración a un tercero⁴³⁹.

Al referirse sólo a la administración parecería que el deudor concursado o el tercero administrador deberían limitarse a conservar el patrimonio y no a disponer de él. Sin embargo, esta interpretación restringida no se compadece con el objetivo dispuesto: el beneficio a los acreedores. Entendemos, por tanto, que el término administración debe interpretarse en forma amplia comprendiendo los actos de gestión y disposición.

h. Contenido previsto en el n° 2 del art. 174

El art. 174, al que se hace referencia en este título, establece la estrategia a seguir en caso de tener que resignarse a la venta de la masa activa en partes, por haber fracasado la venta en bloque. En este caso se hace necesario obedecer un plan. La LC, por tanto, establece ciertas reglas.

La segunda regla del art. 174, n° 2, puede ser el contenido de nuestro convenio. El legislador demuestra su preferencia por determinados créditos laborales a los que privilegia sobre otros, incluso laborales. En caso que los créditos laborales privilegiados generales⁴⁴⁰, se vean en riesgo de no ser satisfechos en su totalidad, el juez tiene la facultad de nombrar depositaria de los bienes en concurso a la cooperativa de trabajo que los empleados constituyan, la que podrá utilizarlos en forma precaria.

Para favorecer el acuerdo y estimular la constitución de la cooperativa, el juez tiene la facultad de disponer la compensación de esos créditos y su integración como aporte a la cooperativa así como ordenar al administrador del seguro de desempleo la entrega de las sumas correspondientes al seguro de paro⁴⁴¹.

i. Cualquier otro contenido lícito y combinaciones

El art. 139 no es taxativo. Como ya se ha adelantado, el legislador deja al deudor en libertad para ofrecer otras propuestas distintas a las previstas y hasta combinaciones tanto de las previstas por el legislador como de las propias. Lo único que se exige es licitud, esto es, que lo propuesto no esté prohibido por la Ley.

439 RODRÍGUEZ OLIVERA, *íd.*, p. 356.

440 Se trata de los créditos laborales devengados hasta dos años antes de la declaración de concurso, insatisfechos y limitados a 260.000 unidades indexadas y los créditos debidos por las contribuciones especiales de los trabajadores al BPS (art. 110, n° 1).

441 Se ha objetado que una propuesta de convenio con este contenido no es probable en la práctica (MARTÍNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 341).

2. Prohibiciones legales y aspectos prácticos

a. Prohibición de propuestas condicionales

El convenio no puede contener condiciones que lo suspendan o resuelvan, en caso de cumplirse.

Podría haberse dispuesto que la condición se tenga por no puesta. Sin embargo el legislador ha sido muy severo. La consecuencia del establecimiento de una cláusula condicional es la no presentación de la propuesta de convenio y con ello la liquidación inmediata y obligatoria del patrimonio del deudor (art. 168, n° 2).

Sólo se exceptúa el caso del ofrecimiento de convenio realizado por una sociedad integrante de un grupo de sociedades. La eficacia de la propuesta que presente una de las sociedades, integrantes del grupo, puede condicionarse a que el juez apruebe la propuesta de convenio de otra integrante.

b. Prohibición de revocar la propuesta

La otra limitación que se dispone en la LC es la imposibilidad de revocar las propuestas efectuadas. Se entiende que la propuesta debe mantenerse; lo contrario es una oferta falta de seriedad.

Lo que sí puede hacer el deudor es modificar la propuesta original, aunque, para ello debe cumplir, acumulativamente, ciertos requisitos.

En primer lugar, la modificación no debe referirse a los aspectos sustanciales del convenio, esto es, aquellos que resultan medulares y definitivos para los acreedores. Va de suyo que, aunque no se exprese así, la Ley requiere que la modificación sea relevante.

No podrían modificarse, por ejemplo, los porcentajes de quita o la espera ofrecidos, los bienes seleccionados para ser incluidos en la cesión o la decisión de no ceder todos los bienes, la valoración de los aportes a realizar a la sociedad que se constituya, o los pasivos a capitalizar. Tampoco podrían modificarse la selección de bienes a transmitir al fideicomiso, ni el sistema de reorganización de la sociedad propuesto, ni los bienes o la forma dispuesta para la administración en interés de los acreedores.

En fin, no puede modificarse la fórmula de pago ofrecida a los acreedores si ella, tal como fue presentada, ha sido determinante para su aceptación.

Pero, además de no poder modificar sustancialmente la forma de pago ofrecida, entendemos que tampoco podría modificar otros elementos que suelen acompañar la propuesta. Es el caso de las garantías ofrecidas o el régimen de intereses.

En cambio, podría presentarse una modificación si ella no altera sustancialmente lo prometido y se refiere a otros aspectos, por ejemplo, de forma. Así, por ejemplo, la propuesta podría modificarse respecto al lugar de pago de las obligaciones, o al inicio del calendario de pagos (máxime si tenemos en cuenta que para el deudor puede resultar difícil cumplir una fecha fija debido a la imposibilidad de prever el flujo de fondos que recibirá), o al cambio de la persona designada para centralizar la recepción de estos pagos.

En segundo lugar, la LC requiere que las modificaciones beneficien a los acreedores quirografarios, a todos, o a algunos de ellos. Evidentemente la LC es imprecisa pues no aclara cuál es el porcentaje de acreedores que debe considerarse para cumplir esta condición. Como sea, se trata de una excepción al principio de igualdad de los acreedores (*pars*

conditio creditorum) que se nota, sobre todo, en esta etapa de convenio⁴⁴².

Queda claro, por tanto, que la modificación no sólo debe beneficiar al deudor, debe, también, significar un beneficio para los acreedores.

En último término, la LC ordena al deudor realizar la modificación con una antelación suficiente como para que los acreedores puedan conocerla y valorarla (para luego votarla en la junta) y para que el síndico o el interventor, de acuerdo al artículo siguiente, puedan confeccionar el informe sobre el plan de continuación o liquidación.

c. Monto a pagar

Alguna doctrina entiende que debe quedar claro el monto a pagar, sea una cifra fija o un porcentaje calculado sobre la totalidad del pasivo y prorrateado en función del monto de los créditos.

Tanto si se pacta el pago en cuotas como si se trata de un pago único, es conveniente que se establezca la fecha de comienzo de los pagos. Se observa que esta circunstancia puede ser difícil de precisar ya que depende de circunstancias impredecibles como el *flujo de fondos* que reciba el deudor⁴⁴³.

Finalmente, es recomendable centralizar en una persona, la tarea de recibir los pagos del deudor pues ello permite el prorrateo obligatorio a la hora de realizar la distribución y favorece el control de los cumplimientos e incumplimientos. Puede atribuirse esta tarea a los propios acreedores reunidos en comisión, al síndico o al interventor, y hasta una entidad bancaria⁴⁴⁴.

d. Previsiones respecto al eventual incumplimiento

Es conveniente que se contemple en el convenio, en previsión de un eventual incumplimiento, el régimen de mora, la existencia o inexistencia de garantías y la constitución de un domicilio único para recibir las notificaciones.

En cuanto al régimen de la mora en caso de incumplimiento, conviene prever con cuántos incumplimientos se produce la caída en mora. Asimismo, conviene establecer si la mora debe anunciarse o si, por el contrario, los acreedores quedan exonerados de realizar diligencias tendientes a configurarla. Este régimen gobernará el cálculo de los intereses moratorios, que empezarán a generarse a partir de este momento, en función de la tasa establecida⁴⁴⁵.

Otro elemento que conviene estipular es la existencia o inexistencia de garantías que

442 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, v. 6, pp. 356 y 357; MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 342.

443 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., pp. 343 y 344.

444 CABRERA DAMASCO, op. cit., p. 45; MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 343.

445 Pueden no pactarse estos intereses si así lo convienen el deudor y los acreedores (CABRERA DAMASCO, op. cit., p. 46).

aseguren el cumplimiento y su naturaleza⁴⁴⁶. Por otra parte, es recomendable que todos los acreedores constituyan domicilio en un mismo lugar para agilizar y controlar la realización de las notificaciones⁴⁴⁷.

e. Cláusulas relacionadas con la ejecución de lo convenido

Finalmente, la doctrina recomienda establecer cláusulas tendientes a favorecer la ejecución de lo convenido. Algunos autores proponen la designación de una comisión de acreedores, órgano facultativo que la LC reglamenta en los arts. 130 y ss⁴⁴⁸. Si se designa este órgano, se entiende prudente, además, el nombramiento de un delegado que comience su labor concomitantemente a la suscripción del convenio, que sirva de nexo entre esta comisión y la junta de acreedores.

C. Consideración y votación de las propuestas de convenio

1. Consideración de la propuesta de convenio

La consideración sobre la o las propuesta de convenio y de los documentos que deben acompañarla (el plan de continuación o liquidación y el informe del síndico o el interventor), es uno de los cometidos de la junta de acreedores (art. 143 LC).

La consideración supone la discusión de la propuesta. Los acreedores, por tanto, tendrán la oportunidad de opinar al respecto y manifestar sus argumentos para votarla o para no votarla. De modo de organizar la discusión, seguramente el síndico o el interventor, ordenarán las intervenciones dando la palabra a los acreedores que tengan interés en manifestarse. Tomará nota de lo discutido y, en algún momento dará por concluida la instancia de diálogo para proceder a invitarlos a votar.

A los efectos de tomarles el voto, el síndico o el interventor los interrogará por su nombre, según el orden alfabético establecido en la lista de acreedores que luce en el expediente. Una vez concluida la votación, contará los votos obtenidos.

La propuesta ganadora será aquella que obtenga el mayor número de votos. Sólo habrá una segunda votación en caso de empate entre dos o más ofrecimientos.

2. Votación de la propuesta de convenio

El régimen de votación de la propuesta de convenio está regulado en los arts. 144 y 145 de la LC.

El art. 144 dispone un principio general, en el primer párrafo, y un régimen excepcional, en los literales A y B. El cambio de régimen se comprende en función de las propuestas. Cuanto mejor es la propuesta (quita pequeña o plazo exiguo) menor es el requerimiento de aceptación (mayoría simple). A medida que la propuesta exige mayor

446 CABRERA DAMASCO, op. cit., p. 47.

447 CABRERA DAMASCO, íd., p. 45.

448 La comisión de acreedores es un órgano colegiado, integrado por tres miembros titulares y tres suplentes, facultativo, designado por la junta de acreedores que, según el art. 136, tendrá los cometidos que le asigne la LC.

paciencia a los acreedores, quitas mayores y plazos más largos para el pago, se hace necesario recrudecer las mayorías (mayorías calificadas).

Luego, en el art. 145 se establece el régimen de votación para el caso en que se contemplen ventajas para ciertos acreedores.

a. Régimen general

Como hemos dicho, como principio general, para que la propuesta de convenio, en cualquiera de sus modalidades, se considere aceptada, es necesario que voten a favor los acreedores que representen, por lo menos, la mayoría del pasivo quirografario del deudor.

De la norma surge lo siguiente:

- Sólo votan los acreedores quirografarios. Si los acreedores privilegiados votan pierden su privilegio y se transforman en quirografarios (art. 127).
- No se trata de una mayoría de personas. Por tanto, basta un acreedor para aprobar el convenio.
- En cambio, se trata de una mayoría de créditos. Basta la mitad más uno de los créditos.

El cómputo de estas mayorías se realiza sobre la base de la lista de acreedores del art. 105, de donde surge la naturaleza y el monto de cada crédito.

Estamos ante el porcentaje mínimo para la aprobación de un convenio. Por esta razón, MARTÍNEZ BLANCO entiende que es, también, el mínimo para que se proceda a considerar la propuesta en la junta. Si la junta de acreedores no está integrada por lo menos con la mitad más uno del pasivo quirografario, el autor entiende que la propuesta de convenio debería ser rechazado, sin necesidad de someterlo a votación de la junta⁴⁴⁹.

b. Quita superior a la mitad de los créditos quirografarios o espera superior a diez años

Si la propuesta del deudor consiste en el pago de la deuda con una quita de más del cincuenta por ciento, o el pago, total o parcial, en un plazo superior a los diez años, para que resulte aprobada deben votar a favor acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario con derecho a voto.

De la norma se desprenden las siguientes conclusiones:

- Votan, sólo, los acreedores quirografarios.
- No se trata de una mayoría de personas. Por tanto, basta un acreedor para aprobar el convenio.
- Se trata, sí, de una mayoría de créditos que es, además, calificada. Esto es, no basta la mayoría simple (mitad más uno). Es necesario alcanzar las dos terceras partes del pasivo quirografario.

c. Pago íntegro en un máximo de dos años o pago inmediato de créditos vencidos con una quita inferior al veinticinco por ciento

En este caso la propuesta del deudor puede adoptar cualquiera de las dos modalidades

449 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 346.

siguientes. En primer lugar, puede prometer pagar todo lo que debe a los acreedores quirografarios en un plazo máximo de dos años. En segundo lugar, puede comprometerse a pagar los créditos quirografarios vencidos, inmediatamente, siempre y cuando le concedan una quita de, como máximo, un veinticinco por ciento de la deuda.

Para que prospere la propuesta, deben ser más los acreedores que votan a favor que los que votan en contra y, además, los votos favorables deben representar, como mínimo, la cuarta parte del pasivo quirografario del deudor, deducido el pasivo sin derecho a voto.

De la norma se extraen las siguientes conclusiones:

- No se trata de una mayoría de personas. Por tanto, basta un sólo acreedor. Se requiere, sí, que represente una porción del pasivo superior a la porción que votó en contra. A los efectos de cumplir este punto, deben considerarse, entonces, los votos a favor y los votos en contra de modo de comparar las porciones que representan, cada una, en el pasivo total.
- Una vez alcanzada la superioridad en la porción, debe lograrse que los votos favorables representen, por lo menos, la cuarta parte del pasivo quirografario, sin considerar el pasivo sin derecho a voto que debe ser descontado.

c. Propuestas de convenios con ventajas

El art. 145 establece una excepción al principio de igualdad (*pars conditio creditorum*), pues hace posible que algunos acreedores resulten mejor posicionados que otros en un convenio⁴⁵⁰. Se puede, por ejemplo, ofrecer pagar inmediatamente a los acreedores que tienen montos ínfimos o a los acreedores que son proveedores del deudor y que necesitan, para seguir suministrando los insumos, que se les pague antes que a los demás.

La votación de estos convenios requiere un doble escrutinio.

En primer lugar, se debe alcanzar la mayoría del art. 144, según el principio general o según las excepciones, dependiendo del contenido de la propuesta.

En segundo lugar, corresponde separar los créditos que gozan de ventajas, de aquellos que no tengan beneficios especiales y comparar las porciones. Luego, para que el convenio con ventajas sea aprobado, deben ser más los acreedores no beneficiados que votan a favor de beneficiar a otros, que los que votan en contra.

D. Obligatoriedad y efectos de los convenios

1. Obligatoriedad

De acuerdo al art. 158, el convenio será obligatorio para el deudor y para los acreedores quirografarios y subordinados cuyos créditos fueran anteriores a la declaración judicial de concurso, incluidos los que, por cualquier causa, no hubieran sido verificados.

Este artículo establece el alcance subjetivo del convenio, esto es, a cuáles acreedores obliga la quita y la espera concedida o la cesión de bienes realizada, por ejemplo, según los términos convenidos⁴⁵¹.

Ciertamente no los comprende a todos. Según la norma, el convenio obliga sólo a dos categorías de acreedores: los quirografarios y los subordinados (arts. 11 y 112). Quedan excluidos, por tanto, los acreedores privilegiados especiales (art. 109) y los privilegiados

450 Los convenios con ventajas para algunos acreedores estuvieron prohibidos en nuestro Derecho hasta la sanción de la LC.

generales (art. 110) quienes, aun siendo acreedores concurrentes, esto es acreedores con créditos verificados, no están sujetos al pago a prorrata, obligatorio como el resto. Se trata de casos de excepción a la *pars conditio creditorum*, cuya existencia ya está prevista en el art. 55 de la LC⁴⁵².

Por otra parte, aun tratándose de acreedores quirografarios y subordinados, no todos sus créditos se ven alcanzados por el convenio. Sólo sufrirán sus consecuencias los créditos anteriores a la declaración de concurso, hayan sido verificados o no.

De modo que los créditos generados con posterioridad a la declaración de concurso, esto es, durante el proceso concursal, no se incluyen en la propuesta de convenio.

Esta conclusión amerita una explicación. En el régimen anterior, no había forma de que el acreedor siguiera generando créditos con su deudor pues, de principio, la quiebra determinaba la clausura de la actividad comercial y el cierre del establecimiento. Ahora, en cambio, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 44, salvo que el juez disponga otra cosa, la declaración de concurso no determina el cese de la actividad. Por lo tanto, es posible que los acreedores, por ejemplo los proveedores, continúen generando obligaciones en el deudor.

Reiteramos que es indiferente que el acreedor haya cumplido o no con la carga de verificar su crédito, de acuerdo al procedimiento dispuesto en el arts. 93 y siguientes⁴⁵³.

Finalmente, el convenio obliga no sólo a los acreedores que lo consintieron sino, también a todos los que lo votaron en contra (disidentes) y hasta a los ausentes. He aquí una diferencia fundamental entre el proceso concursal y el individual. Si se tratara de un proceso individual, la transacción lograda en el proceso afectaría sólo a las partes que participaron en ella. En el convenio concursal, en cambio, todos los acreedores por créditos comunes y subordinados, preexistentes, quedan obligados a soportar la solución, renunciando a la quita,

451 Sobre la fuente de la obligatoriedad de los viejos concordatos existe abundante literatura que puede trasladarse a nuestro actual convenio concursal. RODRÍGUEZ OLIVERA ha estudiado el punto con gran profundidad. La autora denuncia la existencia de varias teorías (de la obligación legal, procesalistas, contractualistas, mixtas y con variaciones) que pueden ser consultadas en *Manual...*, v. 6, pp. 374 a 404. CREIMER, por su parte, entiende que la obligatoriedad del convenio surge, claramente, de la sentencia homologatoria judicial que, previamente, controla la existencia de una determinada mayoría de acreedores conformes y el cumplimiento de los requisitos formales (CREIMER, *Concursos*, p. 71).

452 GAGGERO ERRECART, «Las clases de acreedores y su tratamiento en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho Comercial*, tercera época, n° 3 (2009), pp. 27 y 28,

453 Se denomina *verificación de créditos* a la etapa del proceso concursal mediante la cual se corrobora la legitimidad del crédito esgrimido por el acreedor y se depura la masa de acreedores (RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, pp. 171 y 172). El acreedor, hasta el momento de presentación de su crédito a verificación, tiene un derecho potencial a participar en los procedimientos. Se lo llama *acreedor concursal*. Alguna doctrina lo llama *acreedor insinuante* (MARTÍNEZ BLANCO, *Manual del nuevo Derecho Concursal. De los orígenes de las crisis empresariales a la Ley N° 18.387 de 23/10/2008* [2009], p. 281). Es una denominación utilizada por los españoles y que es objeto de crítica pues no se correspondería con el verdadero sentido de la palabra [presentar un instrumento público ante el juez competente para que éste interponga en él su autoridad y decreto judicial] (RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 171).

por ejemplo.

2. Efectos

**** Extinción de los créditos comprometidos***

Como principio general, salvo que el convenio disponga otra cosa o que el juez, en la sentencia de calificación del concurso condene al pago total o parcial de las obligaciones, opera la extinción por novación de la parte condonada al deudor⁴⁵⁴. Esto significa que el acreedor, por la parte perdonada, renuncia a intentar su cobro, aun cuando el deudor, posteriormente, mejore de fortuna.

Por otra parte y para abarcar el resto de las fórmulas de pago que contempla el art. 139, el segundo párrafo de este artículo, dispone que los créditos sean exigibles de acuerdo a las condiciones pactadas. La LC se refiere, por ejemplo, al plazo, bienes comprendidos en la cesión, pacto de intereses, etc. También, en este caso, será así como principio general pero puede suceder que el juez condene a la cobertura de la totalidad o de parte del déficit patrimonial, en cuyo caso no habrá respeto a tales condiciones.

**** Subsistencia de las garantías personales***

El convenio no comprende a los deudores solidarios, fiadores y avalistas del concursado. Contra estos, el acreedor que votó en contra, conserva las acciones por la totalidad de los créditos (art. 161 LC).

De modo que el acreedor que votó en contra, respecto del deudor concursado deberá soportar lo convenido pues así lo ha resuelto la mayoría. Pero, respecto de los obligados solidarios, fiadores y avalistas, no hay quita ni espera ni pacto que los favorezca.

**** Extinción de la suspensión o de la limitación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso***

Otro efecto de la resolución de aprobación del convenio, cuando adquiere firmeza, consiste en el cese de la suspensión o de la limitación de la legitimación del deudor para dispone de la masa activa, estados que habían sido dispuestos en la resolución de declaración del concurso.

Se trata de un principio general que puede desconocerse en dos casos. En primer lugar, si el propio convenio insiste en que la situación permanezca incambiada. En segundo lugar, si el juez, en la resolución de aprobación del convenio, entienda que debe mantenerse la suspensión o la limitación aunque más no sea por un máximo de tres meses.

**** Convocatoria a la asamblea de socios o accionistas***

El art. 162 de la LC refiere al caso de que la concursada sea una persona jurídica cuyos socios deliberen en un órgano denominado asamblea y cuyas resoluciones son ejecutadas por el órgano de administración. Si la sociedad tiene suspendida su legitimación para obligar a la masa activa, el órgano de administración es sustituido en esta tarea por el síndico.

Será el síndico, entonces, quien habrá de convocar a la asamblea, en los términos de

454 A partir del art. 192, la LC establece un procedimiento de calificación de la conducta del concursado que tiene consecuencias más o menos severas según resulte culpable o inocente de su insolvencia. Si en la producción o en la agravación de la insolvencia, hubo dolo o culpa grave, el deudor será culpable y condenado al pago total o parcial de las obligaciones en calidad de sanción.

esta norma.

E. Cumplimiento e incumplimiento del convenio

Una vez aprobado el convenio comienza la etapa de su ejecución. Durante la misma el deudor debe informar al juez y a la comisión de acreedores (si se ha constituido) el estado de su cumplimiento. La LC no establece el contenido de este informe pero ello dependerá, lógicamente, del contenido de la propuesta (art. 139).

La LC refiere al cumplimiento. Nos preguntamos si también debe denunciarse los aspectos del convenio que no se han podido cumplir.

Este informe debe presentarse cada seis meses a contar desde la fecha en que adquirió firmeza la resolución judicial de aprobación del convenio. Es, sin duda, un trabajo arduo que, en este caso, debe cumplir el deudor. Recuérdese que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 161, a partir del momento en que alcance firmeza la resolución judicial de aprobación del convenio, cesa la suspensión o la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso. Esto es así salvo que en el propio convenio se disponga lo contrario o que el juez, en esa misma resolución, hubiera acordado la prórroga de la suspensión o de la limitación, la cual en ningún caso podrá ser superior a tres meses.

1. Cumplimiento

Si lo convenido con los acreedores es cumplido puntualmente, el concurso ya no tiene razón de ser y por esa razón el art. 166 de la LC establece que el deudor deba presentar al juez una solicitud de conclusión de concurso. De modo que el proceso no finaliza automáticamente. El deudor debe solicitar al juez la conclusión de concurso y para ello deberá demostrar que ha cumplido con lo convenido acompañando los documentos que así lo acrediten.

2. Incumplimiento

En caso de incumplimiento del convenio cualquier acreedor puede solicitarse la apertura de la liquidación de la masa activa. El art. 167 hace referencia a «*cualquier acreedor*». Entendemos, entonces que, acreedores que no participaron del convenio, también podrían solicitar la apertura de la liquidación. Éste podría ser el caso, por ejemplo, del síndico o interventor, por lo que se le adeude por concepto de gastos u honorarios.

El acreedor solicitante puede requerir al juez el establecimiento de medidas cautelares que aseguren la integridad de la masa activa.

Estas medidas se mantienen hasta que se declare por el juez que se ha incumplido y se disponga la liquidación. Una vez decretada la liquidación ya no son necesarias las medidas cautelares⁴⁵⁵. Las medidas quedarán sin efecto, si se desestima la solicitud planteada⁴⁵⁶.

La sentencia que declara el incumplimiento del convenio, en virtud de lo dispuesto en el § 4 del art. 167 debe suspender la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso.

II. Acuerdos

La LC regula los acuerdos privados de reorganización empresarial en el título XI, a partir del art. 214. De modo que en nuestro régimen legal existen dos posibles soluciones a la insolvencia del deudor: los convenios (arts. 138 y ss.) y estos acuerdos.

La LC prefiere que el deudor llegue a un acuerdo dentro del proceso concursal pues, como se verá, no sólo no facilita la presentación del deudor antes de la declaración de concurso, sino que la obstaculiza exigiendo mayorías más severas para la aprobación del acuerdo⁴⁵⁷.

455 RODRÍGUEZ OLIVERA, íd., p. 369.

456 RODRÍGUEZ OLIVERA, íd. ibíd.

457 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 196.

A. Consideraciones preliminares

1. Concepto y naturaleza jurídica

El acuerdo privado de reorganización es un pacto de naturaleza preventiva celebrado entre el deudor y una mayoría de acreedores quirografarios, que tiene por objeto solucionar la situación de insolvencia del deudor sin llegar al concurso de acreedores.

Nuestra doctrina es conteste en afirmar que el acuerdo privado de reorganización es un pacto preventivo en tanto se celebra antes de la declaración judicial de concurso, con el objetivo de evitar la liquidación colectiva del patrimonio del deudor⁴⁵⁸.

El hecho de limitar la celebración de estos acuerdos al período inmediatamente anterior a la declaración del concurso de acreedores, plantea el problema de la naturaleza jurídica de estos pactos, cuestión que ya era debatida en nuestra doctrina, en tiempos del concordato privado, antecedente histórico del presente acuerdo.

En su momento MEZZERA ÁLVAREZ entendía que, en lo fundamental, este concordato se gobernaba por los mismos principios generales del concordato preventivo⁴⁵⁹. Sobre su naturaleza jurídica, no del todo convencido, se afiliaba a la tesis de SAYAGUÉS LASO para quien el concordato era un contrato colectivo⁴⁶⁰. RODRÍGUEZ OLIVERA, refiriéndose concretamente al concordato privado, sostiene que era un proceso concursal con ciertas particularidades⁴⁶¹. Hoy, refiriéndose al acuerdo privado de reorganización, mantiene la misma postura⁴⁶².

La doctrina argentina también debate respecto a la naturaleza del *acuerdo preventivo extrajudicial* a raíz de la reforma introducida por la Ley 25.589 a la LCA. Esta norma hizo obligatorio el acuerdo a todos los acreedores. Se sostiene que se trata de un *tertium genus*⁴⁶³

458 BUGALLO MONTAÑO, *Derecho Concursal Uruguayo* (2012), p. 205; RODRÍGUEZ MASCARDI, op. cit., p. 219; OLIVERA GARCÍA, *Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial* (2008), p. 30; MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 429; HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. XX; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6 (2009), p. 346.

459 MEZZERA ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Comercial*, t. 6, 5ª ed. (2001), pp. 35 y 137.

460 SAYAGUÉS LASO, op. cit., pp. 78 y ss.

461 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Concordato preventivo judicial y extrajudicial* (2002), pp. 62 y 63.

462 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual*, v. VI, pp. 406 y 407.

463 ALEGRÍA, «Facultades del juez e interpretación de las normas sobre acuerdo preventivo extrajudicial», *La Ley*, nov. (2004), p. 50.

o una subespecie de concurso preventivo⁴⁶⁴, concretamente una forma abreviada de concurso preventivo⁴⁶⁵.

En nuestro concepto, el acuerdo privado de reorganización es un proceso concursal en tanto está gobernado por leyes y principios de Derecho concursal nacional. La oportunidad de su celebración es una particularidad que se justifica en la necesidad de evitar situaciones más gravosas. Consecuentemente, según habremos de analizar enseguida, estos acuerdos pueden ser celebrados por cualquier sujeto en tanto cumpla los presupuestos dispuestos en los arts. 1 y 2 de la LC.

2. Caracteres

En primer lugar, la LC aclara que no se admiten acuerdos privados de reorganización sujetos a condición. La LC se remite a lo dispuesto en el art. 140. De acuerdo a este artículo, la consecuencia del establecimiento de una cláusula condicional, prohibida, es la no presentación de la propuesta de convenio y, con ello, la liquidación inmediata y obligatoria del patrimonio del deudor (art. 168, n° 2).

Sólo se exceptúa el caso del ofrecimiento de un acuerdo realizado por una sociedad integrante de un grupo de sociedades. La eficacia de la propuesta que presente una de las sociedades, integrante del grupo, puede condicionarse a que el juez apruebe la propuesta de acuerdo de otra integrante.

En segundo lugar, la LC no prohíbe la revocación ni la modificación de la propuesta de acuerdo, como sí lo hace en el caso del convenio (art. 142). Por tanto, parecería que el deudor puede revocar la propuesta de acuerdo presentada a los acreedores y, también, parecería posible que pudiera modificar la propuesta en cualquier caso.

3. Diferencias y semejanzas con los convenios

a. Diferencias

Los convenios y los acuerdos privados de reorganización persiguen la satisfacción de los acreedores del deudor por la vía de evitar la liquidación de su patrimonio⁴⁶⁶. No obstante esta similitud y muchas otras que veremos a continuación, tienen distinta naturaleza.

Los acuerdos son pactos de naturaleza preventiva, en tanto pueden solicitarse en cualquier tiempo, aunque siempre antes de la declaración del concurso. Los convenios, en cambio, deben solicitarse por lo menos sesenta días antes de la reunión de la junta de acreedores (art. 138), esto es, existiendo un concurso ya declarado, de modo tal que lo que se logra con ellos es la clausura del procedimiento.

464 NEDEL, *Ley de concursos y quiebras 24.522 – 26.086 – 26.684 comentada*, 3ª ed. (2013), p. 404.

465 ROUILLON, *Régimen de concursos y quiebras*, 14 ed. (2005), p. 161.

466 BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, v. 2 (2008), p. 561; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, «Crisis económica del empresario», *Instituciones de Derecho mercantil*, v. 2 (2008), p. 595; BELTRÁN SÁNCHEZ, «La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores», *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 4 (2004), p. 1200.

Luego y en orden a resaltar las diferencias, los acuerdos privados de reorganización requieren una mayoría más exigente que los convenios. En efecto, su celebración requiere la aprobación de una mayoría de determinados acreedores: el setenta y cinco por ciento de los acreedores quirografarios con derecho a voto. Se excluyen, por tanto, los acreedores privilegiados, los que no tengan derecho de asistencia a la junta y que por ende no votan (art. 118) y todos los que, aun teniendo derecho de asistencia, no tengan el derecho de votar (art.126). En principio podría afirmarse que los subordinados, también, están excluidos, pues la norma refiere, sólo, a los quirografarios. Sin perjuicio de ello, de acuerdo al art. 216, están obligados por el acuerdo y pueden oponerse a su aprobación (art. 226)⁴⁶⁷.

Para que la propuesta de convenio, en cualquiera de sus modalidades, se considere aceptada, es necesario que voten a favor los acreedores que representen, por lo menos, la mayoría del pasivo quirografario del deudor (art. 144).

Los acuerdos tienen sólo una mayoría, sin importar el contenido de la propuesta. De hecho, los acuerdos pueden ofrecer un pago irrisorio y de todas formas prosperar. Los convenios, en cambio, pueden tener mayorías más exigentes dependiendo de lo arriesgado de la proposición. Ello es así en tanto el art. 144, en sede de convenio, dispone un principio general, en el primer párrafo, y un régimen excepcional, en los literales A y B. El cambio de régimen se comprende en función de las propuestas. Cuanto mejor es la propuesta (quita pequeña o plazo exiguo), menor es el requerimiento de aceptación (mayoría simple). A medida que la propuesta exige mayor paciencia a los acreedores (quitas mayores y plazos más largos para el pago), se hace necesario recrudecer las mayorías (mayorías calificadas).

Luego, la Ley no prohíbe la revocación ni la modificación de la propuesta de acuerdo, como sí lo hace en el caso del convenio (art. 142). Por tanto, parecería que el deudor puede revocar la propuesta de acuerdo presentada a los acreedores y también, parecería posible que pudiera modificar la propuesta en cualquier caso.

b. Semejanzas

Tanto en uno como en otro caso, el deudor debe presentar la propuesta cumpliendo con las formalidades del art. 138. También tienen en común el múltiple y flexible contenido establecido en el art. 139, la prohibición de contener propuestas condicionales del art. 140 y la posibilidad de ofrecer ventajas a favor de determinados acreedores del art. 145.

Los convenios y los acuerdos pueden ser objeto de oposición por los acreedores. En el caso de los convenios, los legitimados son dos: los acreedores privados del derecho de voto en forma ilegítima que por esta razón no votaron en la junta de acreedores y los que votaron en contra. A los acuerdos privados de reorganización, por su parte, pueden oponerse los acreedores que debidamente notificados, no firmaron la propuesta.

Ciertamente las causas de oposición al acuerdo privado de reorganización son muy similares a las causales de oposición al convenio. Pueden reducirse, en principio, a la ilegalidad.

En el caso del convenio, la Ley refiere a la ilegalidad en la constitución de la junta de acreedores (art. 115) y en la celebración de la junta de acreedores (arts. 121, 122 y 125), pues los convenios son preclusivos. La ilegalidad respecto del contenido de la propuesta es una causal común a los convenios y acuerdos.

Luego, se prevén varias hipótesis de dolo, tanto en los convenios como en los acuerdos que participan, en términos generales, del mismo espíritu. Finalmente comparten, también, la

467 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 405.

causal de oposición basada en la inviabilidad de cumplimiento del convenio (arts. 152 y 220, respectivamente).

B. Clases de acuerdos

El acuerdo privado de reorganización puede concluirse de dos formas: puede elegirse una modalidad absolutamente privada, requiriendo la intervención de un escribano público para que instrumente lo pactado, o puede presentarse lo convenido al juez de concurso para que lo homologue. En cualquiera de los dos procedimientos pueden producirse oposiciones por parte de los acreedores. Cuando éstas ocurren en la versión privada, inevitablemente el procedimiento se judicializa.

Antes que el deudor opte por el procedimiento puramente privado o por el sometido a homologación judicial, la LC prevé que el acuerdo se firme por las mayorías del art. 214.

Más allá de las circunstancias de tiempo que puedan apremiar al deudor, la diferencia fundamental entre las modalidades en estudio radica en que en la versión privada del acuerdo el deudor no se encuentra sujeto a ningún tipo de limitación en su actuación.

No obstante, como contrapartida, no goza de la protección de la moratoria provisional, efecto que sí se verifica en la versión judicial. Todo ello será decisivo a la hora de escoger el procedimiento a seguir⁴⁶⁸.

C. Aspectos comunes a la forma puramente privada y judicial

1. Legitimación activa para proponer el acuerdo

Nuestra doctrina parece concordar en que pueden celebrar este acuerdo aquellas personas que, en tanto cumplan los requisitos exigidos por el art. 2 de la LC, son sujetos pasivos de los procesos concursales⁴⁶⁹. No obstante, algunos autores se han planteado si es necesario que el interesado atraviese algún tipo de dificultad financiera. Lo que se cuestiona, en definitiva, es si el deudor debe acreditar el presupuesto objetivo necesario para proceder a la solicitud del concurso, esto es, la insolvencia (art. 1 LC)⁴⁷⁰.

BUGALLO MONTAÑO, advierte que el legislador nada establece en el Título que estamos analizando y que todo dependerá de la valoración que hagan los acreedores y las razones que tengan estos y el deudor para prestar su consentimiento⁴⁷¹. RODRÍGUEZ OLIVERA entiende que los acuerdos preventivos se tramitan para solucionar una situación de quiebra económica o

468 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 432.

469 BUGALLO MONTAÑO, op. cit., p. 206; BOTTA ROCCATAGLIATA, *Acuerdo Privado de Reorganización. El concordato en la Ley 18.387 (2009)*, pp. 34 y ss.; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual*, v. 6, p. 345, MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 429.

470 BOTTA ROCCATAGLIATA, op. cit., pp. 41 y 42.

471 BUGALLO MONTAÑO, op. cit., p. 206.

de desequilibrio, de insolvencia o de mal estado de los negocios, por la cual pasa el deudor⁴⁷².

En nuestro concepto, quien pretenda un acuerdo privado de reorganización debe acreditar el presupuesto subjetivo (art. 2 LC) y objetivo (art. 1 LC), en tanto son, precisamente, supuestos previos para acceder a los procedimientos regulados en la LC. Estos acuerdos no son la excepción. Si el legislador hubiera querido eximir al deudor del cumplimiento de alguno de estos presupuestos, lo habría hecho expresamente. Por tanto, donde el legislador no ha efectuado distinciones, no corresponde al intérprete realizarlas.

Luego, las normas concursales son el resultado del poder de imperio del legislador y se justifican en la necesidad de tutelar el crédito. La tutela del crédito, entendido como sistema compuesto por el conjunto de créditos individuales, considerando sus interconexiones y la correspondiente cadena de pagos, es uno de los objetivos fundamentales de la legislación concursal⁴⁷³.

Por razones de interés público, el Estado en materia concursal relega la autonomía de la voluntad, obligando a los acreedores disidentes y desconocidos a soportar un acuerdo no deseado o ignorado y también a obedecer un procedimiento determinado si pretenden que el acuerdo surta efectos. Luego se analizará que el deudor y los acreedores no pueden actuar libremente. No lo pueden hacer ni respecto a los bienes comprometidos en el acuerdo, ni respecto a las formalidades a seguir.

2. Mayorías exigidas para la aprobación del acuerdo

a. Régimen general

La celebración del acuerdo requiere la aprobación de una mayoría de determinados acreedores: el setenta y cinco por ciento de los acreedores quirografarios con derecho a voto (art. 214). Esto significa tres cosas:

En primer lugar, que no se requiere la aprobación de los acreedores privilegiados (arts. 109 y 110) y subordinados (art. 111).

La doctrina se ha planteado si la expresión *pasivo quirografario*, que utiliza la Ley, puede interpretarse como comprensiva tanto de los acreedores quirografarios como de los subordinados, en atención a la importancia que, eventualmente pueden llegar a tener ciertos acreedores por multas y recargos, caso del Fisco, por ejemplo, que puede ser determinante para la obtención del acuerdo⁴⁷⁴. La posición dominante parece ser la de considerar, únicamente, a los acreedores quirografarios con derecho a voto⁴⁷⁵.

472 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual*, v. 6, p. 346.

473 LÓPEZ RODRÍGUEZ, «Introducción», *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, t. 1 (2012), p. 34.

474 MILLER ARTOLA, «Acuerdo Privado de Reorganización», *Tres pilares del moderno Derecho Comercial* (2011), p. 512.

475 MILLER ARTOLA, op. cit., p. 514; RODRÍGUEZ MASCARDI y FERRER, *Los créditos y el concurso* (2009), p. 110; MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 429.

En nuestro concepto la Ley es meridianamente clara en este aspecto y no puede caber duda de que el único pasivo a tener en cuenta, a los efectos del cómputo de esta mayoría, es el conformado por los acreedores quirografarios que tengan derecho a voto. Sin perjuicio de ello, de acuerdo a los arts. 158 y 216, los acreedores subordinados están obligados por el acuerdo y salvo los que lo hayan suscripto, cualquiera de ellos puede oponerse a su aprobación (art. 226). Por esta razón, si bien los acreedores subordinados con derecho a voto no deben ser tomados en cuenta a los efectos de la votación del acuerdo, sí sería prudente que fueran considerados por el deudor, pues ellos pueden frustrarlo.

En segundo lugar, tampoco se requiere la aprobación de aquellos acreedores que no tienen derecho de voto (art. 126), tengan o no derecho de asistir a la junta (art. 118).

En tercer lugar, los acuerdos privados de reorganización requieren una mayoría más exigente que los convenios. En efecto, para su celebración hace falta la aprobación de una mayoría del setenta y cinco por ciento con derecho a voto, en tanto que la aprobación de los convenios requiere una simple mayoría del pasivo quirografario del deudor (art. 144) o, según los casos, que voten a favor acreedores que representen una porción del pasivo del deudor con derecho a voto superior a la que vote en contra (siempre que los votos favorables representen, como mínimo, la cuarta parte del pasivo quirografario del deudor, deducido el pasivo sin derecho a voto). Sólo en el caso de que la propuesta suponga quitas superiores al cincuenta por ciento o plazos de pago superiores a diez años, es necesario que voten a favor de la misma, acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario con derecho a voto (art. 144, lit. A).

b. Mayoría exigida en caso que el acuerdo proponga ventajas en favor de determinados acreedores

Por remisión al art. 145, la LC permite que los acuerdos contengan ventajas para determinados acreedores, estableciéndose, así, una excepción al principio de igualdad (*pars conditio creditorum*), en la medida en que algunos acreedores resultan mejor posicionados que otros en un acuerdo. Se puede, por ejemplo, ofrecer pagar inmediatamente a los acreedores que tienen montos ínfimos o a los acreedores que son proveedores del deudor y que necesitan, para seguir suministrando los insumos, que se les pague antes que a los demás. Puede tratarse, asimismo, de un acreedor financiero, fundamental para otorgarle liquidez al deudor, que exija la constitución de garantías reales o personales específicas para su propio crédito.

De modo de lograr estas ventajas, la LC ordena la realización de un doble escrutinio. En un primer escrutinio, se debe alcanzar la mayoría del art. 144 (según el principio general o según las excepciones, dependiendo del contenido de la propuesta). En un segundo escrutinio, corresponde separar los créditos que gozan de la ventaja, de aquellos que no tienen el beneficio y luego corresponde comparar las porciones. Para que el acuerdo con ventajas sea aprobado, deben ser más los acreedores no beneficiados que votan a favor de beneficiar a otros, que los que votan en contra.

El art. 214 plantea diversos problemas. Para empezar, adviértase que la mayoría del art. 144, a la que se llega por la remisión del art. 145, es bien diferente a la del 214. Además, los acuerdos privados de reorganización, por su naturaleza preventiva, no tienen junta de acreedores y por lo tanto, carecen de acreedores que voten en contra, como requiere el art. 145.

MARTÍNEZ BLANCO sugiere dos posibilidades para solucionar este último problema. La primera, que el propio autor considera de dudosa especialidad, consiste en la

instrumentación de un procedimiento que recoja los votos a favor y los votos en contra. La segunda posibilidad, es recoger la adhesión unánime de los acreedores que representen la totalidad del pasivo no beneficiado⁴⁷⁶.

CREIMER BAJUK entiende que la mayoría aplicable a este acuerdo no es la del art. 145⁴⁷⁷.

En nuestra opinión, lo máximo que la remisión al art. 145 puede suponer es que haya suscriptores del acuerdo que representen una porción del pasivo no beneficiado, superior a la correspondiente a aquellos acreedores que no suscriban el acuerdo. Es obvio que no es lo mismo votar en contra de un acuerdo que no suscribirlo, puesto que en una hipotética votación, además de votos en contra, puede haber abstenciones. No obstante, nos parece exagerado pretender la adhesión unánime de los acreedores. Quien no suscribe un acuerdo en una junta, eventualmente, puede haberse limitado a abstenerse. Si al acuerdo sólo le falta la suscripción de acreedores que representan una porción del pasivo no beneficiado, inferior al representado por los acreedores que sí lo hayan acompañado con su firma, queda plenamente satisfecha la mayoría requerida por el art. 145.

3. Régimen de cumplimiento e incumplimiento del acuerdo

Dentro del Capítulo V, la LC regula la vigencia del acuerdo en el art. 232. En la norma pueden distinguirse dos hipótesis: el acuerdo produce sus efectos a partir de la fecha en que adquiere firmeza la resolución judicial que lo aprueba o, si se trata de un acuerdo privado de reorganización en la versión puramente privada, desde el día siguiente a la última publicación.

En nuestra opinión, la publicación a que remite el art. 232 de la LC no puede ser otra que la ordenada por el art. 219 y ello en razón de que esos edictos tienen por finalidad notificar a los acreedores desconocidos u omitidos y por ende no firmantes, el hecho de que el deudor ha convenido con los acreedores que representan el setenta y cinco por ciento del pasivo quirografario con derecho a voto (art. 214), una fórmula de acuerdo.

Si el deudor cumplió las obligaciones, tal cual acordó con sus acreedores, deberá solicitar al juez una declaración en tal sentido aportando la prueba pertinente. Si se solicitó concurso solicitará, además, su conclusión (art. 233).

Por el contrario, si un acreedor acredita el incumplimiento y solicita el concurso, el juez debe dictar sentencia declarando incumplido el acuerdo y disponiendo la declaración de concurso, con el agravante de que luego el deudor no podrá solicitar un convenio y necesariamente habrá de procederse a la liquidación de la masa activa. Esta declaración de concurso determina, además, la suspensión de la legitimación para disponer y obrar a la masa del concurso (art. 235).

D. Acuerdo puramente privado

1. Presupuestos para la instrumentación del acuerdo puramente privado

a. Requisito de validez

A nuestro modo de ver, la obtención de la adhesión del setenta y cinco por ciento del

476 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., pp. 428 y 429.

477 CREIMER BAJUK, op. cit., p. 95.

pasivo quirografario con derecho a voto (art. 214), es un requisito de validez del acuerdo, en tanto habría un negocio jurídico válido con independencia de los demás requerimientos legales.

Obsérvese que la LC coloca este presupuesto en primer término (*una vez obtenidas las mayorías*), de modo tal que el segundo presupuesto queda supeditado al primero. Si no se alcanzan las mayorías establecidas en el art. 214 el acto es jurídicamente imperfecto y nulo⁴⁷⁸.

b. Requisito de eficacia

En segundo orden, esto es, luego de obtenidas las mayorías, la LC exige que el deudor haya notificado a los acreedores no firmantes advirtiéndoles la adhesión al acuerdo de dicha mayoría. La forma de notificar a los acreedores está dispuesta en los arts. 217 y 219. Sólo si los acreedores notificados no se oponen dentro del plazo de veinte días (art. 220), el acuerdo es obligatorio.

El legislador ha hecho depender la eficacia del acuerdo a una condición, dando lugar a una *obligación condicional*⁴⁷⁹.

Nuestra doctrina discrepa respecto a la categorización de esta condición. RODRÍGUEZ OLIVERA entiende que se trata de una condición resolutoria⁴⁸⁰. ALFARO BORGES y POZIOMEK ROSEMBLAT, en cambio, la interpretan como suspensiva⁴⁸¹.

Nosotros entendemos que la LC ha supeditado la eficacia del acuerdo privado de reorganización a una condición resolutoria, en tanto el negocio jurídico es válido y produce efectos solamente por haberse alcanzado la mayoría del art. 214. Si el negocio produce desde ya efectos jurídicos, y la condición se limita a la extinción de la obligación, la condición es resolutoria y no suspensiva⁴⁸². Ciertamente la sola adhesión de la mayoría del art. 214 produce efectos jurídicos. Por lo pronto, hace nacer en el deudor el derecho a optar por el procedimiento puramente privado o por la versión sometida a homologación judicial.

2. Obligatoriedad y efectos del acuerdo

a. Posiciones doctrinarias sobre la obligatoriedad del acuerdo

El art. 216 dispone que el acuerdo privado de reorganización sea obligatorio para todos

478 PEIRANO FACIO, *Curso de obligaciones*, t. 4 (1956), p. 188.

479 PEIRANO FACIO, *op. cit.*, p. 191.

480 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial uruguayo*, v. 6 (2009), p. 370.

481 ALFARO BORGES y POZIOMEK ROSEMBLAT, «Acuerdo privado de reorganización. Obligatoriedad y efectos del acuerdo puramente privado», *Revista de Derecho Comercial*, n° 3 (2010),

482 PEIRANO FACIO, *op. cit.*, p. 204.

los acreedores quirografarios y subordinados en la medida en que el deudor cumpla con tres requisitos:

- La obtención de las mayorías del art. 214.
- La notificación a los acreedores no firmantes advirtiéndoles la adhesión al acuerdo de dichas mayorías.
- La indiferencia de los acreedores notificados quienes, en el plazo de veinte días, no deben haberse opuesto al acuerdo celebrado.

Esta norma ha sido interpretada de diversa manera. Cierta sector entiende que verificados los extremos referidos el acuerdo es obligatorio para todos los acreedores quirografarios y subordinados⁴⁸³.

MARTÍNEZ BLANCO, en cambio, afirma que la homologación del acuerdo, consecuencia de la protocolización impuesta por el art. 218, es el acto que torna obligatorio lo convenido, tanto para los acreedores firmantes, como para los no firmantes y que no se opusieron⁴⁸⁴.

La cuestión no es menor, puesto que lo fundamental, en orden a determinar el alcance de la obligatoriedad del acuerdo, es establecer a quiénes alcanzan sus efectos y el momento a partir del cual los acreedores ven alteradas las condiciones de sus créditos. Hasta tanto el acuerdo no los obligue, los acreedores conservan sus derechos intactos y consecuentemente, podrían agredir el patrimonio del deudor mediante el ejercicio de acciones individuales o colectivas.

b. Posiciones doctrinarias sobre los efectos del acuerdo

La LC no dispone cuáles son los efectos de un acuerdo privado de reorganización puramente privado sin oposiciones. En cambio, sí dispone cuáles son los efectos para el caso de acuerdo sometido a homologación judicial. Lo hace en el art. 230, norma que remite a los efectos de los convenios (arts. 158 a 161). La cuestión interpretativa que aparece, por tanto, es determinar la posibilidad de que estos artículos se apliquen, también, al acuerdo privado puramente privado. Se han defendido las dos posturas⁴⁸⁵.

483 CREIMER BAJUK, op. cit., p. 96; HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 196; RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 370; ALFARO BORGES y POZIOMEK ROSEMBLAT, op. cit., p. 85.

484 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 432.

485 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER entienden de recibo la aplicación de los arts. 158 a 161 de la LC (HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 199). ALFARO BORGES y POZIOMEK ROSEMBLAT, en cambio, se decantan por la posición contraria, particularmente en lo que se refiere al efecto novatorio, efecto que no se verificaría en el acuerdo privado de reorganización puramente privado (ALFARO BORGES y POZIOMEK ROSEMBLAT, op. cit., pp. 84 y 85).

3. Procedimiento

a. Notificación a los acreedores no firmantes

El art. 217 impone la notificación notarial a todos los acreedores no firmantes del acuerdo, notificación que necesariamente debe realizarse recurriendo a los servicios de un escribano público.

El escribano debe acompañar los documentos señalados en el art. 7, además de la propuesta con el contenido previsto en los arts. 138 y 139.

b. Protocolización

El art. 218 establece la protocolización del acuerdo. Esta norma plantea tres cuestiones. La primera se relaciona con la naturaleza y el contenido del acto de protocolización, la segunda con las facultades del escribano interviniente y la tercera refiere al perfeccionamiento del acuerdo privado de reorganización, aspecto, este último, que trataremos separadamente.

La protocolización que realiza el escribano designado por el deudor no autoriza el acuerdo privado de reorganización, sino que confiere matriz a un convenio que ya ha sido aceptado tácitamente por los acreedores disidentes.

El escribano no tiene facultades para realizar un control sobre la conveniencia del acuerdo. Cuestión distinta es si tiene facultades para realizar un control de legalidad, esto es, si el deudor ha llenado las formalidades que la Ley exige o si faltan algunas por cumplir.

c. Oposiciones

*** Sujetos legitimados**

A diferencia de lo que sucede en los convenios (art. 151 LC), el art. 220 extiende la posibilidad de plantear oposiciones a todos los acreedores que no hayan firmado la propuesta de acuerdo. La norma, que en un principio parece amplia, también tiene una lectura restringida en la medida en que sugiere que sólo estos acreedores podrían oponerse.

Cabe preguntarse qué sucede con el acreedor que adhirió a la propuesta y que también tiene el legítimo derecho de esgrimir alguna de las causas de oposición. Sobre el punto nuestra doctrina se encuentra dividida.

Por una parte, existen autores que interpretando literalmente la norma, sostienen que los acreedores firmantes no tienen derecho de oposición⁴⁸⁶. Estos, en la medida en que puedan probar alguna de las situaciones planteadas en el artículo, sólo podrían iniciar una acción ordinaria de nulidad⁴⁸⁷.

Por otra parte, otros autores prefieren reconocer a todos los acreedores el derecho de oposición por las causales establecidas en este artículo, hayan firmado o no hayan firmado el acuerdo⁴⁸⁸.

486 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p.197; CREIMER BAJUK, op. cit., p. 111.

487 CREIMER BAJUK, op. cit., p. 111.

*** Plazo para plantear la oposición**

El acreedor debe plantear su oposición dentro del plazo de veinte días previsto en el art. 216. El plazo comenzará a correr, para los acreedores notificados por el escribano a partir de recibida la notificación. Para los acreedores convocados por edictos, desde la última publicación del art. 219.

d. Causales de oposición

La LC dispone dos tipos de causales de oposición diferentes. En primer lugar, encontramos las causas de oposición que conducen a una infracción a las prescripciones legales en general y en particular a las referidas a la correcta formación de la voluntad que adhiere al acuerdo. En segundo lugar, el carácter objetivamente inviable del acuerdo.

De lo dicho se desprende que el legislador ha limitado las causales de oposición, en la medida en que ha descartado cualquier oposición fundada en razones de mera oportunidad. Consecuentemente, nos inclinamos por interpretar que el artículo en estudio tasa las causales de oposición, de modo que toda oposición no autorizada por dicho artículo debería ser rechazada por improcedente⁴⁸⁹.

*** Contenido contrario a la Ley**

La ilegalidad a que refiere esta causal está referida exclusivamente al contenido de la propuesta de acuerdo. No refiere a ilegalidades de otro tipo como, por ejemplo, la inobservancia de las formalidades legales del acuerdo. La ilegalidad no tiene por qué limitarse a la LC. Puede alcanzar cualquier otra Ley. Incluso, alguna doctrina entiende incluidas las infracciones a la moral y al orden público⁴⁹⁰.

Habrà ilegalidad en el contenido del acuerdo en los siguientes casos, por ejemplo: a. cuando se proponga una fórmula ilícita (art. 139); b. cuando la eficacia del convenio se sujete a condición, en cuyo caso el acreedor opositor solicitará que el acuerdo se tenga por no presentado (art. 214 por remisión al art. 140).

Al contrario de lo que sucede en los convenios, en el acuerdo no son causales de oposición situaciones tales como: a. que la propuesta sea modificada, dado que la LC no establece prohibición alguna en este sentido; b. que no se hubiere presentado junto a la propuesta un informe especial sobre el plan de continuación o de liquidación (art. 142), en la medida en que estos documentos no son reclamados por el legislador en sede de acuerdos.

Problemas concretos con las firmas de acreedores cuyos créditos son decisivos para el acuerdoEl art. 220 n. 2 refiere a dos supuestos concretos que, tal como hemos expuesto en el título, tienen en común el comprometer a los acreedores cuyos créditos fueron decisivos para alcanzar las mayorías dispuestas en el art. 214.

488 ALFARO BORGES y POZIOMEK ROSEMBLAT, op. cit., p. 82.

489 DÍAZ MORENO, op. cit., pp.2145 y 2146; ALONSO MUÑUMER, «La oposición al convenio concursal», *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su Reforma* (2012), p. 778,

490 DÍAZ MORENO, op. cit., p. 2146; GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento* (2007), p. 131.

En relación con estos acreedores y sólo respecto de éstos, se establecen dos causales de oposición: a. que sus firmas no correspondan a los reales titulares de los créditos y b. que sus firmas hayan sido obtenidas mediante maniobras que efectivamente afecten o que eventualmente puedan afectar la paridad de trato entre los acreedores.

La LC establece una suerte de *prueba de resistencia*, pues el hecho de que se adhiera quien no fuera realmente acreedor, o aun cuando la adhesión se hubiera logrado como consecuencia de maniobras que afecten o puedan afectar la paridad de trato, por sí sólo no es suficiente para oponerse al acuerdo. Es necesario que la propuesta de acuerdo hubiera resultado igualmente aceptada sin aquellas adhesiones⁴⁹¹. No basta, entonces, el defecto en la formación de la mayoría.

La LC pretende evitar que ciertos acreedores lleven a cabo maniobras fraudulentas que vulneren el principio de la *pars conditio creditorum*, de modo de obtener un resultado favorable en beneficio exclusivo de los confabulados y que se materializaría a través de pactos ocultos o que, aún careciendo de clandestinidad, simulan ser legítimos.

*** Inviabilidad objetiva del acuerdo**

La tercera causal que habilita la oposición a lo acordado es la prueba de inviabilidad objetiva de cumplimiento de lo convenido con la mayoría de los acreedores. A diferencia de las anteriores causas de oposición, que en lo general remiten a la ilegalidad, ésta introduce un juicio de oportunidad o de mérito, aunque advertimos, sólo limitado a la viabilidad objetiva de lo acordado⁴⁹².

Con lo dicho queremos significar que el juez no tiene completa libertad para apreciar la conveniencia o inconveniencia del acuerdo. Sólo podrá estimar la oposición si el oponente acredita fehacientemente que el acuerdo es inviable objetivamente.

Este motivo de oposición se funda en la intención del legislador de asegurarse de que el acuerdo, aceptado por la mayoría de los acreedores, es de efectivo cumplimiento y no una solución liquidatoria disimulada bajo la apariencia de una solución convencional⁴⁹³.

*** Ocultación o exageración fraudulenta del activo o del pasivo**

La manipulación de los datos del activo o del pasivo ha sido, desde siempre, una causa de oposición a los acuerdos entre el deudor y sus acreedores. Según exige la norma, la maniobra debe tener la finalidad de defraudar a los acreedores. Al igual que el dolo, el fraude requiere la conciencia y la voluntad de violar el derecho de crédito de una persona pero, a diferencia de aquél, reclama que la persona haya previsto el perjuicio efectivo⁴⁹⁴.

La ocultación de los bienes del deudor es el fraude más generalizado en materia

491 DÍAZ MORENO, op. cit., pp. 2151, 2152 y 2153.

492 DÍAZ MORENO, op. cit., p. 2164.

493 ALONSO MUÑUMER, op. cit., p. 783.

494 CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., p. 160.

concurzal. Con esta actitud, el deudor pretende evitar que ciertos bienes sean alcanzados por el acuerdo pues si los acreedores conocieran su existencia, seguramente no le concederían la quita ni la espera que pretende⁴⁹⁵.

La exageración del activo es la operación contraria a la precedentemente explicada. El deudor declara como propios bienes que no le pertenecen y que tal vez siquiera existan. También hay exageración del activo cuando denuncia bienes que existen y le son propios pero lo hace atribuyéndoles un valor excesivo.

Habrà ocultación del pasivo cuando el deudor excluya fraudulentamente de su pasivo a ciertos acreedores legítimos, justamente aquellos que no hubieran adherido a su propuesta de acuerdo⁴⁹⁶.

La exageración del pasivo sugiere la operación contraria. El deudor crea acreedores ficticiamente, acreedores que le son leales y gracias a los cuales, fraudulentamente, obtendrá la mayoría que necesita para la aprobación del acuerdo o que, sin llegar a conformar tal mayoría, influyen positivamente en los demás. Existiendo una simulación de por medio, la prueba de la modificación en el pasivo será verdaderamente dificultosa⁴⁹⁷.

E. Acuerdo sometido a homologación judicial

En el capítulo III, la LC regula el acuerdo privado de reorganización en su versión judicial. Consecuentemente, el deudor habrá de presentarse ante el juez y habrá de solicitarle la homologación judicial del acuerdo.

La solicitud de homologación debe ir acompañada de una serie de documentos. Son los mismos documentos que se exigen en el procedimiento puramente privado. Así, se debe presentar la documentación referida en el art. 7. También se debe agregar la propuesta de acuerdo privado de reorganización con el contenido previsto en los arts. 138 y 139, suscrita por acreedores representativos del setenta y cinco por ciento del pasivo quirografario del deudor con derecho a voto.

Igual que en la forma privada, los documentos mencionados deberán estar firmados por el propio deudor y, si se tratare de personas jurídicas, por todos los administradores o liquidadores. Si faltara la firma de alguna de estas personas, dicha circunstancia debe advertirse en los documentos en que falte, indicando la razón de su ausencia.

No obstante la evidente similitud con el procedimiento privado, la norma tiene un último párrafo original que ordena al deudor depositar a la orden del Juzgado los fondos suficientes para atender los gastos de inscripción y publicación de la resolución judicial que admita el acuerdo. Si el deudor no cumple con este depósito, el art. 223, autoriza al Juzgado a no realizar la inscripción registral y cualquier acreedor podrá solicitar el concurso al juez, quien deberá declararlo sin más trámite.

1. Procedimiento

495 SAYAGUÉS LASO, op. cit., p. 216.

496 SAYAGUÉS LASO, id., p. 215.

497 SAYAGUÉS LASO, id. ibid.

a. Solicitud de homologación y auto de admisión

Al acuerdo privado de reorganización en la modalidad judicial se puede acceder por dos vías: directamente porque así le conviene al deudor, o como consecuencia del planteo de oposiciones a un acuerdo privado de reorganización puramente privado. En el último caso referido, se produce una *judicialización* del procedimiento que habrá de resolverse por la vía incidental.

La vía elegida por el deudor o impuesta por la voluntad de los acreedores opositores, determina la documentación a presentar y el procedimiento a seguir ante la Sede concursal. En la primera hipótesis deben acompañarse los documentos indicados en el art. 221. En la segunda, el deudor debe cumplir con las condiciones establecidas en el art. 220.2.

Una vez que el juez recibe la solicitud de homologación del acuerdo privado de reorganización, tiene dos días para dictar una resolución con un contenido determinado. En primer lugar, el juez debe resolver si admite o no la propuesta de acuerdo. Ello dependerá de que se hayan cumplido o no los extremos del art. 221. En segundo lugar, de acuerdo al texto en estudio, el juez debe ordenar la suspensión del procedimiento de concurso si éste se hubiera solicitado.

Esta consecuencia no se compadece con la naturaleza preventiva del acuerdo privado de reorganización. Según lo dispuesto en el art. 214, este tipo de acuerdos se solicitan antes de la declaración judicial de concurso. Por lo tanto, la admisión de la solicitud del acuerdo mal puede suspender el concurso, tal como se dispone en este artículo.

El tercer numeral del art. 222 ordena al juez disponer la inscripción de la sentencia en el Registro Nacional de Actos Personales, en la Sección Interdicciones. Si no se realizara la inscripción en los términos expuestos en el párrafo anterior, cualquier acreedor puede solicitar el concurso y el juez debe decretarlo sin más trámite (art. 223).

El cuarto numeral del art. 222 está destinado a dar publicidad al auto de admisión con la finalidad de permitir a los acreedores concursales el ejercicio de su derecho de oposición.

El juez cuenta con veinticuatro horas para ordenar esta publicación. La oficina, a su vez, debe tramitar la orden en el mismo plazo. En cualquier caso, las veinticuatro horas se cuentan una vez dictado el auto de admisión (art. 224).

Los gastos de esta publicación se solventan con el dinero depositado por el deudor (art. 221).

b. Efectos del auto de admisión

El art. 225 de la LC dispone los efectos del auto de admisión de la propuesta de acuerdo privado de reorganización empresarial en su versión judicializada. Podemos clasificar estos efectos en las siguientes categorías: efectos sobre la persona del deudor (obligación del deudor de someterse a un régimen de solicitud de autorizaciones previas para contraer ciertas obligaciones [nº 1]; la imposibilidad de que el juez declare el concurso, salvo a pedido del propio deudor [nº 2]), efectos sobre los créditos y los acreedores (la moratoria provisional⁴⁹⁸ [nºs 3 y 4]) y efectos sobre los procesos pendientes de solución (nºs 5 y 6).

Los efectos se producirán en tanto y en cuanto el auto de admisión haya sido «*debidamente inscripto y publicado*».

Obsérvese que es en esta parte de los efectos dónde se aprecian las diferencias más importantes con el acuerdo puramente privado. En efecto, el régimen de autorizaciones a que está sujeto el deudor no está previsto en el acuerdo privado de reorganización cuando se desarrolla sin la intervención del juez. Consecuentemente, si el deudor está en condiciones de afrontar los gastos que supone aquél procedimiento, es lógico que lo prefiera a éste que, como se verá enseguida, lo limita en aspectos fundamentales.

c. Oposición a la aprobación del acuerdo

Publicado que sea el auto de admisión, y a partir de la última de las tres publicaciones ordenadas por el art. 222.4, comienza a correr el plazo de veinte días para que los acreedores disconformes con lo convenido se opongan a la aprobación judicial del acuerdo. El plazo debe computarse por días corridos.

La LC no exige ninguna formalidad para la presentación de la oposición. No obstante, el acreedor deberá denunciar la causa en que fundamenta su oposición proporcionando, además, la probanza que permita corroborar sus dichos. Ello es así en tanto la oposición es el acto procesal establecido por la Ley a través del cual ciertos acreedores pueden impedir que prospere lo acordado.

Según lo establece el art. 226 de la LC, cualquier acreedor puede oponerse a la aprobación del acuerdo, en tanto y en cuanto cumpla acumulativamente los siguientes tres requisitos: debe haber rechazado la fórmula oportunamente, debe tratarse de acreedores quirografarios o subordinados y debe esgrimir alguna causal de oposición. Las causas de oposición que en todo caso pueden hacer valer, son las establecidas en el art. 220, ya comentadas.

d. Trámite de la oposición y homologación del acuerdo

498 La moratoria provisional, en este caso, es uno de los efectos del auto de admisión de la solicitud de homologación de un acuerdo privado de reorganización, que consiste en la imposibilidad de agredir el patrimonio del deudor para cobrar créditos anteriores a la presentación de la propuesta de acuerdo. La moratoria provisional que se concede tiene un alcance específico en la medida en que impide el inicio de nuevas ejecuciones, suspende las que están en trámite y deja latente los embargos trabados, durante el plazo máximo e improrrogable de un año.

La LC no establece desde cuándo ha de computarse este plazo. En nuestra interpretación, el plazo se contaría una vez publicado el auto de admisión, pues es allí cuando la sentencia del juez despliega sus efectos.

De acuerdo al art. 227, si transcurre el plazo para oponerse y ningún acreedor se ha presentado, o si habiéndolo hecho no se ha presentado a ratificar su oposición, el juez homologará el acuerdo. Esto quiere decir que la homologación supone la inexistencia de oposiciones o de ratificaciones de oposiciones en tiempo útil.

Por el contrario, si existen oposiciones, o si se ratifican las oposiciones, el juez debe designar un interventor. De modo que la intervención de la actividad del deudor es la consecuencia del ejercicio en tiempo del derecho de oposición de los acreedores (art. 226), o de la carga de ratificación oportuna de la oposición, en su caso (art. 220). Con esto queremos significar que el interventor es designado preceptivamente, en tanto la oposición o su ratificación hayan sido planteadas puntualmente y haciendo valer las causales legales. De otra forma no debe intervenir la actividad del deudor. Este interventor tiene las facultades acotadas a las descriptas en el art. 225.1 y su actuación no puede extenderse más allá de lo que demore el trámite del incidente de oposición.

La sentencia con que finaliza el incidente que da trámite a la oposición sólo puede tener dos contenidos: homologar el acuerdo o rechazarlo. Expresamente el legislador prohíbe al juez modificar los términos de lo acordado. Lo mismo sucede cuando se presenta un convenio para su aprobación judicial y se presentan oposiciones. En este caso, el juez dictará una sentencia aprobando o no el convenio. Tampoco puede modificarlo (art. 228).

2. Efectos del acuerdo homologado y efectos del rechazo del acuerdo

a. Efectos del acuerdo homologado

Los efectos de la homologación judicial del acuerdo privado de reorganización están dispuestos en el art. 230. Esta norma remite a los arts. 158 a 161 ubicados en sede de convenios.

Respecto de los créditos y los acreedores se producen dos consecuencias:

En primer lugar se extinguen definitivamente los créditos quirografarios y subordinados en la parte en que se hubiere hecho condonación al deudor, siendo exigibles sólo conforme a lo pactado (art. 159).

En segundo lugar, los acreedores que no hubieren adherido a la propuesta de acuerdo conservarán sus acciones contra los obligados solidarios, fiadores y avalistas del deudor, por la totalidad de sus créditos (art. 160).

En tercer lugar, en relación a la persona del deudor, cesa la suspensión o la limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso a que estaba sujeto, en el caso de que hubiere una declaración judicial en ese sentido (art. 161).

b. Efectos del rechazo del acuerdo

Como consecuencia del rechazo del acuerdo privado de reorganización, en el mismo auto judicial en que el juez se manifiesta en tal sentido debe declararse en concurso al deudor (art. 231). Este concurso se considera solicitado por el propio deudor, esto es voluntario, con las consecuencias que ello determina, especialmente en lo que refiere a la legitimación para disponer y obligar a la masa activa del concurso.

CAPÍTULO SÉPTIMO: JUNTA DE ACREEDORES

Por Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

La LC prevé dos ámbitos de actuación orgánica de los acreedores: la junta de acreedores y la comisión de acreedores.

En la junta de acreedores es un órgano convocado por el juez para formar la voluntad de los acreedores concursales con derecho a voto. En ella los acreedores pueden informarse mediante las aclaraciones que soliciten sobre el informe del síndico o del interventor, deliberar respecto a la aprobación o no del convenio propuesto por el deudor y la formación de una comisión de acreedores, y votar respecto de los temas que constituyen el orden del día de la junta.

La comisión de acreedores es un órgano de existencia eventual. Lo designa la junta de acreedores (art. 130). Tiene funciones diversas, de fuente legal, como recibir los informes semestrales del síndico o del interventor, sobre el estado de cumplimiento del convenio aprobado (art. 165), aprobar el proyecto de liquidación por partes de la masa pasiva (art. 174) y decidir sobre la enajenación de bienes litigiosos (art. 176).

I. Constitución de la junta de acreedores

A. Lugar y fecha de celebración

De acuerdo con lo dispuesto por el § 1 del art. 115 de la LC, la junta de acreedores se debe constituir en el lugar, día y hora fijados en la sentencia de declaración de concurso.

1. Lugar

Normalmente, la junta de acreedores se reúne en la sede del juzgado que la convoca. No obstante, en alguna oportunidad, la gran cantidad de acreedores con derecho a participar en la junta ha determinado su realización en un lugar con mayor capacidad locativa. CREIMER BAJUK recuerda que la junta en la Moratoria del Banco de Galicia Uruguay SA fue realizada en el Palacio Peñarol, debido a la concurrencia de 507 acreedores⁴⁹⁹.

2. Fecha y hora

La fijación del día y hora para la celebración de la junta, se realiza en el decreto que declara el concurso, para una fecha que no puede exceder los 180 desde dicha declaración (art. 19, n° 4, LC).

499 CREIMER BAJUK, *Concursos*, p. 71.

En el caso de los pequeños concursos, la junta de acreedores debe ser convocada con un plazo máximo de noventa días (art. 237).

B. Quórum

La LC no establece quórum alguno⁵⁰⁰, ni de personas, ni de créditos, por lo que la junta de acreedores se constituye válidamente cualquiera que sea el número de acreedores que asista⁵⁰¹.

Las únicas personas que deben necesariamente estar presentes en la junta de acreedores para que ésta se constituya válidamente son el juez y el actuario. Éstos deben actuar, respectivamente, como presidente y secretario de la junta.

La inasistencia del síndico o del interventor es duramente sancionada, pero no impide la constitución de la junta. En el § 5 del art. 115 se prevé expresamente que la junta se debe considerar válidamente constituida, asista o no el deudor.

1. Hipótesis de inasistencia de acreedores a la junta

Dado el tenor del § 5 del art. 115, la inasistencia de todos los acreedores, no invalidaría la junta puesto que cero, también, es un número y, además, los acreedores no son los únicos participantes posibles de la junta. Sin embargo, la participación de sujetos que no sean acreedores es meramente instrumental o accesorio. La junta es un órgano del concurso establecido como un mecanismo necesario para la adopción de determinadas resoluciones por los acreedores⁵⁰².

La cuestión, entonces, no es si la junta es válida o no, sino qué sucede con el propio proceso concursal en el caso en que no concurren acreedores a la junta. Resulta evidente que es la junta la que debe resolver aprobar acuerdos celebrados o la liquidación del activo y el juez cumple, luego, la función de homologar lo que se resuelve. La no concurrencia de acreedores frustraría, entonces, el proceso concursal⁵⁰³.

No obstante, la LC no prevé que la inasistencia completa de los acreedores sea una causal de suspensión (art. 207), ni de conclusión del proceso (art. 211). Ciertamente, no es causal de conclusión del proceso el desinterés de los acreedores. Tampoco podría pretenderse su conclusión por la falta de pasivo, porque lo hay. Si el deudor pidió su

500 Se denomina *quórum* al número mínimo de personas que se necesitan para que un cuerpo colegiado pueda actuar legalmente (COUTURE, *Vocabulario jurídico*, p. 500).

501 CREIMER BAJUK, *Concursos*, p. 71.

502 Ante tal situación, una actitud posible – en la práctica - sería convocar a la junta para una nueva fecha. RODRÍGUEZ OLIVERA entiende que si hubo una propuesta de acuerdo, necesariamente debería convocarse a una nueva junta. Si tampoco se logra, debe entenderse que el acuerdo fue tácitamente rechazado.

503 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal* (2009), p. 123.

concurso, debió hacer una relación de sus acreedores. Si el concurso se decretó a pedido de un acreedor, es porque éste ha justificado su crédito⁵⁰⁴.

Debe tenerse en cuenta, también, que el art. 230 le confiere al síndico y al interventor, la representación legal de los pequeños acreedores quirografarios. De modo que, eventualmente, aunque no concurriera ningún acreedor, podrían adoptarse resoluciones válidas respecto a la aprobación de alguna de las propuestas de convenio, si los pequeños acreedores quirografarios, representados por el síndico o el interventor, en su conjunto alcanzaran las mayorías exigidas legalmente.

Luego, en el caso en que no se hubiera propuesto convenio alguno (art. 138) o considerándose las propuestas como tácitamente rechazadas por la inasistencia de los acreedores, podría entenderse que debe procederse a la liquidación de la masa activa (art. 168, n° 2). Para ello, el juez tomará en cuenta el plan de liquidación que, eventualmente, formulara el propio deudor y la forma que el síndico o interventor indicara como más conveniente en su informe (art. 123, n° 5). En todo caso, tendrá el juez que considerar la prioridad que el art. 171 confiere a la venta en bloque de la empresa en funcionamiento.

2. Hipótesis de concurrencia de un único acreedor

¿Qué sucede si a la junta concurre un solo acreedor?

MEZZERA ÁLVAREZ respecto de la quiebra sostenía que la junta no podría reunirse válidamente con la concurrencia de un solo acreedor, por las siguientes razones: una junta presupone una pluralidad de acreedores; no es admisible que un solo acreedor decida sobre las cuestiones atribuidas a la junta. Si bien bastaría con el pedido de un solo acreedor para abrir el procedimiento de quiebra, éste es un proceso concursal que tiende al trato igualitario de una pluralidad de acreedores. Debería clausurarse si no hay concurrencia de acreedores. Si no hay más que un acreedor éste tiene acciones individuales.

La doctrina nacional actual, sobre la base de lo que expresamente prevé a este respecto el art. 115 de la LC, admite que aunque asista un solo acreedor habrá junta⁵⁰⁵.

Esta solución recoge consideraciones de la doctrina anterior a la LC, que sustentaba que, si para pedir la quiebra basta un solo acreedor y la quiebra tiene efectos especiales, luego, no puede caer por falta de otros acreedores. Ello implicaría, para el único acreedor, privarle del ejercicio de las acciones especiales que sólo en la quiebra podría ejercer.

Por nuestra parte, entendemos que la junta podrá funcionar con un solo acreedor, puesto que la LC admite el concurso de un solo acreedor y establece que se reunirá válidamente, cualquiera que sea el número de acreedores que concurra.

3. Hipótesis de asistencia de acreedores que no alcancen las mayorías requeridas para la adopción de resoluciones

A pesar de que, en nuestra opinión, la junta se podría realizar válidamente con un solo acreedor, debe tenerse en cuenta que las mayorías establecidas por la LC consideran al total del pasivo quirografario con derecho a voto (arts. 125 y 144), esté o no presente en la junta. De modo que, si están presentes acreedores que no pueden representar las mayorías

504 RODRÍGUEZ OLIVERA, íd. ibíd.

505 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), p. 212; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Comercial* (2010), p. 190.

requeridas, a pesar de que la junta sea válida, no será capaz de adoptar resoluciones válidas⁵⁰⁶.

C. Presidencia y secretaría de la junta

1. El juez como presidente de la junta

El juez del concurso preside la junta de acreedores.

Como presidente, al juez le corresponde determinar si la junta está válidamente constituida, decidir sobre la acreditación de los comparecientes y sobre la validez de los apoderamientos (sin perjuicio de la función atribuida al actuario como secretario de la junta), dirigir la marcha de las deliberaciones y votaciones, resolviendo sobre cualquier extremo que pudiera resultar controvertido durante la celebración de la junta, proclamar el resultado de cada una de las votaciones y, en fin, levantar la sesión.

Sin perjuicio de las funciones referidas, que le corresponden al juez concursal, implícitamente, por presidir la junta, la LC le atribuye una serie de competencias específicas: prorrogar la junta (art. 115, § 2, y art. 116); dispensar al deudor la asistencia personal a la junta o su permanencia hasta la finalización de la misma (art. 117); autorizar la asistencia a la junta de aquellas personas que juzgue conveniente (art. 118); homologar los acuerdos de la junta de acreedores (art. 129). Los convenios, sin embargo, no son homologados por el juez en la junta, puesto que debe aguardarse el plazo legal para presentar oposiciones (art. 153); en la junta, en caso de falta de presentación, de falta de aceptación de la propuesta de convenio o si así lo solicita la mayoría de los acreedores quirografarios con derecho a voto, el juez del concurso debe ordenar la liquidación de la masa activa (art. 168).

2. El actuario como secretario de la junta

Al actuario del juzgado de concurso le corresponde la actuación como secretario de la junta.

Antes de entrar en el orden del día, el secretario confecciona la lista de asistentes, en la que debe hacer constar la identidad de cada uno de estos, así como el importe y la calificación de los créditos de que fuera titular (art. 121 LC).

Asimismo, le corresponde al secretario extender el acta de la junta, que debe contener una relación de lo acaecido en ella, los votos emitidos por cada acreedor y los acuerdos adoptados (art. 128).

D. Lista de asistentes

En el art. 121 de la LC se establece que antes de entrar en el orden del día, el secretario confeccionará la lista de asistentes, en la que hará constar la identidad de cada uno de éstos, así como el importe y la calificación de los créditos de que fuera titular. Si el acreedor asistiera por medio de representante voluntario o fuera representado legalmente por el síndico o el interventor, se consignará esta circunstancia en el acta, con indicación de la identidad del representante.

1. Función de la lista

La lista de asistentes es un requisito inexcusable para la válida constitución de la junta de acreedores. El juez no puede abrir la sesión en tanto no haya sido formada la lista. La

506 MARTÍNEZ BLANCO, id. *ibid.*; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., id. *ibid.*

redacción de la lista es un acto preparatorio de la junta sin cuya formalización no puede constituirse ésta⁵⁰⁷.

2. Formación de la lista

La lista la confecciona el actuario del Juzgado, en tanto secretario de la junta. El art. 121 de la LC no exige que esta lista esté firmada ni por el juez, ni por los asistentes⁵⁰⁸.

La LC no especifica en qué momento ha de redactarse la lista de asistencia pero, del análisis sistemático del texto y a la vista de la función que cumple, es evidente que ha de elaborarse al comienzo de la junta, antes de que el juez la declare válidamente constituida y proceda a abrir la sesión⁵⁰⁹.

Sin perjuicio de lo dicho, los acreedores que concurren con posterioridad al cierre de la lista pueden igualmente participar de la junta, con voz y voto. El acta de la junta deberá reflejar la incorporación de acreedores durante la sesión⁵¹⁰.

3. Contenido de la lista

La lista a que nos estamos refiriendo es de *asistentes*, no simplemente de *acreedores*. Deben figurar en ella todas las demás personas con derecho o con obligación de asistir a la junta, como el deudor y el síndico o el interventor. Los efectos que derivan de su inasistencia hacen necesario que la misma se refleje en la lista.

a. Síndico o interventor

El síndico o el interventor, deben asistir, pues ha producido informes que se han de considerar en la junta.

Su inasistencia se sanciona por el juez con una multa de hasta el 5 % del total del pasivo concursal (art. 115, § 4, LC). Esta sanción, como es obvio, es completamente desproporcionada. En legislaciones similares a la nuestra como lo es, por ejemplo, la LCE, la sanción por esta omisión del síndico o el interventor está constituida por la pérdida del derecho a la remuneración fijada, con la devolución a la masa de las cantidades percibidas (art. 117.1 LCE).

b. Deudor

*** Asistencia del concursado persona física**

El concursado tiene el deber de asistir personalmente y permanecer hasta la terminación

507 GOZALO, «Lista de asistentes», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO (2004), pp. 2072 y 2073.

508 GOZALO, id., p. 2074.

509 GOZALO, id., p. 2073.

510 GOZALO, id., p. 2074.

de la junta de acreedores, salvo dispensa del juez (art. 117). No puede asistir a través de un representante⁵¹¹.

La inasistencia del deudor no frustra la celebración de la junta.

*** Asistencia de administradores o liquidadores por la persona jurídica concursada**

Si se trata de personas jurídicas, quienes deben asistir son los administradores o liquidadores con poderes de representación.

*** Consecuencias de la inasistencia**

Si el deudor obligado a asistir, no lo hace, la junta igualmente funcionará.

La LC no contiene una sanción expresa para el caso en que el concursado omita cumplir con este deber. No obstante, la inasistencia configura una presunción relativa de culpa grave (art. 194, n° 2, LC).

c. Acreedores

*** Legitimación para asistir**

Estrictamente, sólo los acreedores concursales cuyos créditos hayan sido verificados, tienen derecho a asistir a la junta. De modo que no tienen derecho a asistir aquellos que no aparecen en la nómina de acreedores que forman la masa pasiva elaborada por el síndico o el interventor (art. 101), o con las modificaciones que haya introducido a ésta el juez en virtud de eventuales impugnaciones (art. 105) o verificaciones tardías (99).

*** Representación voluntaria**

El acreedor puede concurrir personalmente o por apoderado (art. 119). El representante asiste a la junta y ha de votar en ella en nombre de su representado.

Alguna doctrina considera que la representación se debe acreditar con un poder otorgado en escritura pública, tal como se exige en el art. 39 del CGP para litigar⁵¹². Otros autores entienden que no es necesario presentar un poder con intervención notarial⁵¹³ o poder bastante, como exigía el art. 1678 del CCom, ahora derogado⁵¹⁴. Alcanza una autorización por escrito, en que expresamente se autorice a una persona – acreedor o no – a asistir y votar en la junta de acreedores en representación del poderdante, sin otro formalismo⁵¹⁵.

511 RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Comercial*, p. 190.

512 CREIMER BAJUK, *Concursos*, p. 73.

513 RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 191.

514 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), pp. 213 y 214.

515 MARTÍNEZ BLANCO, id. *ibid.*

El art. 119 admite que el apoderado puede ser otro acreedor y no limita el número de acreedores que pueden ser representados por un único sujeto⁵¹⁶. No se admite la representación conferida al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste (art. 112).

* Representación legal

El art. 120 de la LC establece una fórmula para la representación de los pequeños acreedores ordinarios. Se dispone que los pequeños acreedores que no asisten a la junta, serán representados por el síndico o el interventor, pero a los solos efectos de la consideración y votación de la propuesta de convenio presentada por el deudor. Se configura una hipótesis de representación legal, como surge del *nomen iuris* del artículo y de su texto⁵¹⁷.

Para que el síndico o el interventor puedan invocar la representación legal, los acreedores que se pretenden representar deben reunir las condiciones siguientes: debe tratarse de pequeños acreedores ordinarios, que no estén expresamente exceptuados por la LC.

El adjetivo *ordinarios* no fue utilizada en ninguna otra disposición de la LC, así como tampoco existe en la LC una categoría de acreedores que se denomine como *extraordinarios*. Los créditos – no los acreedores – son clasificados en el art. 108 como privilegiados, quirografarios o comunes, y subordinados. Pareciera que con la expresión *acreedores ordinarios*, en el art. 120, el legislador pretende referirse a los titulares de créditos que en el art. 108 aparecen referidos como créditos quirografarios o comunes⁵¹⁸. Tampoco define la LC qué es lo que se considera como *quirografario* o *común*, pero se encuentra ampliamente reconocido por la doctrina que constituye una categoría residual que incluye todos aquellos créditos concursales que no son ni privilegiados ni subordinados, y aun aquellos créditos privilegiados por el saldo no satisfecho una vez ejecutado el bien objeto de la garantía o el tope del privilegio⁵¹⁹.

Lo *pequeño* aparece determinado en el art. 120 por un doble criterio. Se considera como

516 MARTÍNEZ BLANCO, id., p. 213; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., id., pp. 190 y 191.

517 Dado que la LC habilita al síndico o interventor a votar en su representación la propuesta de convenio, la omisión de los pequeños acreedores en cuanto a participar de la junta supone una renuncia a ejercer personalmente su derecho a votar en ella. Entonces, queda sujeto a lo que el síndico o interventor vote según su leal saber y entender.

518 La doctrina da esto por sentado. Ver, por ej., PÉREZ RAMOS BOLOGNA, «Junta y comisión de acreedores», *Curso de Derecho Comercial*, p. 492 (2013).

519 HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387 (2009)*, p. 150; PÉREZ RAMOS BOLOGNA, «Formación de la masa pasiva », *Curso de Derecho Comercial*, p. 485 (2013).

pequeños aquellos acreedores que sean titulares de un crédito por importe inferior a 50.000 Unidades Indexadas (UI). Se consideran, también, como *pequeños*, aun los que tengan un crédito mayor a esa cifra, siempre que éste sea inferior al cociente de dividir por diez mil el total del pasivo.

Cualquiera sea el monto de su crédito, no se consideran pequeños acreedores el Estado, los demás entes públicos, las entidades de intermediación financiera, las compañías de seguros y las sociedades administradoras de fondos de ahorro previsional y de fondos de inversión.

d. Asistentes autorizados judicialmente

El art. 118 de la LC habilita al juez a autorizar la asistencia a la junta de cualquier persona que juzgue conveniente. Podrán, entonces, asistir a la junta acreedores que no tengan su crédito verificado, si así lo autoriza el juez. Asimismo, el juez puede autorizar la asistencia a la junta de los secretarios contadores o de peritos designados en el concurso⁵²⁰.

El art. 118 establece que la junta de acreedores podrá revocar la autorización otorgada por el juez en cualquier momento. Con esto, la LC consagra una situación bastante insólita en la que el legislador hace primar la voluntad de la junta de acreedores por sobre una resolución judicial⁵²¹.

II. Prórroga, postergación o suspensión de la junta

En el § 2 del art. 115 de la LC se establece que las juntas de acreedores sólo pueden prorrogarse con carácter excepcional.

La LC prevé dos hipótesis de prórroga. La primera de ellas la prevé en el § 2 del art. 115. La segunda hipótesis de prórroga está prevista en el art. 116, para el caso de ser imposible agotar el orden del día en la sesión de un solo día.

A. Prórroga por solicitud del deudor

En la hipótesis de prórroga prevista por el art. 115 deben concitarse tres condiciones: solicitud del deudor; voto mayoritario de los acreedores concursales presentes; resolución del juez en audiencia.

Si no se reúnen estas tres condiciones, la prórroga no es válida.

MARTÍNEZ BLANCO considera que la LC no aclara si la mayoría requerida es de créditos

520 HEUER NOTAROBERTO y RODRÍGUEZ MASCARDI, *Las pericias en materia concursal*, p. 251.

521 RODRÍGUEZ MASCARDI advierte que las decisiones del juez son irrevocables por las partes y, por lo tanto, aun manifestando algunas dudas, considera que la revocación prevista en la LC no puede pasar, debiendo ser considerada como una inconsistencia de ésta (RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Comercial*, p. 189). Ciertamente es que el legislador copió en el art. 118 lo que la PALC establece en su art. 132 y que en ésta quien preside la junta son determinados síndicos o interventores (y, por ello, la norma se refiere al presidente de la junta, en lugar de hacer referencia directamente al juez). Sin embargo, no tenemos el honor de compartir esta opinión. Aunque pueda considerarse que esta solución es inconsistente con nuestra legislación procesal, el sentido de la LC es meridianamente claro, lo que impide que el intérprete desatienda el tenor literal de la norma (art. 16 CC).

o de personas presentes, manifestando que a su entender la mayoría que debe considerarse es de créditos. Fundamenta su opinión en el peso que en la LC se le atribuye a los créditos e invoca los arts. 144 y 145, que se refieren a las mayorías necesarias para la aceptación de una propuesta de convenio⁵²².

Por nuestra parte, discrepamos con esta opinión. El art. 115 establece expresamente que se trata de una mayoría de acreedores, no de créditos (art. 17 CC). Por lo demás, esto tiene sentido puesto que la resolución de prorrogar la junta de acreedores no afecta derecho patrimonial alguno.

B. Prórroga por imposibilidad de agotar el orden del día

1. Alternativas ante la imposibilidad de agotar el orden del día

Si, por las circunstancias que fueren, la junta de acreedores se extiende hasta la finalización del horario hábil en que funcionan las oficinas judiciales (art. 96 CGP), el juez tiene la alternativa siguiente: o continúa con la junta, habilitando las horas que sean necesarias a esos efectos (art. 97 CGP), o bien prorroga la junta para el siguiente día hábil (art. 116 LC).

Nada impide que las sesiones continúen más allá de la franja horaria estipulada para el funcionamiento de las oficinas judiciales. No obstante, por tratarse de una situación excepcional, requiere de causa justificativa. En términos generales, la motivación debiera considerarse suficientemente fundada en el principio de concentración procesal (art. 10 CGP) y, en particular, en que la continuidad de la junta garantiza que las diferentes propuestas sean debatidas con la mayor proximidad temporal posible y, al mismo tiempo, facilita la continuidad de la asistencia de los acreedores⁵²³.

Sin perjuicio de la alternativa que se acaba de referir, el art. 116 de la LC autoriza al juez para que resuelva la prórroga de la junta de acreedores durante uno o más días hábiles consecutivos, en caso de ser imposible agotar el orden del día en la sesión de un solo día. La LC no establece en qué podría consistir esa imposibilidad, pero puesto que, de acuerdo con lo establecido por el art. 115, la prórroga de la junta tiene carácter excepcional, debe ser interpretada con criterio restrictivo.

522 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal*, 2ª ed. (2012), p. 212.

523 TOMILLO y GOZALO, «Artículo 166. Constitución de la junta», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2 (2004), p. 2048.

2. Resolución judicial

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 116 de la LC, quien puede disponer la prórroga es el presidente, o sea el juez (art. 115).

La referencia del art. 116 al *presidente* pareciera una circunlocución innecesaria. En el art. 115 se establece que la junta de acreedores se reúne bajo la presidencia del juez del concurso. No cabe la posibilidad de que ningún otro sujeto presida la junta⁵²⁴.

Entendemos que, en virtud de lo dispuesto por el art. 101 del CGP para las audiencias, en la misma resolución que se dispone la suspensión de la junta, debe establecerse la fecha de su reanudación, salvo que ello resultare imposible.

3. Extensión de la prórroga

La prórroga debe ser para el o los días hábiles consecutivos. Esta solución es consecuente con el principio de concentración procesal consagrado en los arts. 10 y 101 del CGP. En especial, este último establece que la fecha de las audiencias se debe fijar con la mayor contigüidad posible, a los efectos de procurar la continuidad del proceso y la identidad del titular del órgano jurisdiccional.

MARTÍNEZ BLANCO advierte respecto de la escasa disponibilidad de horarios de las sedes judiciales para dedicarle días consecutivos a la junta de acreedores, aludiendo implícitamente a que la prórroga puede ser fijada para cuando sea que los jueces tengan lugar en su agenda⁵²⁵.

Si es así, no tengo el honor de compartir la opinión de este autor. El art. 115 de la LC expresamente limita la facultad del juez en cuanto a la prórroga de la junta. Necesariamente debe realizarse en los días consecutivos a aquél para el cual fue convocada la junta originalmente.

C. Postergación de la junta por resolución judicial

Nuestros jueces han dispuesto la postergación de la junta de acreedores en diversos casos en que en autos, por diversas razones, el listado de acreedores no ha sido aprobado o, habiendo sido impugnado, no hubo a su respecto una resolución firme (art. 105 LC). Se advierte que la sentencia que recae sobre la impugnación de la lista de acreedores es apelable, aunque con efecto no suspensivo (art. 252).

A vía de ejemplo, mencionamos los casos de postergación siguientes:

- a. Por no haberse aprobado la lista de acreedores y el inventario. Nuestra jurisprudencia ha considerado que la aprobación de la lista de acreedores y el inventario es un requisito de admisibilidad procesal para la celebración válida de la junta de acreedores y, no habiéndose aprobado dicha lista, se ha prorrogado la

524 La explicación es que el art. 116 fue copiado literalmente de la PALC (art. 130) y de acuerdo con el régimen propuesto por ésta, la junta de acreedores puede ser presidida por personas diferentes. En principio, se reúne bajo la presidencia del síndico o del interventor letrado, pero se prevé que en caso de inasistencia de éstos, la junta sea presidida por el síndico o interventor auditor (art. 129).

525 MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...* (2012), p. 213.

junta *sine die*⁵²⁶.

- b. Por haberse presentado la lista de acreedores recién en la junta de acreedores. Se entendió que esto impide que los acreedores gocen del plazo de 15 días que establece el art. 104, para impugnar la inclusión o la exclusión de sus créditos, la cuantía de los verificados y la calificación jurídica que se les hubiera atribuido⁵²⁷.
- c. Por haberse realizado tardíamente las comunicaciones a los acreedores que se hubieran presentado a verificar sus créditos si los mismos fueron verificados (art. 101). En este caso, se advirtió que, dada la fecha en que se realizaron las comunicaciones a los acreedores, el plazo para presentar impugnaciones vencería con posterioridad a la fecha fijada para la realización de la junta de acreedores⁵²⁸.
- d. Por haberse presentado impugnación al listado de acreedores, en tiempo útil todavía, el mismo día de la junta⁵²⁹.

Contra la sentencia por la cual se resuelve postergar la junta sólo es oponible el recurso de reposición (art. 252).

D. Suspensión de la junta

El único caso de suspensión de la junta previsto en la LC, es aquel en que se haya presentado una propuesta de convenio al amparo de lo dispuesto en los arts. 163 y 164. Para que proceda la suspensión deben reunirse, acumulativamente, las condiciones siguientes:

1. La propuesta debe haber sido suscrita por acreedores que representen la mayoría

526 Así, por ejemplo, en la SJLC de 2° t., de 27/6/2012 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ), se dictaminó lo siguiente: «*Atento al estado de estas actuaciones, en la que no se han aprobado la lista de acreedores y el inventario formulados en autos, tratándose de un requisito de admisibilidad para la constitución de la Junta de Acreedores y para que la misma sea válida, el haberse cumplido con las etapas previas que la Ley N° 18.387 prevé, en particular para estar en condiciones de procederse a la adopción de resoluciones, requiriéndose el voto de determinadas mayorías de acreedores en relación al pasivo del deudor, o considerar y votar eventuales propuestas o convenios presentados por el deudor, es pertinente la suspensión de la Junta por la ausencia de un presupuesto de admisibilidad procesal para su realización, el que será relevado de oficio en virtud de lo dispuesto por el artículo 24 del Código General del Proceso.*

Por los fundamentos expuestos y disposiciones legales citadas, déjase sin efecto la Junta de Acreedores convocada.»

Con exactamente la misma expresión de fundamentos: SSJLC de 2° t. n° 1317 de 21/8/2013, n° 1316 de 21/8/2013, n° 1291 de 19/8/2013 y n° 1290 de 19/8/2013 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

527 SJL de la Costa 5° t. n° 3452 de 22/9/2011 (IRIARTE).

528 SSJLC de 1° t. 1102 de 17/6/2009 (RODRÍGUEZ MASCARDI) y de 2° t. de 16/3/2009 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

529 SJLC 1° t. de 14/8/2009 (RODRÍGUEZ MASCARDI).

del pasivo quirografario con derecho a voto. Si la propuesta implica el otorgamiento de quitas superiores al cincuenta por ciento del monto de los créditos quirografarios o plazos de pago superiores a diez años, será necesario contar con adhesiones a la misma de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario con derecho a voto (art. 163, § 1).

2. Debe haber recaído aprobación judicial de la lista de acreedores (art. 163, § 2).

Dadas esas condiciones, el juez debe disponer la suspensión de la junta y abrir plazo de oposición para la aprobación del convenio (art. 163, § 2).

III. Funcionamiento de la junta

A. Orden del día

1. Competencias de la junta previstas en el art. 122

El art. 122 establece las cuestiones a tratar *necesariamente* en la junta. Por lo tanto, se trata del mínimo orden del día que se debe tratar en la junta de acreedores, sin perjuicio de que sean tratados otros puntos que hayan sido oportunamente incluidos en el orden del día. En la práctica, la junta trata sobre cuestiones que exceden dicho contenido mínimo, en función de propuestas planteadas en la propia junta⁵³⁰.

a. Consideración del informe del síndico o del interventor

De acuerdo con lo dispuesto en el n° 1 del art. 122 de la LC, la junta de acreedores debe considerar necesariamente el informe del síndico o del interventor. El informe a que se refiere ese numeral es el que se encuentra referido en los arts. 123 y 124.

En general, la consideración del informe del síndico o del interventor se limita a una lectura por éstos del informe presentado en autos. En ocasiones, el síndico o el interventor hacen un resumen del informe o ni siquiera se lee el informe, puesto que los acreedores tuvieron oportunidad de acceder a él durante el período en que estuvo de manifiesto.

Alguna doctrina observa que, puesto que en el informe el síndico o el interventor se deben manifestar sobre la forma más conveniente de liquidación de la masa activa, para el caso de que no se apruebe un convenio, ni se logre realizar la venta en bloque de la empresa en funcionamiento, la junta debe resolver sobre esta cuestión⁵³¹.

El informe debe tener el contenido enunciado en el art. 123:

* Memoria explicativa de la historia económica y jurídica del deudor

En el primer punto de su informe, el síndico o el interventor deberán presentar una memoria explicativa que necesariamente se ha de referir a tres cuestiones: a la historia económica y jurídica del deudor; a la actividad o actividades a que se dedica o hubiera dedicado, y las oficinas, establecimientos y explotaciones de que fuera titular; y a las causas del estado en que se encuentra.

Una *memoria* es una exposición de hechos, datos o motivos referentes a determinado

530 MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 216.

531 RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6 (2009), p. 126.

asunto. El adjetivo *explicativa* apunta a destacar que la exposición debe ser aclaratoria de lo que se expone y no una mera enumeración de hechos, datos y motivos.

Suponemos que con la expresión *historia* el legislador pretende que se realice una narración de los acontecimientos pasados y dignos de memoria del deudor. Esa narración debe estar relacionada tanto con la evolución patrimonial del deudor, como con la constitución y modificaciones del estatuto del deudor – si se tratare de una persona jurídica – como de los diversos juicios que haya promovido o que se hayan promovido contra el deudor.

En cuanto a la exposición de la actividad o actividades a que se dedica o hubiera dedicado el deudor, no hay dificultad interpretativa alguna.

Luego, la referencia a oficinas, establecimientos y explotaciones de que fuera titular, constituye una enumeración bastante heterogénea, que no siempre tiene una definición jurídica. La palabra *oficina* es un término del lenguaje común, que alude al local donde el deudor desarrolla su actividad. También la palabra *explotación* es un término extra jurídico, que suele referir al conjunto de elementos dedicados a una industria. Ya la palabra establecimiento tiene significado jurídico: el establecimiento comercial es un bien complejo, destinado al desarrollo de una actividad comercial o industrial⁵³².

*** Estado de la contabilidad del deudor**

En el segundo punto del informe, el síndico o el interventor debe referirse al estado de la contabilidad del deudor, con expresión de las infracciones legales y reglamentarias en que hubiera incurrido.

Se denomina *contabilidad* al sistema de registración, en forma cifrada, de la composición del patrimonio de un sujeto en un momento dado y su evolución en función de la explotación de una actividad comercial⁵³³.

La contabilidad se encuentra sometida a una técnica o conjunto de reglas que tienen como finalidad asegurar su corrección y verosimilitud. Esa técnica es la teneduría de libros⁵³⁴.

La teneduría de libros se califica como *regular* cuando se ha dado cumplimiento a los requisitos legales y reglamentarios que se refieren a todos los libros en general y conciernen ya a su aspecto exterior o su contenido interior (formalidades extrínsecas e intrínsecas) y requisitos que se refieren a cada uno de los libros en particular. En general, las formalidades tienen como finalidad evitar el falseamiento de las constancias de los libros, impidiendo agregados y sustituciones y con ello se garantiza la verosimilitud de los libros de comercio.

La contabilidad es impuesta por la Ley en interés no sólo del comerciante sino,

532 RODRÍGUEZ OLIVERA Y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 1: *Parte general*, t. 3: *Establecimiento comercial, propiedad industrial* (2005), p. 67.

533 RODRÍGUEZ OLIVERA Y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 1: *Parte general*, t. 2: *Comerciante y auxiliares* (2004), p. 123; ROSENDORFF, *Contabilidad general, tomo teórico* (2008), p. 10.

534 ROSENDORFF, id. *ibid.*

también, de los terceros que contratan con él y del Estado. Ello justifica los requisitos y formalidades que se imponen para la teneduría regular⁵³⁵.

Están obligados a llevar contabilidad en forma regular los comerciantes, tanto los individuales como las personas jurídicas comerciantes, sean sociedades comerciales o cooperativas⁵³⁶. También, tienen obligación de llevar libros, ciertos agentes auxiliares del comercio, como los corredores, rematadores transportistas, barraqueros y despachantes de aduanas⁵³⁷.

*** Memoria de la tramitación del concurso de acreedores**

La memoria de la tramitación del concurso de acreedores, debe expresar las principales resoluciones y actuaciones realizadas por el síndico o el interventor.

*** Relación de los bienes y derechos que deban ser objeto de reintegración**

En caso de que, en el momento de la declaración de concurso, el activo fuera inferior al pasivo, el informe contendrá la relación de los bienes y derechos que deban ser objeto de reintegración a la masa activa, con expresión de la causa y de la persona o personas a las que afecte o pueda afectar la revocación. Si ya se hubiesen ejercitado acciones de integración de la masa activa, así se indicará expresamente.

*** Forma más conveniente de proceder a la liquidación de la masa activa**

La forma más conveniente de proceder a la liquidación de la masa activa, para el caso de que no se apruebe un convenio entre el deudor y sus acreedores ni se logre realizar la venta en bloque de la empresa en funcionamiento.

*** Tasación a valor de liquidación de la empresa en partes**

En el n° 6 del art. 123 de la LC se establece que el informe del síndico o del interventor deberá contener una «*tasación a valor de liquidación de la empresa en partes*». Parece evidente que se trata de una previsión que parte de dos presupuestos: que no será viable la venta en bloque de la empresa en funcionamiento (art. 171 LC) y que existen diversas unidades productivas susceptibles de ser enajenadas «*como un todo*» (art. 174, n° 1, LC). Liquidar «*la empresa en partes*» no es asimilable a la realización aislada de los elementos que componen la masa activa.

El numeral en análisis impone, también, que la tasación sea realizada por el síndico con el asesoramiento de un experto independiente, aprobado por el juez del concurso, «*a su costo*». Es dudosa la referencia a quién debe soportar el costo de esta tasación. Entendemos que la norma pretende establecer que el costo de la tasación será costeadada por el concurso, en el sentido de que se tratará de un crédito contra la masa.

535 RODRÍGUEZ OLIVERA Y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 1: *Parte general*, t. 2: *Comerciante y auxiliares*, p. 124.

536 RIPPE KÁISER, «Los libros de comercio en la legislación social y procesal», *Revista Judicatura*, n° 34 (1992), p. 76.

537 RODRÍGUEZ OLIVERA Y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 136-138.

La tasación deberá expresarse en unidades indexadas.

*** Valoración de la masa activa**

A pesar de que no se encuentre expresamente incluido en el contenido que exige el art. 123, entendemos que la junta de acreedores debe resolver si aprueba o no el valor de la masa activa que resulte del informe presentado por el síndico o el interventor. Así lo dispone expresamente el art. 5 del Decreto 180/2009, a los efectos de que sirva como base para el cálculo de los honorarios del síndico o el interventor. Si no hay resolución sobre este punto, el juez deberá aplicar el arancel sobre el valor de la masa activa que figure en el inventario presentado por el deudor.

b. Consideración de la propuesta de convenio

En el n° 2 del art. 122 de la LC se incluye como punto del orden del día de consideración necesaria, la propuesta de convenio, si se hubiera presentado. Esta propuesta es la referida en el art. 138, que debe presentarse con una anticipación de sesenta días a la fecha de la reunión de la junta o de cinco días en el caso de pequeños concursos (art. 237).

c. Nombramiento de la comisión de acreedores

En el n° 3 del art. 122 de la LC se establece que la junta de acreedores necesariamente deberá considerar el nombramiento de la comisión de acreedores. Pese a que el tratamiento de este punto es preceptivo, el nombramiento de una comisión de acreedor*es no lo es, puesto que el art. 130 se refiere a dicho nombramiento como una mera facultad de la junta.

2. Otras cuestiones que se pueden tratar en la junta

a. Cese o clausura de la actividad

El art. 44 de la LC establece que, en cualquier momento durante el concurso, de oficio o a solicitud del deudor, el síndico o el interventor, o de los acreedores, podrá declararse el cese o clausura de la actividad. Puede suceder – y hay precedentes de esto⁵³⁸ – que el cese o la clausura sean considerados y resueltos favorablemente por los acreedores en la junta. Naturalmente, la resolución de la junta no basta para determinar el cese o clausura, porque se requiere la resolución judicial; pero ésta puede dictarse en oportunidad de la propia junta.

538 SJLC de 1^{er} t. 742 de 24/4/2014 (RODRÍGUEZ MASCARDI).

b. Denuncia de infracciones en la constitución o en la celebración de la junta

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 152 de la LC, para que un acreedor pueda oponerse a la aprobación judicial del convenio por infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta, es necesario que haya denunciado la infracción durante la junta o en el momento en que se hubiere producido.

No se trata, entonces, estrictamente de una competencia de la junta de acreedores el resolver respecto de la existencia o no de la infracción referida, pero sí es una cuestión que puede plantear cualquier acreedor privado ilegítimamente del derecho de voto o que haya votado en contra de la propuesta de convenio.

c. Solicitud de liquidación de la masa activa

En la junta los acreedores pueden solicitar que se proceda a la liquidación definitiva de la masa activa, prevista en el art. 168. Esta solicitud la pueden adoptar, también, fuera de la junta, los acreedores que posean la mayoría de los créditos quirografarios.

B. Adopción de resoluciones

1. Mayorías

a. Acreedores que deben ser considerados para el cómputo

El art. 125 impone que se considere el voto de los acreedores quirografarios que representen una determinada porción del pasivo del deudor con derecho a voto. La LC no establece quiénes tienen derecho a voto sino quiénes no lo tienen.

No tienen derecho a voto los acreedores referidos en el art. 126. Los acreedores privilegiados, estrictamente, tienen derecho a votar pero, si lo hacen, se entiende que renuncian a su privilegio, transformándose en quirografarios (art. 127).

Ahora bien ¿pueden votar los acreedores que no han sido verificados? Entendemos que no. En nuestra opinión, sólo pueden votar aquellos acreedores que, háyanse presentado o no a insinuar sus créditos, figuren en la nómina de acreedores a que se refiere el art. 101, aprobada por el juez⁵³⁹.

Esto es así, en primer lugar, porque el art. 118 de la LC establece: «*Todos los acreedores concursales cuyos créditos hubiesen sido verificados tendrán derecho de asistencia a la Junta.*» Si los acreedores no verificados no pueden asistir a la junta, mucho menos pueden votar en ella.

En segundo lugar, según surge de lo dispuesto en el § 2 del art. 125, que luego comentaremos, la votación se realiza en el orden que los acreedores aparecen en la lista aprobada por el juez. Esa lista no es otra que la resultante de la verificación preliminar que realiza el síndico o el interventor.

b. Mayoría necesaria para la adopción de resoluciones

Los votos a favor de la decisión de que se trate, deben representar una porción del

539 FERRER MONTENEGRO, «Verificación de créditos. El problema de la causa», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, p. 515 (2010).

pasivo del deudor con derecho a voto superior a la que vote en contra. Adicionalmente, los votos favorables deben representar, como mínimo, la cuarta parte del pasivo quirografario del deudor, deducida la parte correspondiente a los acreedores sin derecho de voto.

2. Votación

En el § 2 del art. 125 se establece que la votación se debe realizar en el orden en que los acreedores figuren en la lista aprobada por el juez. La lista a la que se refiere esta norma, tiene que ser la que el art. 101 le impone presentar al síndico o al interventor. En ella, se debe establecer una nómina de los acreedores que formen la masa pasiva, hayan solicitado o no la verificación de sus créditos, ordenados por orden alfabético.

Sin no existieren impugnaciones dentro del plazo legal, el juez debe aprobar la lista. Si la lista fue impugnada, el juez debe dictar sentencia aprobando la lista de acreedores o introduciendo las modificaciones motivadas por las impugnaciones (art. 105).

3. Impugnación y recursos

En el § 3 del art. 125 se establece que las decisiones de la junta de acreedores no son impugnables, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir la decisión judicial que las homologue.

No queda claro cómo coordinar la terminante disposición respecto a la imposibilidad de impugnar las decisiones de la junta, con la posibilidad de recurrir la decisión judicial que las homologue considerando, además, la posibilidad de invalidar las decisiones de la junta de acreedores que podría promover el acreedor excluido en las condiciones del art. 107⁵⁴⁰.

CREIMER BAJUK interpreta que la resolución del juez sólo podría ser recurrida si éste incumple alguna formalidad o si resuelve en sentido contrario a lo que se decidió en la junta de acreedores, ya que las decisiones de ésta no son impugnables⁵⁴¹. No tenemos el honor de compartir esa opinión. La junta de acreedores se encuentra sometida a un régimen estricto en cuanto a su constitución, funcionamiento y ámbito de atribuciones. Al juez, al homologar las decisiones de la junta, le corresponde resolver respecto a si ésta se sometió a Derecho en los aspectos referidos. Si no lo hizo e igualmente se homologan sus decisiones, la decisión judicial es recurrible.

Así, también, si en virtud de la resolución de los recursos interpuestos contra la aprobación judicial de la lista de acreedores resulta que el voto del acreedor excluido, reducido en la cuantía de su crédito o calificado como subordinado hubiera sido esencial para la adopción del acuerdo, dentro del mes siguiente de que la sentencia haya quedado firme, el acreedor impugnante puede comparecer ante el juez del concurso a manifestar su disconformidad con el acuerdo adoptado en la junta de acreedores. En ese caso, las decisiones de la junta de acreedores quedarán invalidadas.

La LC no establece qué consecuencias se derivarían de la nulidad de lo resuelto en la junta. ¿Debiera celebrarse una nueva junta? Si así fuera ¿en qué plazo y con qué orden del día?

540 Lo dispuesto en el § 3 del art. 125 no tiene su fuente ni en la LCE, ni en la PALC; no hay allí nada ni siquiera parecido. A su vez, el art. 107 fue copiado del art. 121 de la PALC, pero fue descartado de la LCE, donde no aparece nada parecido.

541 CREIMER BAJUK, *Concursos, Ley n° 18.387 de 23 de octubre de 2008* (2009), p. 74.

Pareciera que si en la junta de acreedores se hubiera aprobado una propuesta de convenio, la disconformidad del acreedor impugnante podría interpretarse como un voto contrario al convenio. Si así fuera, el juez debiera declarar la liquidación. Asimismo, podría suceder que en la junta se hubieran rechazado todas las propuestas de convenio presentadas por el concursado. En ese caso, la disconformidad del impugnante podría consistir en una intención de acompañar alguna de las propuestas. Por lo tanto, sería necesario celebrar una nueva junta.

Del mismo modo, si el concursado hubiera presentado más de una propuesta de convenio, de la disconformidad del acreedor impugnante no puede deducirse que no hubiera dado su conformidad a la aprobación de una propuesta diferente a la aprobada. En este caso, también, a pesar de no estar previsto en la LC, debiera celebrarse una nueva junta de acreedores.

CAPÍTULO OCTAVO: COMISIÓN DE ACREEDORES

Por Carina SOFFER

La comisión de acreedores es un órgano de existencia facultativa. Su existencia depende de lo que resuelva la junta de acreedores, que podrá nombrar una comisión o no, ajustándose a las mayorías referidas en el art. 131 de la LC.

Cabe aclarar que se podrá nombrar dicha comisión tanto en el concurso voluntario, como en el concurso necesario y el pequeño concurso.

I. Constitución de la comisión de acreedores

A. Oportunidad

La comisión de acreedores puede constituirse una vez que los acreedores crean que la propuesta concursal es viable de ser cumplida, teniendo en cuenta entre otras cosas la posibilidad real y práctica de cumplimiento de la propuesta y los antecedentes del gestionante. Concretamente, la constitución de la comisión de acreedores puede tener lugar en dos oportunidades: en la junta de acreedores (art. 130) o en cualquier estado de los procedimientos, en una audiencia o mediante acta notarial, por decisión de acreedores quirografarios con derecho a voto que representen por lo menos la mayoría del pasivo quirografario con derecho a voto (art. 50 LC).

Advertimos que, pese al tenor literal del art. 50, los acreedores encontrarán dificultades para designar una comisión de acreedores «...*en cualquier estado de los procedimientos...*», puesto que la LC exige que quienes realicen la designación sean acreedores quirografarios con derecho de voto y para lograr ese derecho a voto es necesario que se haya llegado en el proceso concursal, por lo menos, a la etapa de la verificación de los créditos. En este sentido, recién se podría designar una comisión una vez culminada la verificación.

MARTINEZ BLANCO, no obstante, entiende: «*que no sería necesario esperar a la verificación porque si no se desvirtuaría la posibilidad de hacerlo “en cualquier estado de los procedimientos”*». Según este autor, «*Debe si afrontarse la posibilidad de cuestionar a los acreedores presentes porque no tengan derecho a voto, pero ese es un contralor “ex post facto” que no requiere la finalización del proceso de verificación, para saber si se tiene o*

no Derecho a voto»⁵⁴².

B. Integración de la comisión

RODRÍGUEZ MASCARDI considera que la LC no limita el tipo de acreedor que puede ser elegido para integrar la comisión. Pueden ser elegidos acreedores con derecho a voto, acreedores privilegiados, acreedores sin Derecho a voto. Es muy conveniente que sea elegido un acreedor hipotecario, porque quien tiene la hipoteca sobre el inmueble puede decidir sobre el destino de la empresa. Si el acreedor hipotecario resuelve rematar el establecimiento comercial, pocos frutos se van a obtener al continuar el proceso. También, puede ser conveniente elegir un acreedor laboral ya que de poco van a servir los convenios, si los acreedores laborales no están dispuestos a seguir trabajando y en lugar de ello resuelven ocupar o hacer paros. Quizás incluso les interese que no prospere la propuesta de convenio del deudor ya que pretenden adquirir el establecimiento comercial a través de una cooperativa. También, sería conveniente que participe un proveedor que represente a todos los proveedores de ese deudor⁵⁴³.

MARTÍNEZ BLANCO, también, entiende que dada la incidencia de los pasivos privilegiados, de nada sirve que el acuerdo sea respaldado por las mayorías legales de los acreedores quirografarios, si otros acreedores han adelantado que ejercerán sus privilegios sin tomar en cuenta los tiempos fijados en la solución concursal. La LC no previó que puedan ser designados otros tipos de interesados en el concurso, pero tampoco lo prohíbe⁵⁴⁴.

C. Elección de los miembros de la comisión de acreedores

En el régimen anterior la comisión podía ser integrada por hasta cinco miembros, mientras que en el nuevo régimen se integrará por tres miembros titulares y tres suplentes, sin especificar qué tipo de acreedores pueden integrarla.

Es el actual régimen cada acreedor puede asignar parte de su crédito a uno o más candidatos, en este sentido el crédito de cada acreedor es divisible. Es decir, si tengo un crédito de \$ 100 puedo asignar la mitad para votar un candidato y la otra mitad para votar a otro⁵⁴⁵.

D. Aceptación

El art. 133 de la LC regula la aceptación de los cargos para participar de la comisión de acreedores, de personas que fueron elegidas para integrar la misma pero dichas personas no se encontraban presentes en el acto judicial o extrajudicial para el que fueron elegidas. Las

542 MARTINEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal* (2012), p. 224.

543 CARRAU, «Junta de Acreedores», in: RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal* (2010), p. 199.

544 MARTINEZ BLANCO, op. cit., p. 226.

545 CARRAU, op. cit., p. 199.

mismas contarán con un plazo de 24 hs. para expresar si aceptan o no el cargo. Si no se manifiestan al respecto, se presumirá su aceptación.

Cuando los titulares rechazan el cargo se convocara a los suplentes de acuerdo a los votos que hubieran obtenido.

II. Funcionamiento de la comisión de acreedores

Los cometidos de la comisión de acreedores no están previstos en la LC. La LC establece en el art. 50 simplemente que la comisión deberá controlar el desarrollo de los procedimientos, y colaborar en la búsqueda de soluciones a la situación de insolvencia del deudor. Y en el art. 136 dispone: «*que tendrá los cometidos que le asigne la presente ley*». En el inciso final del art. 50 de la LC los cometidos que allí se establecen se resumen en dos funciones principales de la comisión uno es el de control y el otro de asesoramiento⁵⁴⁶.

La función de control se constata a través de múltiples oportunidades en que la LC asigna a la comisión la posibilidad de exigir al síndico o al interventor rendición de cuentas de su tarea (arts. 38, 39 y 40 LC).

Con respecto a la función de asesoramiento considera MARTINEZ BLANCO que en todos aquellos casos en que estas comisiones están en funcionamiento se constata que tanto los tribunales como los propios acreedores depositan una alta dosis de confianza en sus afirmaciones, al considerarlas en contacto directo con el deudor y su problemática. Sus sugerencias son en gran número aceptadas por la masa acreedora, posibilitando que en trámites concursales con decenas o centena de acreedores, un grupo limitado de ellos, representativo de los intereses comunes, conozca en profundidad el tema e ilustre a los restantes acreedores, al tribunal o a los órganos del concurso (interventor o síndico)⁵⁴⁷.

Otra función que tiene la comisión es que la misma es el órgano a través del cual se expresa la voluntad mayoritaria de los acreedores y es el encargado de negociar con el deudor y elaborar la solución a la crisis planteada. Con esto lo que se pretende evitar son las promesas por parte del concursado violatoria de la *par conditio creditorum*, que generalmente se dan en el ámbito de las negociaciones íntimas, prometiéndole al acreedor cómplice tratamiento diferenciales más favorables. Otros arts. de la LC que hacen referencia a la función de contralor de la comisión son: arts. 38 y 39 que establecen que la comisión le puede exigir al síndico o interventor rendición de cuentas. El art. 40 dispone que la comisión de acreedores, también, puede formular observaciones a las cuentas presentadas por el síndico o interventor.

III. Estatuto de los miembros de la comisión

A. Carácter gratuito del cargo

De acuerdo con lo que expresamente establece el art. 134 de la LC, los integrantes de la comisión de acreedores no pueden cobrar remuneración alguna por el desempeño del cargo.

Muchas veces los acreedores son renuentes a aceptar el cargo, porque el mismo les

546 CARRAU, id. *ibid.*

547 MARTINEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 228.

implica tiempo y un gran compromiso de trabajo para esta causa que además es honorario (se mantiene de la anterior legislación). El único cambio al respecto que agrega la nueva legislación fue que se le reembolsarán los gastos a los acreedores que acepten. No se establece en la LC con cargo a qué, pero se supone que como son un gasto del concurso, son un crédito contra la masa de los que establece el art. 91⁵⁴⁸.

Entiende MARTÍNEZ BLANCO que el alcance del reembolso de los gastos en que incurran no está determinado, así como tampoco quién afrontará los mismos y por qué concepto. Se podría suponer que se trata de un crédito contra la masa del art. 91⁵⁴⁹.

B. Separación de los miembros de la comisión de acreedores

En este art. 137 se desarrolla las diferentes situaciones que deben darse para que sean separados del cargo los miembros de la comisión de acreedores. Lo primero que expresa el legislador es, que para ser separado del cargo a cualquier integrante de la comisión, basta con que exista *justa causa*. No está definido en la norma cuál es el significado o alcance de esa *justa causa*. La doctrina entiende que podría ser que los integrantes de la comisión asuman comportamientos tendientes a obtener un tratamiento preferencial, hipótesis de colusión entre el interés de los acreedores y el deudor, conductas de competencia desleal, utilización espuria de información proveniente de la concursada. En caso que se configure la *justa causa* el Juez podrá actuar de oficio o a petición de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración del concurso, del síndico o del interventor y separar del cargo a los miembros de la comisión de acreedores⁵⁵⁰.

CAPÍTULO NOVENO: CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

Por Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

Se denomina *calificación del concurso* a un procedimiento incidental de existencia eventual, al que se da inicio en determinados casos previstos por la LC, a los efectos de juzgar la conducta del deudor o, en el caso de personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores. Como resultado de este incidente, el concurso se calificará como culpable o fortuito.

La LC establece cuándo el concurso es culpable, en función de ciertos hechos o

548 CARRAU, id., p. 200.

549 MARTINEZ BLANCO, id. *ibid.*

550 MARTINEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 227

conductas del deudor, cometidos a título de dolo o culpa grave, sobre la producción o la agravación de la insolvencia. En todos los demás casos, el concurso se debe calificar como *fortuito*. Será fortuito el concurso, por ejemplo, cuando la situación de insolvencia haya tenido su origen en un incendio o la liquidación de un banco donde el comerciante tenía sus depósitos⁵⁵¹.

I. El incidente de calificación

El incidente de calificación se forma en varias hipótesis en que la solución concursal resulta especialmente gravosa para los acreedores⁵⁵², siempre y cuando la masa activa sea insuficiente para atender los costes del proceso concursal.

La finalidad del incidente es la de calificar el concurso como fortuito o culpable y en este último supuesto determinar las personas afectadas por la calificación y, en su caso, cómplices, estableciendo una serie de pronunciamientos sobre los efectos personales y patrimoniales que la declaración culpable del concurso conlleva.

A. Apertura del incidente de calificación

1. Casos en que procede la apertura del incidente

La solución de principio que provee la LC es que el incidente de calificación debe tramitarse toda vez que se decreta la liquidación o que se apruebe un convenio. De acuerdo con lo que se establece en el § 1 del art. 196, el incidente de calificación se manda formar en la misma resolución por la que se aprueba el convenio o se ordena la liquidación.

En la práctica, no hemos visto que los jueces cumplan con lo dispuesto en la norma referida cuando se aprueba un convenio. En cambio, sí se manda formar el incidente de calificación cuando se ordena la liquidación de la masa activa⁵⁵³.

El incidente de calificación se tramita ante el juez concursal, aunque por expediente separado. Así corresponde, en función de lo dispuesto por el art. 318 del CGP, que establece: «*Corresponde tramitar por vía incidental, las cuestiones diferentes de la o las principales, dependientes en su formulación y ordenadas en su decisión a las mismas, siempre que no proceda, a su respecto, otro medio de tramitación.*»

551 RODRÍGUEZ OLIVERA, id. *ibid.*

552 BENAVIDES VELASCO y GUERRERO PALOMARES, «La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal...», *RDCP*, n° 13 (2010), p. 178.

553 Ver, por ejemplo, la sentencia que decretó la liquidación de la masa activa de Pluna SA: «*Atento a lo solicitado por la propia concursada Pluna S.A. corresponde de acuerdo a la Ley 18.387 entrar directamente en la fase de liquidación del concurso y a tales efectos, se Resuelve: Decrétase la liquidación de la masa activa de Pluna S.A. Continúe el síndico nombrado AUPE en sus funciones de acuerdo a lo dispuesto por el art. 169 Ley 18.387. Decrétase la disolución de Pluna S.A. y el cese de sus administradores (art. 169 nal. 3 Ley 18.387)... Fórmese pieza por separada de Verificación de créditos... Con testimonio de las actuaciones preceptuadas por la Ley 18387, fórmese pieza por separada de Calificación de Concurso que se pondrá al despacho...*
Dra. Teresita Rodríguez Mascardi - Juez Letrado.»

2. Casos en que no procede la apertura del incidente

La LC sólo admite que se omita la apertura del incidente de calificación, como excepción, cuando se verifican, acumulativamente, tres condiciones: que el concurso haya sido voluntario y que el convenio aprobado permita la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo que no supere los dos años; o que, en caso de liquidación, el activo del deudor sea suficiente para satisfacer su pasivo.

a. Concurso voluntario

En el régimen establecido por la LC, entonces, que el deudor solicite su concurso antes que lo haga cualquier acreedor (art. 11), es un requisito indispensable – aunque no único - para que éste pueda inhibir cualquier pronunciamiento calificativo del concurso y sus consecuencias: respecto al deudor y de los administradores e integrantes del órgano de control, en caso de que el deudor sea una persona jurídica, inhabilitaciones y responsabilidad concursal; respecto a los cómplices, pérdidas de derechos y condenas a reintegrar bienes y derechos, y a responder por los daños causados (art. 201).

Dicho de otra forma, si el concurso es necesario, el deudor no tiene manera de evitar la formación del incidente de calificación.

b. Aprobación de un convenio no gravoso o liquidación de una masa solvente

Luego, aun cuando haya promovido su propio concurso, el deudor que pretenda librarse de la calificación deberá pactar con sus acreedores un convenio sin quitas y con un plazo inferior a los dos años, o encontrarse en la rara hipótesis de que, procediendo la liquidación, su activo sea suficiente para satisfacer su pasivo.

Del mismo modo, dado que la LC exige que las condiciones se den acumulativamente, si el concurso fuese necesario, no hay convenio que pueda liberar al deudor del incidente de calificación, ni siquiera un convenio que supusiera la satisfacción íntegra de los créditos concursales, en un plazo menor a dos años.

Por último, corresponde advertir que, si en un concurso voluntario se aprueba un convenio en las condiciones antedichas y, luego, el convenio es incumplido por el deudor, el juez declarará la liquidación de la masa activa. Al hacerlo, deberá ordenar la formación del incidente de calificación, salvo que de lo actuado resulte que el activo del deudor es suficiente para satisfacer su pasivo.

B. Comparecencia de los interesados

1. Plazo

La LC establece un plazo de quince días para la comparecencia de interesados en denunciar los hechos que consideren relevantes para la calificación del concurso como culpable.

a. Cómputo del plazo

Se trata de días hábiles, que se cuentan «desde la publicación» de la resolución judicial que ordene la formación del incidente de calificación.

El art. 198 no aclara si el plazo debe contarse a partir de la primera de las publicaciones o de la última. Esta omisión del legislador ha sido suplida por la Ley 19.090 de 2013 que, en la nueva redacción que establece para el art. 89 del CGP dispone que la notificación se entenderá cumplida el día de la última publicación.

Entendemos que el cómputo comienza el día de esa última publicación, inclusive.

b. La publicación

La resolución a que se refiere el artículo en análisis es la que ordenan realizar los arts. 164 y 169 de la LC. Esto implica que el edicto debe contener una referencia expresa a la orden de formación del incidente de calificación.

La sentencia se publica en igual forma que la sentencia de declaración del concurso (art. 169), lo cual significa lo siguiente (art. 21):

- que la publicación será ordenada y tramitada directamente por el Juzgado, dentro de las veinticuatro horas de dictada la sentencia;
- que se publicará en el Diario Oficial, por el término de tres días;
- que el costo de la publicación tendrá la calidad de crédito de la masa, a menos que no existan recursos suficientes, en cuyo caso el juez ordenará la publicación sin costo.

2. Legitimación activa

Están legitimados para comparecer en esta instancia, cualquier acreedor o persona que acredite un interés legítimo.

En una interpretación estricta del texto legal, el *comparecer denunciando hechos* no convierte en parte a los acreedores. La falta de esa calidad pareciera confirmada en tanto del informe del síndico o el interventor, y del dictamen del Ministerio Público (MP) no se le da traslado a acreedores e interesados. El art. 199 de la LC es terminante en cuanto a que el emplazamiento está dirigido al deudor y a las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices.

No obstante, consideramos que la comparecencia de los acreedores no puede reducirse a la mera denuncia de hechos relevantes para la calificación culpable, sino que debe reconocerse que en mérito a esos hechos, disponen de la facultad de proponer dicha calificación, así como de las condenas que correspondan a Derecho y, especialmente, la condena a la cobertura del déficit concursal. Si, como reconoce la doctrina⁵⁵⁴, la finalidad esencial del concurso es, en la medida de lo posible, la de satisfacer el derecho de crédito de los acreedores, al juez le ha de bastar con la propuesta de calificación culpable y condena realizada por cualquier acreedor o persona que acredite un interés legítimo. Una interpretación contraria sería limitativa del derecho de los acreedores a una efectiva tutela jurisdiccional, fundada en disposiciones expresas que han sido establecidas por razones de interés general (art. 7 Constitución). Entendemos que corresponde una interpretación amplia que reconozca legitimación autónoma a los acreedores u otros interesados comparecientes, a pesar de no existir una norma que expresamente así lo disponga, en virtud del principio hermenéutico *pro actione*.

C. Informe del síndico o del interventor

El art. 198 de la LC establece que, dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los acreedores o cualquier otra persona que manifieste un interés legítimo, el síndico o el interventor presentará al juez un informe documentado sobre

554

MAMBRILLA RIVERA, «Formación y tramitación de la sección sexta (de calificación) en la nueva Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5 (2005), p. 4972.

los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. En su informe deben acreditar la configuración de los presupuestos para la calificación culpable, si entienden que la actuación de las personas afectadas por la calificación y las que hayan sido consideradas cómplices, han provocado o agravado la insolvencia, con dolo o culpa grave, o concurra alguno de los supuestos previstos en los arts. 193 y 194 de la LC.

1. Plazo

El síndico o el interventor cuentan con quince días para presentar su informe de calificación. Se trata de días hábiles, que se cuentan a partir del vencimiento del plazo, también, de quince días hábiles contados desde la publicación de la resolución judicial que ordene la formación del incidente de calificación, con que cuentan los acreedores o demás interesados, para denunciar los hechos que considere relevantes para la calificación del concurso como culpable (art. 197).

2. Requisitos y contenido del informe

a. Identificación de las personas afectadas por la calificación

Si se propone que el juez califique como culpable el concurso, la propuesta debe incluir dos menciones expresas: la identidad de las personas a las que debe afectar la calificación y la identidad de las personas a las que debe calificarse de cómplices, justificando la causa.

b. Exposición de los hechos relevantes para la calificación

De acuerdo con el tenor del art. 199, el informe del síndico o del interventor debe contener una exposición sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso y una propuesta de resolución.

Si el síndico o el interventor consideran que puede haber existido dolo o, al menos, culpa grave de la sociedad deudora y de sus administradores, de derecho y de hecho, en la producción o en la agravación de la insolvencia, deben exponer los hechos que configuren alguna de las presunciones de culpabilidad previstas en la LC (art. 193). Si consideran que existieron cómplices, deberán invocar los actos que configuran la cooperación con el deudor o, en el caso de personas jurídicas deudoras, con los administradores y liquidadores a la realización de cualquier acto que hubiera producido o agravado la insolvencia (art. 195).

No es imprescindible la invocación expresa del precepto que le da cobertura al informe (*iura novit curia*).

c. Prueba de los hechos invocados

El informe debe ser documentado. Esto estrictamente significa que el informe debe ser acompañado de pruebas documentales de las imputaciones que se realizan. La carga de la aportación de documentos no excluye la eficacia probatoria de los que ya constaran en otras secciones o piezas del concurso y que se hagan valer mediante remisión al contenido de los autos⁵⁵⁵.

No obstante, entendemos que la prueba respecto a los hechos en que se funda la calificación culpable o la complicidad puede surgir de cualquier otro de los medios de prueba admisibles en nuestro Derecho. Consideramos, entonces, que la exigencia de que el informe sea documentado debe interpretarse en sentido amplio, como alusiva a la necesidad de que el síndico o el interventor acrediten debidamente los hechos que invocan.

d. Propuesta de resolución

La propuesta de resolución puede ser de calificación del concurso como culpable o fortuito.

Según fuera expresado en una jornada académica por quien precede una de las Sedes concursales, sería necesario exigir a las partes que insten la calificación como culpable concreten no solamente cuáles serían las personas afectadas por la misma sino las consecuencias derivadas de tal calificación, y de manera específica qué efectos pueden deparar la calificación⁵⁵⁶. En este sentido, se alegó en una sentencia, que no correspondía hacer lugar a la condena al director por el total del déficit patrimonial, ya que no fue objeto del proceso⁵⁵⁷.

En nuestra opinión, no puede eludirse la aplicación *ex officio* del conjunto de efectos previstos en el art 201 de la LC, so pretexto de la omisión de la administración concursal.

555

SENÉS MOTILLA, «Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable, comentario STS 22.4.2010», *ADCo*, 2011-2, p. 319.

556

RODRÍGUEZ MASCARDI, «Análisis del año concursal 2012 y perspectivas para el 2013», *Jornadas organizadas por el Colegio de Síndicos e Interventores Concuriales*, 4/12/2012 (Colegio de Contadores, Economistas y Administradores del Uruguay).

Estrictamente, la LC no establece que el informe de la administración concursal deba contener una solicitud de condena específica, ni proponer la extensión y alcance de ésta. Al síndico o el interventor la legislación no el comete la presentación de una demanda incidental, sino de un informe, según surge del sentido literal de las disposiciones en análisis. Pretender que la presentación del síndico o el interventor constituya una demanda de condena, desvirtúa la función informativa que expresamente se les comete.

Por otra parte, el contenido de la sentencia de calificación surge en forma preceptiva de lo dispuesto en los artículos referidos. La extensión de la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación, el monto de los daños y perjuicios causados, así como la extensión de la condena a la cobertura del déficit, queda al arbitrio del juez concursal.

En este sentido, el TAC de 2° t. ha considerado que basta que se haya establecido el objeto del proceso en «*la procedencia o improcedencia del alcance subjetivo de la calificación culpable del concurso*», para que el Juez pueda condenar a la cobertura del déficit concursal. El alcance subjetivo de la calificación como culpable, según el criterio del TAC de 2° t., involucra la cobertura del total del déficit patrimonial. La condena a reintegrar el importe del déficit patrimonial, según el TAC, no es otra cosa que un efecto más de la declaración culpable del concurso. No sólo se trata de determinar a quién afecta la calificación culpable del concurso, sino en qué medida se determina esa afectación y esto último, también, debe entenderse como un alcance subjetivo de la calificación culpable del concurso⁵⁵⁸.

D. Dictamen del Ministerio Público

El art. 198 impone que se dé traslado al Ministerio Público (MP), a los efectos de que éste emita un dictamen sobre el informe del síndico o el interventor. En ese dictamen, también, debe concretarse qué personas considera el MP que deben ser afectadas por la calificación y las que hayan sido consideradas cómplices

1. Plazo

El dictamen del MP debe emitirse dentro del plazo de cinco días hábiles.

Como todos los plazos dispuestos en la LC, el término establecido para que el Ministerio Público dictaminase es perentorio e improrrogable (art. 253).

557

SJLC de 1^{er} t., n° 2097 de 4/11/2011 (RODRÍGUEZ MASCARDI). Esta sentencia fue revocada, en cuanto a este aspecto, por la STAC de 2° t., n° 182 de 8/8/2012.

558

STAC de 2° t., n° 182 de 8/8/2012.

2. Consecuencias de la omisión del Ministerio Público

Si el MP no emite el dictamen dentro del plazo que le otorga la LC, se entenderá que su dictamen es conforme con la propuesta de calificación.

El MP no puede eludir su deber de dictaminar dentro de escueto término legal, requiriendo ampliaciones o aclaraciones al síndico o al interventor, puesto que su plazo es, como todos los concursales, perentorio e improrrogable.

II. La calificación culpable

La LC establece cuándo el concurso es culpable, en función de ciertos hechos o conductas del deudor, cometidos a título de dolo o culpa grave, sobre la producción o la agravación de la insolvencia. En todos los demás casos, el concurso se debe calificar como *fortuito*. Será fortuito el concurso, por ejemplo, cuando la situación de insolvencia haya tenido su origen en un incendio o la liquidación de un banco donde el comerciante tenía sus depósitos⁵⁵⁹.

A. Regla general

Del art. 192 de la LC se desprende que, como regla general, un concurso debe ser calificado como culpable cuando concurren tres condiciones:

En primer lugar, deben existir actos u omisiones que hayan producido o agravado la insolvencia del deudor.

En segundo lugar, esos actos u omisiones deben ser imputables al deudor o, en caso de personas jurídicas, a sus administradores o sus liquidadores, de derecho o de hecho.

En tercer lugar, los actos u omisiones que produjeron o agravaron la insolvencia, les deben poder ser imputables a dichos sujetos en grado de culpa grave o dolo.

1. Producción o agravación de la insolvencia

La insolvencia del deudor es un presupuesto de la calificación culpable del concurso, pero no basta que el deudor sea insolvente para que se pueda calificar al concurso como culpable. Corresponde examinar si existieron actos u omisiones que tuvieran incidencia sobre la producción o el agravamiento de la insolvencia.

El art. 1 de la LC establece que se considera en estado de insolvencia al «*deudor que no puede cumplir con sus obligaciones*».

Es evidente que el concepto legal de insolvencia se aparta del concepto económico, contable o patrimonial, puesto que prioriza la consideración del incumplimiento, siéndole indiferente si ese incumplimiento obedece a una situación de insolvencia en sentido económico o de mera iliquidez⁵⁶⁰. El concepto legal tiene que ver con lo que los economistas denominan *insolvencia técnica* o *insolvencia en términos de bancarrota*, o con lo que se expresaba bastante mejor bajo nuestra legislación anterior como *cesación de pagos*.

La cesación de pagos, teóricamente, es aquel estado del deudor en el que se ve impedido de cumplir con sus obligaciones, sin duda la manifestación más característica de la insolvencia⁵⁶¹. Para algunos sería sinónimo de incumplimiento, para otros sería aquel estado patrimonial que el incumplimiento exterioriza y, según otros, se trataría de un estado patrimonial de impotencia frente al vencimiento de sus obligaciones, que se revela a través

559

RODRÍGUEZ OLIVERA, id. *ibid.*

de diversos hechos cuya enumeración taxativa es imposible, pero que tiene en común el denotar que el deudor se encuentra ante la imposibilidad de pagar⁵⁶².

Sea cual fuere la variante que se adopte, el incumplimiento está en la base de la definición de *cesación de pagos*. El incumplimiento es un hecho cuya determinación depende de los términos establecidos en la Ley o en el contrato. Se incumple con una obligación, cuando el deudor no realiza la prestación que constituye su contenido, en el momento y forma convenidos con el acreedor o determinados legalmente⁵⁶³. En determinadas condiciones, el incumplimiento tiene relevancia jurídica como uno de los hechos que habilitan la solicitud de concurso⁵⁶⁴.

El art. 1 de la LC no exige que se haya verificado, específicamente, el incumplimiento sino que se establezca judicialmente que el deudor se encuentra en un estado tal que «*no puede cumplir con sus obligaciones*». La determinación de si el deudor se encuentra o no en ese estado, es una cuestión de prueba.

2. Imputación al deudor o a los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada

La regla general del art. 192 impone que se acredite la imputabilidad del comportamiento activo o pasivo que produjo o agravó la insolvencia al deudor o, en el caso de que el deudor sea una persona jurídica, a sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

La relación de causalidad forma parte necesaria del supuesto de hecho que aparece considerado en cualquiera de los supuestos legales de culpa grave o dolo. No cualquier actuación dolosa o con culpa grave del concursado da lugar a esta responsabilidad, sino aquella que causa o, cuando menos, concurre en la causación de la insolvencia⁵⁶⁵.

Consecuentemente, la sentencia que califique al concurso como culpable, debe expresar la causa en que se fundamente la calificación (art. 201, n° 1, LC), a la que sea atribuible el resultado de la generación o agravamiento de la insolvencia. Esto significa que la generación o agravación de la insolvencia debe obedecer a una causa imputable a los sujetos afectados

560

ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación de concursal (el art. 172.3 de la Ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, dir. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (2003), p. 509; HEUER NOTAROBERTO y RODRÍGUEZ MASCARDI, *Las pericias en materia concursal* (2012), p. 58; HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos, Ley 18.387* (2009), p. 86; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo* (2009), p. 102.

561

BACIGALUPO SAGGESE, «*Insolvencia y Derecho Penal*», *RDCP*, n° 13, p. 128.

562

FERNÁNDEZ, *Fundamentos de la quiebra* (1937), pp. 244 y 245.

563

ROCCO, *Il fallimento, teoria generale e origine storica* (1962), § 2.

564

MEZZERA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 9.

354

por la calificación, siendo ello determinante, a su vez, de que los créditos de los acreedores resulten, en todo o en parte, fallidos tras la liquidación. En todos los demás casos, el concurso de debe calificar como *fortuito*⁵⁶⁶.

La imputación es a título individual, debiendo el juez verificar cuál ha sido la conducta seguida por cada uno de los administradores y, sobre esa base, justificar la particular condena o, en su caso, la absolución, de forma individualizada respecto de cada administrador⁵⁶⁷. Esto significa que, sin perjuicio de reconocer que los supuestos legales puedan determinar la calificación del concurso como culpable, para la atribución de responsabilidad, se debe acreditar que la conducta del administrador fue idónea para generar la insolvencia o para agravarla⁵⁶⁸.

Por otra parte, la responsabilidad que derive de esta atribución de culpabilidad, no tiene por qué jugar respecto de todos los administradores y liquidadores⁵⁶⁹. Al determinar responsabilidades se debe valorar la conducta del administrador y su participación en la generación o agravación de la insolvencia, de suerte que sólo si se prueba la existencia de relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio, será procedente la condena al administrador por el déficit concursal⁵⁷⁰.

565

BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes de los administradores en el concurso», *ADC*, n° 13 (2008), pp. 300 y 301; CÁMARA ÁGUILA, «Título VI. De la calificación del concurso. Disposiciones generales», *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 2, pp. 1750 y ss., coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2004), p. 1754; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2 (2004), p. 2526.

566

ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» (2003), pp. 532 y ss.

567

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», in: *Comentarios a la Ley Concursal*, pp. 701-721 (2004); GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación del concurso* (2004) p. 177; MORILLAS JARILLO, *El concurso de las sociedades* (2004), p. 387.

568

En este sentido, por ejemplo, la SAP de Barcelona, Sec. 15, revocó la sentencia de primera instancia condenatoria de los administradores (SJM 3 de Barcelona, de 31/3/2008) por considerar que un retraso de tres meses y medio en la solicitud de concurso, aunque pudiera fundar la calificación de concurso culpable, no fue una conducta idónea para generar la insolvencia ni para agravarla, en la medida en que los administradores, objetivada ya la situación de insolvencia determinante del concurso, no contrajeron ni generaron nuevas deudas en ese estado (SAP de Barcelona, Sec. 15, de 30/1/2009, *JUR* 173357).

569

ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso», *Comentarios a la legislación concursal* (2004), p. 1438; MORILLAS JARILLO, *El concurso de las sociedades* (2004), p. 387.

570

VILATA MENADAS, *Manual breve de Derecho concursal* (2008), p. 139.

355

3. Imputación en grado de dolo o culpa grave

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 192, para la calificación culpable del concurso se requiere que a los afectados por la sentencia les sea imputable la generación o el agravamiento de la insolvencia, en grado de culpa grave o dolo.

Además de que la sociedad sea insolvente y que esa insolvencia se deba a una acción u omisión imputable a los sujetos afectados por la calificación, se requiere un requisito adicional para que el concurso pueda ser calificado como culpable: el comportamiento imputado debe tener una carga de antijuridicidad elevada - ya que debe ser susceptible de imputación de dolo o culpa grave⁵⁷¹ - no bastando la imputación de culpa leve o negligencia⁵⁷².

Este requisito, en última instancia, se conecta con el deber genérico de diligencia de los administradores. Sin embargo, en la LSC, la responsabilidad por el incumplimiento de este deber se imputa, también, a título de culpa leve o falta de la diligencia de un buen hombre de negocios.

El mayor grado de culpabilidad exigido para imputar responsabilidad concursal a los administradores, ha sido visto como una incoherencia entre la legislación societaria y la concursal⁵⁷³. Por otra parte, pareciera preferible que la responsabilidad concursal se hubiera dispuesto por cualquier incumplimiento imputable a los administradores, con independencia del grado de culpa y permitir que fuera el juez quien graduase la responsabilidad, en función del grado de culpabilidad⁵⁷⁴.

B. Presunciones absolutas de culpabilidad

1. Naturaleza de los supuestos previstos en el art. 193

La LC pareciera haberse decantado por considerar a estos supuestos como presunciones, en la medida que los supuestos fueron incluidos en su art. 193, bajo el título «*presunciones absolutas de culpabilidad*»⁵⁷⁵. Si así fuera, se trataría de una norma dirigida a paliar las dificultades probatorias en cuanto a la culpabilidad del concurso, complementaria de la cláusula general prevista en el art. 192. Siendo así, concurriendo cualquiera de los supuestos previstos en el art. 193, sólo restaría acreditar que la producción o la agravación de la insolvencia obedecen a un acto u omisión imputable a los sujetos afectados por la calificación. Luego, la culpabilidad surge determinada en forma absoluta en virtud de la

571

La conducta dolosa requiere mala fe, malicia o voluntariedad respecto a la causación o agravamiento de la insolvencia. Mientras que la culpa grave conlleva la involuntariedad en la infracción de la regla de conducta, infracción de los más elementales o básicos deberes (SJM 5 de Madrid, de 14/1/2011, AC 2011\246).

572

SJM 5 de Madrid, de 14/1/2011 (AC 2011\246); SJM 1 de Alicante, de 13/1/2011 (AC 2011\37).

573

ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» (2003), pp. 532 y 538; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 713.

574

PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, «La responsabilidad concursal de los administradores», *Corporate governance conflicts and corporate insolvency* (2004), pp. 4 y 5.

acreditación de los supuestos previstos en el art. 193.

En sentido contrario, se ha advertido que la tipificación de los supuestos legales de culpabilidad, no sólo hace innecesaria la discusión respecto a la gravedad de la conducta, sino que resuelve el problema de la determinación de la relación de causalidad y su contribución al daño causado. Es el propio legislador quien determina la gravedad de la conducta y su carácter determinante de una calificación de culpabilidad, siempre que - según advierte la doctrina - los actos u omisiones se hayan verificado en condiciones ordinarias de imputabilidad⁵⁷⁶.

En apoyo de esta opinión, se puede aducir que en el acápite del art. 193 se establece que el concurso se calificará como culpable «*además*», en los casos que la ese artículo enumera. El «*además*» significa que los casos que a continuación se enumeran, se adicionan a la cláusula general incluida en el art. 192. De modo entonces que, dado el contenido imperativo del acápite y la expresión «*además*» que acabamos de destacar, los casos que se enumeran son supuestos legales típicos de culpabilidad del concurso que se agregan al supuesto previsto en el art. 192 y no presunciones absolutas, como pretende el *nomen iuris* del art. 193. Por lo tanto, una vez configurados los elementos que se describen en cada uno de los numerales del art. 193, el concurso debe calificarse como culpable, sin que sea relevante discernir si hubo dolo o culpa grave, ni siquiera si las acciones y omisiones allí previstas incidieron en la producción o en la agravación de la insolvencia.

Por consiguiente, cualquiera de las conductas descritas en el art. 193, determina irremediamente la calificación culpable para el concurso, sin que quepa exigir, además, los requisitos de dolo o culpa grave, ni siquiera que hubieran producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo⁵⁷⁷. Constatada la concurrencia de alguno de los supuestos legales, se desencadena inevitablemente la calificación del concurso como culpable. No cabe, en esos casos, la posibilidad de desvirtuar el carácter doloso o gravemente culposo de la actuación u omisión, ni debe exigirse prueba de la relación de causalidad entre ésta y la insolvencia de la sociedad⁵⁷⁸. Por el contrario, la verificación de uno cualquiera de los supuestos legales, abarcaría a todos los elementos exigidos para la declaración del concurso culpable y el pronunciamiento del juez debiera realizarse en forma

575

Así lo ha hecho la jurisprudencia uruguaya acompañada. La SJLC de 1^{er} t. n° 1311 de 30/8/2013 se ha explayado sobre la cuestión en los términos siguientes: «*Ante la dificultad de la prueba del concurso culpable y en particular del elemento subjetivo el legislador concursal optó por establecer un elenco de presunciones absolutas y relativas de dolo o culpa grave que pueden ser invocadas (...) El precitado artículo 193 de la Ley 18.387 permite presumir uno de los elementos de la calificación: la concurrencia de dolo o culpa grave no así el nexo causal que debe ser acreditado en cada caso.*»

576

BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...», pp. 300 y 301, FERRER BARRIENDOS, FERRER BARRIENDOS, «Comentario al art. 164 LC», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*, coord. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (2003).

577

SSTS n°s 255 de 26/4/2012 (*JUR* 2012\161790), 644 de 6/10/2011 (*RJ* 2012\1084) y 614 de 17/11/2011 (*RJ* 2012\3368).

578

SAP de Madrid, Sec. 28, de 17/9/2010 (*ADC*\2011-2, p. 393).

357

automática⁵⁷⁹.

No obstante, el análisis de cada una de las presunciones en particular demuestra que en todas ellas hay un margen de interpretación a cargo del juez, que le impone una cuidadosa valoración. Véase que, por ejemplo, en el caso del n° 1, no es el mero alzamiento del deudor, lo que provocará la calificación del concurso como culpable. Debe haberse causado un perjuicio a los acreedores. En la presunción contenida en el n° 2, el juez deberá evaluar el carácter manifiesto o no, del patrimonio del deudor, para realizar su actividad o – lo que es todavía mucho más difícil de calibrar - la adecuación o no de su patrimonio a la actividad empresarial a que se dedique. En el n° 3, se precisa una delicada valoración del juez, para determinar cuándo bienes o derechos del deudor, «*salieron indebidamente*» de su patrimonio. Sólo los n°s 4 y 5 dan poco margen a la apreciación judicial.

En nuestra opinión, en el art. 193 se establecen supuestos de culpabilidad que, llevan a considerar que la calificación no depende de que la conducta haya agravado o no la insolvencia, sino de la gravedad del incumplimiento de los deberes legales impuestos al administrador. Si bien en el § 2 del art. 192 de la LC, se establece una regla abierta de valoración de culpabilidad que liga el incumplimiento con la insolvencia, las presunciones contenidas en los arts. 193 y 194, constituyen tipos legales cerrados y específicos. Desgajar esos tipos específicos, para conectarlos con la regla abierta del art. 192, supone mezclar de forma indebida normas jurídicas que responden a principios diferentes: las conductas específicamente tipificadas suponen, por su propia esencia, la culpabilidad del concurso y no tienen por qué guardar relación con que el administrador haya agravado o no la insolvencia⁵⁸⁰.

2. Análisis de los presupuestos de culpabilidad

a. Alzamiento del deudor y salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor

* Alzamiento

No existe un concepto de alzamiento de bienes en la LC. La expresión *alzarse* constituye un arcaísmo que ha caído en desuso, referido a la ocultación del propio deudor y sus bienes, para eludir el pago de sus deudas, de modo de hacer ineficaces los medios que dispone la Ley para que los acreedores puedan satisfacer sus derechos de crédito⁵⁸¹. En el

579

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «El problema de la represión de la conducta del deudor común», *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, pp. 256 y 257.

580

Este razonamiento fue desarrollado por la jurisprudencia de la AP de Pontevedra, pero puede ser aplicable a la interpretación de la legislación uruguaya, puesto que es muy similar (SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, de 13/9/2010, *ADC* 2011-2, p. 392).

581

BACIGALUPO SAGGESE invoca una sentencia histórica del TS español, de 13/3/1882, que precisaba que «*deben estimarse que se alza con sus bienes conforme al sentido de esta palabra, no sólo el que se fuga con ellos, sino el que los oculta, enajena o sustrae fraudulentamente para hacer ineficaz la acción de sus acreedores*» (BACIGALUPO SAGGESE, «Insolvencia y Derecho Penal», *RDCP*, n° 13, p. 130). Ver, también, PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores* (2005), p. 402.

art. 1663 del CCom se lo definía en los términos siguientes: «*Hay alzamiento cuando un comerciante, sin dejar quien lo represente y cumpla sus obligaciones, se fuga u oculta sustrayendo el todo o parte de sus bienes.*»

El n° 1 del 193 de la LC establece que el concurso se calificará como culpable cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto de disposición patrimonial que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo, en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación. Corresponde advertir que, a pesar de que el alzamiento constituya una presunción absoluta de culpabilidad, no es el mero alzamiento del deudor, lo que provocará la calificación del concurso como culpable. Debe haberse causado un perjuicio a los acreedores.

En la jurisprudencia uruguaya se consideró que incurrió en alzamiento y, por lo tanto, se calificó al concurso como culpable, en un caso en que se constataron los hechos siguientes: el retiro de tres camiones del local de la concursada, mediante llaves apropiadas y rompiendo los candados colocados para su resguardo; el retiro de objetos muebles inventariados; el cobro de créditos por parte del administrador de la concursada⁵⁸².

*** Salida fraudulenta de bienes o derechos**

Constituye, también, una presunción absoluta de culpabilidad, la salida fraudulenta de bienes o derechos pertenecientes al patrimonio del deudor, durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Esta salida se suele operativizar a través de un negocio que simula una compraventa. La ausencia de precio o del pago del mismo, como contraprestación por la entrega del bien vendido, ha sido considerada como un indicio de simulación. La causa, además, es ilícita, pues la finalidad comercial es contraria a la Ley o a la moral, ya que su objetivo es extraer activos de la masa concursal, con desprecio de los derechos de los legítimos acreedores.

El negocio simulado dirigido a la salida de bienes o derechos de la masa concursal es nulo. No procede reducir la apreciación del fraude de acreedores al campo de la acción rescisoria, en cuanto ésta opera en el ámbito de los contratos válidos.

Se ha considerado configurada esta presunción, cuando el administrador extrae dinero de la sociedad para pagar una deuda de la cual él mismo es avalista. De no atender el pago de esa deuda, el administrador hubiese sido directo responsable frente al acreedor avalado, mientras que su derecho de reembolso frente a la sociedad concursada habría sido calificado como subordinado⁵⁸³.

El ocultamiento o ausencia del deudor o de los administradores es, también, uno de los hechos externos que legitiman al acreedor a solicitar el concurso, según establece el art. 5, n° 4, de la LC. El ocultamiento del activo configura el delito de fraude concursal (art. 248 LC) y el de insolvencia societaria fraudulenta (art. 5 Decreto Ley 14.095, de 17 de noviembre de 1972, de Ilícitos Económicos).

b. Incumplimiento o falsedad en la teneduría de libros

En el n° 4, del art. 193 de la LC establece que se configura una presunción absoluta de culpabilidad, cuando el deudor, estando legalmente obligado a ello, no hubiera llevado

582

STAC de 2° t., n° 182 de 8/8/2012.

583

SAP de León, Sec. 1ª, de 20/9/2010 (ADC 2011-2, p. 395).

contabilidad de ninguna clase o cuando hubiere llevado doble contabilidad o hubiere cometido falsedad en la contabilidad. Esta presunción encuentra su fundamento en que la existencia de irregularidades o incumplimientos sustanciales en la teneduría de libros, limita de forma ostensible la información precisa para conocer la situación patrimonial de la sociedad y provoca una imagen distorsionada de la misma. Las irregularidades son relevantes – se ha dicho – cuando limitan de forma ostensible la información precisa para conocer la situación patrimonial de la sociedad y para valorar el actuar del concursado⁵⁸⁴.

Están obligados llevar contabilidad en forma regular los comerciantes, tanto los individuales como las personas jurídicas comerciantes, sean sociedades comerciales o cooperativas⁵⁸⁵. También, tienen obligación de llevar libros, ciertos agentes auxiliares del comercio, como los corredores, rematadores transportistas, barraqueros y despachantes de aduanas. Por exigencias de la administración tributaria, la carga de llevar libros se extiende a *pequeños contribuyentes*, aunque no sean comerciantes⁵⁸⁶.

El art. 55 del CCom establece que los libros que los comerciantes deben tener indispensablemente, son los siguientes: libro diario, libro inventario y libro de correspondencia. A las sociedades comerciales se les aplica el estatuto del comerciante. Por lo tanto, para las sociedades comerciales los libros de contabilidad obligatorios son los mismos que para el comerciante individual y deben llevar libros en la forma dispuesta por el CCom. La LSC, en las normas de la Sección X sobre documentación y contabilidad, fundamentalmente, se refiere al inventario y al balance que se deben formular anualmente, conteniendo normas precisas sobre su contenido. Se establece que es obligación de los administradores de la sociedad, elaborar esos documentos, sin perjuicio de otros documentos que han de poner a consideración de los socios o accionistas de la sociedad.

La falta de uno de los libros obligatorios ha sido considerada por la jurisprudencia española como suficiente para entender concurrente la presunción absoluta en análisis⁵⁸⁷. Asimismo, esta jurisprudencia se reduce el alcance de la expresión a los actos u omisiones intencionados de los administradores, que obstaculicen a los terceros un correcto entendimiento de la situación financiera y patrimonial de la sociedad concursada. Siempre según la jurisprudencia referida, el hecho de que exista otro administrador no exime al afectado por la calificación de la obligación de llevar regularmente la contabilidad, ya que igualmente le incumbe el deber de subsanar la falta de aquél⁵⁸⁸.

La jurisprudencia uruguaya, por su parte, no ha dudado en calificar culpable un

584

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, p. 2527.

585

RIPPE KÁISER, «Los libros de comercio en la legislación social y procesal», *Revista Judicatura*, n° 34 (1992), p. 76.

586

MARTÍNEZ BLANCO, *Manual del nuevo Derecho Concursal* (2009), pp. 162 y 163.

587

SAP de León, Sec. 1ª, de 20/9/2010 (ADC 2011-2, p. 395).

588

SAP de Madrid, Sec. 28, de 10/9/2010 (AC 2011\2).

concurso una vez acreditado que la no cumplió con la teneduría regular de libros ni con las normas de contabilidad adecuadas. Se tuvo en especial consideración que la concursada se trataba de una sociedad anónima y, por consiguiente, particularmente reglada en cuanto a la forma de llevar su contabilidad⁵⁸⁹.

c. Otras presunciones absolutas

Además de la hipótesis de alzamiento, el concurso se calificará como culpable en cualquiera de los siguientes supuestos:

- cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores, los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado;
- cuando antes de la declaración del concurso de acreedores, hubieran salido indebidamente del patrimonio del deudor bienes o derechos;
- cuando el deudor hubiera cometido falsedad en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento.

En aplicación de la presunción referida en el literal A, en un caso muy reciente, bastó que en la memoria el deudor declarara que los fondos no resultaban suficientes para desplegar su giro comercial, para que el magistrado interviniente declarara la culpabilidad del concurso⁵⁹⁰. En otro caso, anterior, entre otras motivaciones, se calificó culpable al concurso al constatarse que no se realizaban los aportes para salir del estado de disolución que la sociedad presentaba⁵⁹¹.

En STAC de 2º t., de 8 de agosto de 2012, el concurso fue calificado culpable, entre otros motivos, por la sobrevaloración inicial de mercaderías en el estado de situación presentado por el deudor y por incluir en su pasivo cheques de favor e incluir al tenedor de dichos cheques en el listado de acreedores presentado al solicitar el concurso⁵⁹².

589

SJLC de 1º t. nº 1311 de 28/8/2013 (RODRÍGUEZ MASCARDI): «*En el ocurrente se trata de una sociedad anónima y por consiguiente estaba legalmente obligada a cumplir con las normas contables contenidas en la Ley 16.060 y decreto reglamentario por tratarse de un tipo societario cuya contabilidad aparece particularmente reglada. 5) De autos resulta acreditado la inexistencia de contabilidad, El síndico en su informe advierte la falta de libros y en definitiva a juicio de esta decisora resulta un hecho no controvertido que no se cumplía en la empresa con la teneduría regular de libros ni las normas de contabilidad adecuada a una sociedad anónima. Todo lo cual a juicio de esta decisora encuadran los hechos denunciados en la presunción absoluta establecida en el 193.4.*»

590

SJLC de 2º t., nº 818, de 6/6/2013 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

591

STAC de 2º t., nº 812, de 8/8/2012 (SOSA AGUIRRE, PÉREZ BRIGNANI, FRANÇA NEBOT (r.)).

592

STAC de 2º t., nº 182, de 8/8/2012.

361

C. Presunciones relativas de culpabilidad

El art. 194 establece una serie de presunciones *iuris tantum* de que concurre el dolo o culpa grave del deudor en la producción o empeoramiento de su estado de insolvencia, facilitando la calificación del concurso como culpable⁵⁹³, a saber: incumplir con el deber de solicitar el concurso, de colaborar en el desarrollo del procedimiento facilitando la información necesaria y asistiendo a la junta de acreedores, así como el incumplimiento de la carga de preparar los estados contables anuales⁵⁹⁴.

El juez debe apreciar las circunstancias de cada caso para determinar si el concurso es o no culpable, admitiéndose la prueba en contrario.

1. Alcance de las presunciones relativas

En la doctrina⁵⁹⁵ y jurisprudencia españolas⁵⁹⁶ - sobre la base de una disposición similar a la que estamos analizando - prevalece la opinión de que las presunciones relativas sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de los requisitos, que deben ser cumplidamente acreditados. Este criterio ha sido el seguido al menos por uno de los Juzgados Concursales nacionales. En una reciente sentencia uruguaya, se sustenta que en caso de presunciones relativas, debe surgir acreditado en autos que la insolvencia de la concursada no fue provocada o agravada por una conducta activa u omisiva de sus administradores, que se le sea imputable a título de dolo o culpa grave⁵⁹⁷.

En primer lugar, de acuerdo con esta posición, para la atribución de responsabilidad se debe acreditar que la conducta del administrador fue idónea para generar la insolvencia o

593

PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, op. cit., p. 3.

594

QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *RDCP*, n° 10 (2009), p. 27.

595

BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes de los administradores en el concurso», *ADCo*, n° 13, p. 299.

596

Originalmente esta posición fue sostenida por la Audiencia Provincial de Madrid: SSAP de Madrid, Sec. 28, de 10/9/2010 (*Prov* 2012\387162); de 5/2/2009 (*AC* 834; *ADCo*, n° 17, 2009, pp. 533 y ss.); de 18/11/2008 (*ADCo*, n° 17, 2009, pp. 547 y 548); de 24/9/2008 (*JUR* 95242; *ADCo* n° 14, 2008, pp. 502-508) y de 17/7/2008 (*JUR* 290874). Luego, fue seguida por diversos Juzgados en lo Mercantil: SJM 1 de Alicante, de 11/3/2011 (*JUR* 2011\103109); SSJM 1 de Valencia de 30/4/2008 (*JUR* 2008\357157) y de 28/9/2007 (*TOL* 1290089); SSJM 3 de Pontevedra, de 17/7/ 2008 (*Prov* 2008\290874), de 5/2/2008 (*AC* 2008\834) y de 24/9/2007 (*Prov* 2008\95242). Este criterio jurisprudencial ha sido respaldado por la sentencia de la Sala Primera del TS, de 17 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012\3367).

597

SJLC de 1^{er} t. n° 1311 de 28/8/2013 (RODRÍGUEZ MASCARDI): «A los efectos de calificar el concurso en caso de presunciones relativas no solo debe destruirse por parte de la concursada la presunción de culpabilidad que pesa en su contra sino que debe surgir acreditado en autos que la insolvencia en que se encuentra la concursada no fue provocada o agravada por una conducta activa u omisiva de sus directores que le sea imputable a título de dolo o culpa grave concurriendo así el oportuno nexo causal entre la conducta del director y el resultado.»

para agravarla. La acreditación de la generación o agravación de la insolvencia se considera un presupuesto de la responsabilidad, sobre el que no operan las presunciones legales. En segundo lugar, debe acreditarse la relación causal con el comportamiento del sujeto pasivo, pues tales extremos no derivarían de la presunción *iuris tantum* que nos ocupa⁵⁹⁸.

Como es evidente, la posición reseñada desdibuja la eficacia de las presunciones previstas en el art. 165 de la LCE, pues mantiene la exigencia de una muy difícil carga probatoria para que se pueda alcanzar una calificación culpable. En la posición opuesta – que compartimos – la AP de Barcelona ha considerado que la mera realización de las conductas descritas como presunciones relativas permite calificar culpable al concurso, no siendo necesario que acredite que hayan generado o agravado la insolvencia. La calificación culpable del concurso, en esta posición, sólo es posible eludirla, acreditando que no existió dolo o culpa grave, cuestión que no es sencilla, puesto que el tipo de conducta prevista en las normas en análisis supone un incumplimiento de deberes legales básicos de cualquier administrador. De modo que, en esta posición, la exculpación habrá de requerir la acreditación de un accidente, enfermedad grave o imposibilidad física, que puedan justificar el incumplimiento⁵⁹⁹.

2. Análisis particular de las presunciones

a. Incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso

* Sujeto pasivo del deber de solicitar la declaración de concurso

Según establece el art. 6 en su n° 1, el propio deudor tiene legitimación para solicitar la declaración de concurso. La solicitud por el propio deudor es especialmente relevante para éste, puesto que es un extremo indispensable – aunque no suficiente – para que el concurso sea considerado «voluntario»⁶⁰⁰.

Si el deudor fuere una persona jurídica, la solicitud debe ser realizada por sus órganos con facultades de representación o por apoderado con facultades expresas. No obstante, la determinación de cuál es el órgano competente en una persona jurídica, para resolver la presentación de una solicitud de concurso, debe ser realizada dentro del ámbito regulatorio propio de la persona jurídica de que se trate, con independencia de la consideración de cuál es el órgano con competencia para representar a la persona jurídica frente a terceros, así como eventuales deberes que la legislación haga recaer directa e individualmente sobre la persona de los administradores.

Desde esta perspectiva, entendemos que la competencia para resolver solicitar el concurso no le corresponde al órgano de administración, por cuanto no se trata de un acto de gestión ordinaria. Este tipo de resoluciones debe ser tomado por los socios, pues afecta

598

SAP de Madrid, Sec. 28, de 17/9/2010 (*ADCo* 2011-2, p. 393); SAP de Córdoba, de 28/3/2008 (*JUR* 2008\216841); SAP de Jaén, de 10/3/2008 (*JUR* 2008\227040); SJM 1 de Alicante de 11/3/2011 (*JUR* 2011\103109); SJM 1 de Alicante, de 11/1/2011 (*AC* 2011\37).

599

SAP de Barcelona, Sec. 15, de 31/10/2009 (*Prov* 2010\ 78605), ponente: Sancho Gargallo. También: SSAP de Barcelona, Sec., 15, de 27/3/2009 (*Prov* 2009\411331) y de 17/3/2009 (*AC* 2009\513).

600

HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos, Ley 18.387* (2009), p. 95.

directamente sus intereses y la supervivencia de la sociedad misma⁶⁰¹.

Si la deudora es una sociedad anónima, una vez advertida la situación de insolvencia, corresponde que el órgano de administración convoque inmediatamente a asamblea. El art. 342 de la LSC prevé que la asamblea general ordinaria pueda asumir competencia en cualquier medida relativa a la gestión de la sociedad que someta a su decisión el administrador o el directorio y el art. 343 dispone que la asamblea general extraordinaria puede entender en cualquier asunto de competencia de la ordinaria, que sea necesario resolver urgentemente. Cualquiera de estas asambleas, entonces, en nuestra opinión, a instancias del órgano de administración, es el órgano competente para resolver la presentación de una solicitud de concurso, sin perjuicio de que la solicitud sea, luego, realizada por sus órganos con facultades de representación o por apoderado con facultades expresas para la solicitud (art. 6 LC).

Si la persona jurídica deudora fuese una sociedad comercial, la representación de la sociedad le corresponde a los administradores, salvo que la Ley o el contrato atribuyan dicha función a alguno o algunos de ellos o establezcan otro sistema para la actuación frente a terceros (art. 79). En particular, para las sociedades colectivas, el art. 210 de la LSC establece que, si nada se hubiera previsto, se entenderá que cada uno de los administradores, indistintamente, puede realizar cualquier acto de representación de la sociedad. En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada, su representación le podrá corresponder a una o más personas, socias o no, designadas en el contrato social o posteriormente (art. 237). En el caso de las sociedades anónimas, el administrador o el presidente del directorio, representan a la sociedad, salvo pacto en contrario (art. 376). Si la sociedad fuera irregular o de hecho, cualquiera de los socios representa a la sociedad (art. 38). Si la sociedad estuviere en liquidación, los liquidadores ejercerán la representación de la sociedad (art. 175).

*** La solicitud de concurso como carga de los administradores sociales**

Sin perjuicio de lo que se acaba de exponer, corresponde consignar que el art. 10 de la LC establece que la carga de solicitar la declaración del concurso recae en cada uno de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno. En el n° 3 del art. 6, se establece que pueden solicitar la declaración judicial de concurso cualquiera de los administradores o liquidadores de una persona jurídica, aun cuando carezcan de facultades de representación, y los integrantes del órgano de control interno. Por lo tanto, los administradores tienen la carga de solicitar el concurso siempre que exista insolvencia actual y aun cuando la resolución de la asamblea haya sido contraria a tal solicitud, en tanto esto constituye una carga personal del administrador y no una función del órgano de administración.

En caso de que una persona jurídica esté atravesando por dificultades, se presentará para los administradores una disyuntiva difícil de resolver.

En primer lugar, el art. 8 les responsabiliza – como al resto de los sujetos a quienes legitiman los ns. 2 a 7 del art. 6 - por los perjuicios causados al deudor por el carácter abusivo o por la falta de fundamento de la solicitud. Esa sanción, obviamente, hará dudar a cualquier administrador, antes de solicitar un concurso que el órgano que integra no ha querido promover.

En segundo lugar, la diligencia de un buen hombre de negocios que le imponen los arts. 83 y 391 de la LSC, conduce a que el administrador deba provocar el tratamiento de la

601

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo* (2009), p. 147.

cuestión de la promoción del concurso, en el órgano de administración, de modo de darle a la persona jurídica que administra, la oportunidad de tramitar un concurso voluntario. Sólo el agotamiento de la vía interna le permitirá salvar su responsabilidad frente a la sociedad, los socios o, eventualmente, los terceros, que podrían incoar contra el administrador la acción social de responsabilidad prevista en los arts. 393 y ss. de la LSC⁶⁰².

En tercer lugar, el art. 192 de la LC, establece que el concurso se calificará como culpable cuando en la producción o en la agravación de la insolvencia hubiera existido dolo o culpa grave del deudor o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o de sus liquidadores, de derecho o de hecho. Además, se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso (art. 194, n° 1, LC).

Si se declara la culpabilidad del concurso, la sentencia respectiva tendrá como contenido la inhabilitación de los administradores o liquidadores, aun de hecho, de la persona jurídica deudora para administrar los bienes propios o ajenos por un período de cinco a veinte años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período. A su vez, la sentencia de calificación podrá contener la condena a los administradores de derecho o de hecho, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva (art. 201).

Las severas sanciones que establece el art. 201, justifican que, como contrapartida, se permita a los administradores solicitar el concurso, si esto fuera necesario para evitar la agravación de la insolvencia. Sin embargo, según advierte la doctrina, el hecho de que el administrador pida individualmente el concurso, no lo exonera – por sí mismo - de las posibles consecuencias derivadas de la calificación del concurso como culpable⁶⁰³.

*** Oportunidad para solicitar la declaración de concurso**

Aunque el artículo en análisis no lo dispone expresamente, no basta con haber solicitado la declaración del concurso. Esta solicitud debe haber sido tempestiva.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 10 de la LC, el deudor tiene la obligación de solicitar su propio concurso dentro de los treinta días siguientes a que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. El mismo art. 10 dispone, además, que en el caso de las personas físicas o jurídicas obligadas a llevar contabilidad, se presume absolutamente que dicho conocimiento se produjo en la fecha en que preparó o debió haber preparado estados contables.

*** Incumplimiento del deber de solicitar el concurso y nexo causal con la generación o agravamiento de la insolvencia**

En la jurisprudencia se ha advertido que no resulta posible – por definición – hallar relación de causalidad alguna entre la conducta prevista en la presunción en análisis y la *generación* o *producción* del estado de insolvencia, si se tiene en cuenta que la previa afirmación de tal estado constituye el presupuesto implícito de la conducta omisiva. La omisión a que nos estamos refiriendo sólo puede provocar, eventualmente, un agravamiento de la insolvencia.

602

RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 62.

603

RODRÍGUEZ MASCARDI et al., id. ibid.

Probada la infracción normativa y el vínculo causal con el agravamiento de la insolvencia, el 193 de la LC habilita la presunción del dolo o la culpa grave en el deudor o sus representantes legales. El dolo o la culpa grave admitirán prueba en contrario: el incumplimiento podrá haberse debido a otros factores ajenos a dichos elementos intencionales o imprudentes. Si la presunción de culpabilidad no es destruida por el deudor, su concurso merecerá la calificación de culpable⁶⁰⁴.

b. Incumplimiento del deber de cooperación

Sin perjuicio de que el incumplimiento genérico del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, se considera como un presunción relativa de insolvencia, el n° 2 del art. 194 agrega los casos en que no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o el deudor no hubiese asistido a la junta de acreedores.

En la jurisprudencia española se presumió *iuris tantum* la culpa grave de los administradores de la sociedad concursada, tanto de quien lo era de derecho, como de quien lo era de hecho, en aplicación de una norma idéntica a la que estamos analizando (art. 165, n° 2, LCE), por no haber cumplido ninguno de los dos con el deber de informar a los órganos del concurso de un dato considerado conveniente para el interés de éste: que quien realmente ejercía las funciones de gestión de la sociedad era un administrador de hecho, oculto bajo la apariencia de una administradora de derecho⁶⁰⁵.

c. Incumplimiento de la obligación de preparar los estados contables

En el n° 3 del art. 194 se prevé como presunción relativa de insolvencia, los casos en que el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales.

D. Calificación del concurso en caso de incumplimiento del convenio)

1. El incumplimiento del convenio como supuesto de culpabilidad del concurso

RODRÍGUEZ OLIVERA considera que el art. 204 establece una presunción absoluta de culpabilidad del concurso⁶⁰⁶.

No coincidimos con esta opinión. Se trata de un supuesto de culpabilidad del concurso

604

SJLC de 1^{er} t. n° 1311 de 28/8/2013 (RODRÍGUEZ MASCARDI): «*En cuanto al hecho de haber incumplido la concursada con su obligación de solicitar el concurso se trata de un supuesto de incumplimiento de la obligación impuesta al deudor por el artículo 10 de la ley, norma que se vincula a la denominada en sede doctrinaria alerta temprana, y configura uno de los principios rectores contenidos en la exposición de motivos de la ley concursal. Este incumplimiento es castigado por el legislador como una presunción relativa de culpa grave que en el ocurrente no ha sido destruida.*»

605

SAP de Palma de Mallorca de 21/5/2007.

606

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*, p. 268.

366

pero no de una presunción de culpabilidad. Según el tenor literal de la norma, la prueba de la culpabilidad del deudor como desencadenante del incumplimiento, es una condición para que opere este supuesto.

MARTÍNEZ BLANCO considera que es esencial atender a la existencia de un nexo causal entre la conducta del concursado y el incumplimiento del convenio⁶⁰⁷. Por lo tanto, naturalmente, el deudor puede eludir la calificación culpable de su concurso, demostrando que el incumplimiento se debió a fuerza mayor, caso fortuito⁶⁰⁸ o al hecho de un tercero.

En nuestra opinión, la existencia de un nexo causal es obviamente necesaria pero no suficiente. Es preciso demostrar que el incumplimiento ha sido debido a causa imputable al concursado y, además, la culpa o dolo del deudor.

Advertimos que la norma en análisis no exige un grado especial de culpa, como en cambio sí lo hace al establecer la cláusula general que determina la calificación culpable del concurso, en que la culpa debe verificarse en grado de grave (art. 192 LC). Siendo que el legislador no hace esta distinción en el art. 204 de la LC, el incumplimiento del convenio, aun en grado de culpa leve, implica la calificación culpable del concurso.

2. Imprevisión respecto al acuerdo privado de reorganización

El legislador se refiere exclusivamente al incumplimiento del convenio como supuesto de culpabilidad del concurso. La LC no contiene referencia alguna al incumplimiento del acuerdo privado de reorganización como supuesto de culpabilidad.

Podría interpretarse que la palabra *convenio* ha sido empleada por el art. 204 en forma genérica, comprensiva de todas las modalidades de acuerdo concursal previstas en la LC. Sin embargo, eso supondría la apertura de una fase de liquidación y la formación de una pieza separada para la tramitación de un incidente de calificación, y nada de eso se encuentra previsto ni regulado por la LC.

Por otra parte, dadas las graves consecuencias derivadas de la calificación culpable del concurso, entendemos que debe primar un criterio de interpretación restrictivo. Consecuentemente, consideramos que del incumplimiento del acuerdo no puede derivarse una calificación culpable del deudor.

Esto es, a nuestro entender, un error del legislador, pues trata dos casos sustancialmente similares – nos referimos al convenio y al acuerdo – de una forma radicalmente diferente. Esa diferencia de tratamiento se explica por el hecho de que el título dedicado al acuerdo privado de reorganización proviene de una fuente diferente a la que siguió el legislador en el resto de la LC, que fue agregado al texto del proyecto original sin realizar una adecuada coordinación con la normativa concursal en que se incorporaba.

Entonces, en caso de incumplimiento del acuerdo privado de reorganización, sin perjuicio de que los acreedores soliciten que se declare incumplido el acuerdo y que se disponga la declaración de concurso (art. 234 LC), la única consecuencia para el deudor será

607

MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal. De las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal...* (2012), p. 408.

608

No hay definición legal de la fuerza mayor o del caso fortuito. En general, se sostiene que la fuerza mayor supone un hecho exterior, ajeno a los contratantes: por ejemplo, una tempestad.

El caso fortuito es un hecho relativo a los contratantes: por ejemplo, la explosión de un motor, un incendio. En todos los casos tiene que ser imprevisible o inevitable.

que pierde la facultad de proponer un convenio, debiendo procederse a la liquidación de la masa activa, con suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa (art. 235 LC). El decreto que ordena la liquidación entendemos que debe tener necesariamente el contenido establece el art. 169 de la LC y mandará formar el incidente de calificación (art. 196). El concurso podrá ser declarado culpable cuando en la producción o en la agravación de la insolvencia hubiera existido dolo o culpa grave del deudor, sus administradores o liquidadores (art. 192), y podrán invocarse las presunciones previstas en los arts. 193 y 194 de la LC, pero no el mero hecho del incumplimiento del acuerdo.

III. Sentencia de calificación

El incidente de calificación culmina con una sentencia de carácter constitutivo, en la medida en que crea una nueva situación jurídica (inhabilitación) y pronunciamientos de condena a cumplir una determinada prestación (responsabilidad concursal).

La doctrina señala que la solución legal puede derivar en una utilización estratégica, que lleve a los acreedores a rechazar un convenio, con la única intención de conseguir una condena contra los administradores en la fase de liquidación. Al añadir la responsabilidad patrimonial de los administradores por el déficit concursal, los acreedores pueden llegar a tener una mayor oportunidad de recuperar sus créditos en la liquidación que en un convenio⁶⁰⁹.

A. Contenido de la sentencia que declara la culpabilidad

En su primer inciso, el art. 201 establece el contenido general que de toda sentencia que declare culpable al concurso. Esa sentencia debe incluir, necesariamente, los pronunciamientos siguientes:

1. la declaración del concurso como culpable;
2. la determinación de las personas afectadas por la calificación, así como de las declaradas cómplices;
3. la inhabilitación del deudor o de los administradores o liquidadores, y miembros del órgano de control interno de la persona jurídica deudora para administrar los bienes propios o ajenos, así como para representar a cualquier persona;
4. la pérdida de cualquier derecho que tuvieran los cómplices como acreedores concursales y la condena a reintegrar los bienes y derechos que pertenecieran a la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

En el caso de que el deudor cuyo concurso hubiera sido calificado como culpable fuese una persona jurídica, la sentencia de calificación podrá contener además, la condena a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, e integrantes del órgano de control interno, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

Analizaremos uno por uno estos pronunciamientos a continuación.

1. Declaración de culpabilidad

En el n° 1 del art. 201 se establece – tautológicamente – que la sentencia que declare

609

BELTRÁN SÁNCHEZ, «En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad concursal», *ADC*, n° 13, pp. 351 y 352 (2008).

culpable al concurso contendrá una declaración del concurso como culpable (sic). En este numeral se agrega, que la sentencia deberá expresar la causa o las causas en que se fundamente la calificación.

Se sobrentiende que la sentencia que culmina el incidente de calificación podrá contener, eventualmente, una declaración del concurso como fortuito. La LC no establece ninguna mención al concurso fortuito; sin embargo, puesto que ha establecido el legislador un concepto del concurso culpable (art. 192), es posible inferir una definición del concurso fortuito, desde una perspectiva negativa, como aquél que no es culpable.

2. Determinación de las personas afectadas y sus cómplices

En principio, la persona afectada por la calificación es el deudor concursado. Sin embargo, si el deudor es una persona jurídica, para que el concurso pueda ser calificado como culpable, la producción o agravación culpable de la insolvencia debe obedecer a una actuación u omisión de los administradores o de los liquidadores de la sociedad, tanto de derecho como de hecho. Por ello, la calificación habrá de afectar, también, a los administradores y liquidadores de la concursada, tanto sean éstos de derecho o de hecho⁶¹⁰.

Alguna doctrina incluye entre los afectados a los integrantes de los órganos de control⁶¹¹. Compartimos esta opinión, a pesar de que la calificación del concurso como culpable no depende de ninguna actuación que les sea imputable, puesto que no se encuentran incluidos entre los sujetos referidos en el § 2 del art. 192 LC. Sin embargo, en el § 2 del art. 201 se prevé que los integrantes del órgano de control interno o algunos de ellos, puedan ser condenados a la cobertura del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

Estudiaremos, a continuación, a cada uno de los sujetos que entendemos pueden resultar afectados por la calificación. En cuanto a los cómplices, nos remitimos a lo comentado al tratar el art. 195.

a. Administradores de derecho

La expresión *administradores* es utilizada por la LSC, genéricamente, para identificar a quienes integran el órgano de administración de la sociedad. Si el órgano de administración es colegiado, se utiliza preferentemente la expresión *director*. Si el órgano es unipersonal o plural (pero no colegiado), se utiliza específicamente la expresión *administradores*.

La integración del órgano de administración supone un acto de designación formal, sea al constituir la sociedad o posteriormente por un acuerdo de los socios o en asambleas, según el tipo de sociedad de que se trate. Este es un requisito necesario para que un sujeto pueda ser considerado como *administrador de derecho*. En general, la doctrina considera como tal a aquél que, habiendo sido designado conforme a las normas legales y estatutarias por el órgano social competente, ha aceptado dicha designación, la misma ha sido debida y oportunamente inscrita en los registros públicos, y se encuentra vigente⁶¹².

Esta figura es perfectamente reconocible e identificable en el tráfico jurídico. Basta acudir al correspondiente registro para conocer la identidad concreta de la persona a quien se encomienda las funciones relacionadas al cargo de administrador. El nombramiento del administrador, director o representante por acto distinto del estatuto, así como su cese o revocación, debe inscribirse en el Registro Nacional de Comercio (RNC).

610

RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal* (2011), p. 246.

611

CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación del concurso», *ADCom*, v. 13 (2010), p. 200.

El órgano de administración es el encargado de la función de gobierno institucional, de la gestión de los asuntos sociales y de la representación de la sociedad. Eventualmente, esta última función se le encargará al presidente del consejo de administrador, o alguno o varios de los administradores. Algunos autores consideran que la función de representación le corresponde a otro órgano, precisamente, el de representación.

En lo que interesa respecto a la norma en análisis, entre las funciones atinentes al gobierno institucional, importa especialmente, en la eventualidad de que se verificara una causal de disolución, la de convocar a la asamblea para que ésta pueda adoptar el acuerdo de disolución o remueva la causa de disolución. Si la asamblea no adopta resolución en uno u otro sentido, por la razón que fuere, entendemos que el administrador debe promover la disolución él mismo⁶¹³. Si, a pesar de la existencia de pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado (art. 159, n° 6, LSC) y ante la omisión de los socios en acordar la disolución, el administrador no promueve judicialmente la declaración de la disolución (art. 162 LSC), eventualmente, estaría agravando culpablemente la insolvencia de la sociedad, de lo que se derivaría la calificación culpable del concurso (art. 193 LC).

b. Administradores de hecho

Parece ser una premisa universalmente constatada en la práctica forense que, en términos generales, los empresarios evitan desarrollar su actividad como personas físicas, sujetas al principio de responsabilidad patrimonial universal. En lugar de ello, recurren a la actuación a través de tipos societarios que les atribuyan el privilegio de la limitación de su responsabilidad por los actos de dirección y gestión sociales, establecido para asegurar la libertad de empresa. De esta manera, el riesgo empresarial es transferido a quienes aparecen como administradores sociales⁶¹⁴, que en ocasiones son meros testaferros de quienes retienen

612

ALONSO ESPINOSA, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores* (2006), p. 121; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1988), p. 213; DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades* (2002), p. 35; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal de los socios y administradores* (1997), p. 98; FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría* (2007), p. 278; GALLEGO SOLER, «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal», *Derecho penal de la empresa* (2002), p. 153; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios, un enfoque mercantil* (1996), p. 45; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Concurrido, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)», *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 5 (2005), pp. 4935 y 4936; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta «de lege ferenda»* (2005), p. 328; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa* (2000), p. 67; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios* (1997), p. 112; VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, p. 121.

613

QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil* (2003), p. 1046.

614

LIGHTMAN, «The challenges ahead: address to the Insolvency Lawyers' Association», *Journal of*

el poder real de administración⁶¹⁵.

Por esta vía es posible abusar del privilegio de la limitación de la responsabilidad, ocasionando sustanciales pérdidas a la sociedad, a sus socios y a cuantos se relacionan con ella (especialmente sus acreedores), al facilitar la elusión del régimen jurídico aplicable a los verdaderos administradores⁶¹⁶. Se ha advertido, entonces, la necesidad de adecuar el régimen de imputación de la responsabilidad tradicional, caracterizado por el principio de la autonomía patrimonial de la persona jurídica y por su referencia exclusiva a los protagonistas institucionales de la gestión societaria⁶¹⁷.

En el ámbito del Derecho concursal, en particular, esa adecuación ha recurrido a mecanismos diversos. En algunos Derechos, como ahora el nuestro, para impedir que quien realmente administra una sociedad pueda eludir las responsabilidades inherentes a esa función, es que se ha acuñado la expresión *administrador de hecho*. A esta figura se le atribuyen las mismas responsabilidades que al *administrador de derecho*, al menos en algunos casos⁶¹⁸.

* Concepto

En general, la doctrina nacional define al *administrador de hecho* en base a un hecho negativo y uno positivo. El primero es no integrar el órgano de administración. El segundo es detentar el poder de dirección⁶¹⁹ o ejercer – por cualquier vía que sea – una influencia decisiva y determinante respecto a las decisiones sociales⁶²⁰, aun sin ejercer por sí, directamente, la función de administración.

Esta última precisión obedece al reconocimiento de que el constante agravamiento de las responsabilidades que se colocan en cabeza de los administradores sociales ha ido

Business Law, 1996, v. 113; MORILLAS JARILLO, *El concurso de las sociedades* (2004), pp. 386 y 387; RAJAK, BANNISTER y WHITE DURRANT, «Corporate insolvency law in the United Kingdom», *European corporate insolvency: a practical guide* (1995), p. 804.

615

XAVIER DE MELLO, «Directores de S.A. en problemas», *Economía y mercado* (El País, 18 de mayo de 2009), p. 15.

616

DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, p. 158.

617

ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali* (1998), pp. 1 y 2; LIGHTMAN, id. *ibid.*

618

DÍAZ ECHEGARAY, *op. cit.*, p. 159.

619

RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal*, p. 246.

620

FERREIRA TAMBORINDEGUY, «El director o administrador de hecho en el Derecho uruguayo. Algunas reflexiones sobre su régimen de responsabilidad», *Estudios jurídicos*, n° 1 (2006), p. 199; PÉREZ IDIARTEGARAY, «Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», *RDC*, n° 4 (2004).

extendiendo el desarrollo de un fenómeno de *traslación de los poderes de gestión*⁶²¹ o de *difusión del poder de empresa* a favor de órganos extrainstitucionales⁶²². Esta tendencia conduce a una dislocación de la función de gestión, desde el órgano de administración a sujetos formalmente extraños a este órgano⁶²³, que se verifica tanto en el caso en que la sociedad dominante de un grupo se convierte en su administradora de hecho, como en hipótesis de control debida a los especiales vínculos derivados de los llamados *management agreements*. Eventualmente, la traslación del poder de gestión opera en función de contratos de financiamiento o de contratos de distribución (en sentido amplio) o, incluso de un pacto de sindicación de accionistas⁶²⁴. Nos referiremos a estos casos, en particular, al analizar la tipología que presenta, en la realidad, las diversas modalidades de administración de hecho.

Consecuentemente, y sin perjuicio de la muy variada fenomenología que pueda presentar esta figura, consideramos que se está frente a un *administrador de hecho* cuando, con independencia de que su actuación se manifieste o no en el tráfico a terceros, se produce un desplazamiento de la capacidad de decisión de quienes aparecen formalmente como administradores, a favor de otros sujetos que no satisfacen las exigencias materiales y formales que se requieren en la designación como administrador social. Estos interfieren en la gestión social, decisiva y sistemáticamente, sea desarrollando directamente dicha gestión o sobreponiendo su voluntad a la de alguno o todos los administradores que desempeñan regularmente el cargo.

*** Elementos configurativos de la administración de hecho**

A los efectos expositivos, reduciremos los elementos configurativos de la administración de hecho a tres: el ejercicio de la función de administración; un poder autónomo de dirección y administración; y el consentimiento de los socios.

En primer lugar, la categorización de un sujeto como administrador de hecho depende del ejercicio de la función de administración y no de su nombramiento y aceptación, ni de su inscripción registral⁶²⁵. La determinación de quién es administrador de hecho no se realiza en atención a quien conforme a los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico aparece formalmente investido de los poderes de representación y gestión social. Ha de estarse más a la *funcionalidad* que a la *formalidad*, a quien detenta el poder real de la sociedad más que a

621

FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados* (2006), p. 492.

622

II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005.

623

La expresión *difusión del poder de empresa* fue utilizada por MONTALENTI, «Le traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di societa: i *management contracts*», *Contratto e impresa*, n° 2, año 3 (1987), p. 440.

624

DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, pp. 86, 87, 102 y 103; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho en las sociedades de capital* (2003), pp. 129 y 130.

625

JUSTE MENCÍA, «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad (nota a las SSTs de 26 de mayo de 1998 y 7 de junio de 1999 y de la AP de Valencia de 27 de septiembre de 1999)», *RDS* (2000), n° 14, p. 454.

quien aparece formalmente investido del mismo⁶²⁶.

No es necesario el ejercicio de todas las funciones correspondientes a la administración social, sino que es suficiente que realice efectivamente la generalidad de las mismas⁶²⁷. Sin embargo, el ejercicio de la función de administración debe ser efectivo y, según algunos, continuado y directo.

La efectividad se encuentra referida a que la actuación del administrador de hecho, para poder ser categorizada como tal, debe traducirse en verdaderos actos directivos. No basta, al efecto, los meros consejos, sugerencias o recomendaciones, que podrían ser considerados como actos de control o supervisión, pero no de gestión. El socio mayoritario, entonces, no sería administrador de hecho, si su actuación se limitase al control sobre la administración⁶²⁸.

La doctrina se plantea la duda respecto a si, para poder considerar a un sujeto como administrador de hecho, su actuación debe ser continuada. Para alguna doctrina, una actividad esporádica, aunque pueda ser considerada como de dirección, gestión o administración, no permite calificar a quien la realiza como administrador de hecho⁶²⁹. Para otra prestigiosa doctrina, sin embargo, una actuación aislada u ocasional, debiera aparejar la misma consideración para su autor⁶³⁰. Esto parece ser de particular incidencia en el caso de actos del administrador de hecho que pudieran incidir sobre su responsabilidad concursal, en

626

II Congreso de Derecho Mercantil, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005, Conclusiones de la tercera mesa redonda, cuarto bloque (calificación y grupos de sociedades), p. 75.

627

BLENGIO MASSOLO, «La cuestión de la administración de hecho en materia societaria», *ADCU*, t. 36 (2006), p. 553.

628

LATORRE CHINER, «El administrador de hecho en las sociedades de capital», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. actas del Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil* (2003), p. 976.

629

BLENGIO MASSOLO, «La cuestión de la administración de hecho en materia societaria», *ADCU*, t. 36 (2006), p. 553; DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, pp. 41 y 43; DUQUE DOMÍNGUEZ, «El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal* (2003); ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles* (2005), p. 97; FUENTES NAHARRO, «Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades», *Gobierno corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil* (2006), pp. 298 y 299; GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo* (2002), pp. 156, 183 y 184; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 70; MARTÍNEZ SANZ, «Los administradores responsables», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (2011), pp. 60 y ss.; MILLER ARTOLA, *Sociedades anónimas: directorio, síndico* (2005), pp. 54 y 57; PERTÍNEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cómo y quién», *AC*, n° 1 (2009), pp. 2235-2270.

630

PÉREZ IDIARTEGARAY, «Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», *RDC*, n° 4 (2004), p. 117.

tanto para la calificación culpable del concurso se exige su concreta participación en la causación o agravación del estado de insolvencia societaria. Si un determinado sujeto participó con dolo o culpa grave, en el origen o agravamiento de la insolvencia, no se advierte obstáculo a su consideración como administrador de hecho, aunque se trate de una actuación puntual, consideradas, claro está, las circunstancias del caso⁶³¹.

En cuanto a que la actividad de administración sea ejercida en forma directa por el administrador de hecho, supone la configuración del poder de dirección en sustitución de los administradores de derecho⁶³². Lo relevante descansa en el ejercicio directo, se dice, de las tareas propias del órgano de administración⁶³³. Según esta doctrina, quedaría fuera del concepto de nuestro análisis, entonces, la administración desempeñada a través de personas interpuestas. Por lo tanto, en esta posición, se considera que para responsabilizar al administrador oculto o indirecto, se requeriría una previsión legal expresa⁶³⁴.

En una variante de esta postura, existe doctrina que entiende que la categorización de un sujeto como administrador de hecho depende de la apariencia de posición orgánica que se desprende de su actuación e, incluso, encuentra allí el fundamento de la imputación de responsabilidad⁶³⁵. Según esta opinión, la relación orgánica que vincula al administrador con la sociedad, también, se da cuando, en virtud de la apariencia, se ejercitan las funciones que corresponden a un administrador de derecho. Administrador de hecho sería, entonces, quien ejerce la función como un administrador de derecho⁶³⁶.

No tenemos el honor de compartir estas últimas posiciones, puesto que no vemos razón alguna para hacer la distinción que proponen, liberando de responsabilidad al administrador oculto o indirecto. Ésta no ha sido la tendencia general de la doctrina, ni de la jurisprudencia más reciente, que ha adoptado un concepto ampliado de administrador de hecho, que comprende tanto al oculto como al indirecto. Se verá más adelante en este trabajo, al analizar la tipología que se evidencia en la jurisprudencia, que ésta se ha valido del concepto de administrador de hecho para extender la responsabilidad concursal a los administradores ocultos e indirectos.

631

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «*Concurtido, cómplices...*», p. 4938; id., *La calificación del concurso* (2004), pp. 127 y 128; SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, dir. BOLÁS ALFONSO (1999), p. 346.

632

LATORRE CHINER, id., p. 977.

633

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 710.

634

LATORRE CHINER, «El administrador de hecho...», p. 977.

635

CUSNIR, «Directores de facto y teoría de la apariencia», *RDCO*, v. 3, n° 14, pp. 239 y ss. (1970), p. 257; MARTORELL, *Los directores de sociedades anónimas* (1990), p. 196.

636

LATORRE CHINER, id., p. 979.

En segundo lugar, la doctrina considera que sólo en cuanto se ejercite la función de administración en forma autónoma puede generarse una situación de administración de hecho⁶³⁷. El administrador de hecho no puede depender de los administradores formalmente instituidos. Al contrario, su actividad se realiza en función de un poder soberano e independiente de dirección y administración, no siguiendo las instrucciones de los administradores formalmente designados, ni de otros terceros, del mismo modo que lo haría el administrador de derecho⁶³⁸. El administrador de hecho, por lo tanto, debe ser capaz de decidir la suerte comercial y financiera de la empresa, imponiendo sus decisiones e influyendo de manera decisiva sobre la gestión⁶³⁹.

En tercer lugar, alguna doctrina considera que los socios deben consentir la actuación del administrador de hecho. Este consentimiento, naturalmente, puede manifestarse en forma tácita, presumiéndose en caso de no oposición de la sociedad frente a la actuación de hecho⁶⁴⁰. En este sentido, se dice que sólo pueden ser considerados administradores de hecho aquellos cuya actividad haya sido asumida por los socios. Cualquiera sea el caso – irregularidad, vicio en el nombramiento o inexistencia del mismo por extinción o cualquier otra causa - lo esencial para delimitar el concepto es que haya por los socios una asunción de la actividad desarrollada por el administrador de hecho, considerando vinculada a la sociedad por sus actuaciones⁶⁴¹.

c. Liquidadores

637

BLENGIO MASSOLO, «La cuestión de la administración de hecho...», *ADCU*, t. 36, p. 553.

638

DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 34; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., pp. 708 y 710; FUENTES NAHARRO, «Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades», *Gobierno corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, pp. 299 y 300; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Concurado, cómplices...», p. 4936; LATORRE CHINER, «Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)», *RDS*, n° 32 (2009), p. 395; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, pp. 71 y 72; MARTÍNEZ SANZ, «Los administradores responsables», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 60 y ss.; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC...», *AC*, 2009, n° 1; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «Los grupos de sociedades y el concurso de acreedores en la jurisprudencia española (un diálogo con la jurisprudencia)», *Crisis empresarial y concurso, comentarios legales* (2010), pp. 975 y 976.

639

DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, pp. 41 y 42.

640

LATORRE CHINER, id., p. 977.

641

ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso», *Comentarios a la legislación concursal*, v. 2, p. 1440; ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación de concursal (el art. 172.3 de la Ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Derecho concursal...* (2003), pp. 525 y 526.

*** La liquidación**

La liquidación es un especial estado en que se encuentra la sociedad y durante el cual conserva su personalidad jurídica (art. 168 LSC). La sociedad conserva, por ende, su patrimonio diferenciado del patrimonio de los socios.

Cambia el objeto social que debe cesar en su actividad comercial y debe liquidarse. Su objeto ya no es realizar la actividad económica para la cual se creó sino que subsiste sólo para cumplir con las operaciones pendientes, cobrar créditos y pagar deudas⁶⁴².

Cambia, también, el régimen de administración pues la figura del administrador es suplantada por la figura del liquidador.

*** El liquidador de derecho**

La posición del liquidador es equiparable a la que mantiene el administrador cuando la sociedad está activa⁶⁴³.

Asume la gestión de los negocios pendientes y la realización de todos los actos necesarios para la liquidación (art. 108 LSC). El liquidador es el representante de la sociedad (art. 175 LSC). El liquidador proyectará la distribución del patrimonio remanente y de ser aprobado su proyecto efectuará la adjudicación correspondiente a cada socio.

El liquidador será responsable en los mismos casos establecidos para los administradores. Por la remisión del art. 172 de la LSC, son de aplicación los arts. 83, 164, 391 y siguientes de esa ley.

*** El liquidador de hecho**

El liquidador de hecho es aquel que efectivamente lleva adelante la función de liquidación de la sociedad, independientemente de que haya asumido formalmente el cargo o no⁶⁴⁴.

La LC recoge esta figura y hace referencia a ella en dos artículos: el art. 192, § 2 y el art. 201, § 1, n° 3, e § 2. En el § 2 del art. 192 se incluye a los liquidadores de hecho entre los sujetos cuya participación en la producción o en la agravación de la insolvencia, pudiera determinar la calificación culpable del concurso. El n° 3, § 1, del art. 201 incluye a los liquidadores de hecho entre las personas que pueden resultar condenadas a la pena de inhabilitación. En el § 2 de este artículo se establece que los liquidadores de hecho, entre otros, pueden ser condenados a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal.

d. Integrantes del órgano de control interno

La fiscalización interna es obligatoria sólo cuando se trata de sociedades anónimas

642

MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación de la sociedad anónima. La posición jurídica del liquidador* (2002), p. 126.

643

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «Los liquidadores y el liquidador», *Derecho de sociedades...*, v. 5 (2002), p. 5200.

644

TOESCA DI CASTELLAZZO, «La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali», *Giust.Pen.* (1937), v. 2, pp. 1.129 y ss.

abiertas (art. 397, § 2, LSC). Es de existencia facultativa en las cerradas⁶⁴⁵.

La existencia de un órgano de control interno puede ser prevista en el estatuto. Si el contrato social no prevé la existencia de este órgano, puede ser creado y designarse a sus titulares por una asamblea ordinaria o extraordinaria, a pedido de accionistas que representen por lo menos un 20 % del capital integrado. Para ello, no es necesario que se haya planteado esta cuestión en el orden del día.

e. Cómplices

El concepto de cómplice utilizado en la legislación concursal no coincide, necesariamente, en cuanto a su configuración y requisitos, con la complicidad penal. Por lo tanto, todo aquel que haya colaborado con el deudor en la conducta que haya originado la calificación del concurso como culpable, podrá ser considerado cómplice en el ámbito concursal, aunque conforme a los parámetros del Derecho penal su conducta se alejase de la estricta cooperación y fuese más cercana al encubrimiento⁶⁴⁶.

En sede penal, el cómplice realiza una colaboración o cooperación no necesaria. De serlo, su participación es categorizada como de coautoría o como encubrimiento (atendiendo al momento en que realice los actos punibles)⁶⁴⁷.

En materia concursal, pueden ser categorizados como cómplices, aquellas sociedades y sus administradores, que hubieren adquirido bienes de uso personal del administrador de la concursada – como, por ejemplo, su vivienda – sin que se le pueda atribuir relación alguna con el objeto social de la adquirente, ni que medie un contrato de arrendamiento que justifique la permanencia del vendedor en la finca enajenada, ni se haya pagado renta alguna por su uso. Lo mismo puede decirse de un hermano del administrador a cuyo nombre se adquiere un valioso inmueble que constituye la sede del único establecimiento de una sociedad deudora y permite durante años su uso gratuito por la deudora sin que medie contrato alguno que lo justifique.

3. Inhabilitación

La inhabilitación del deudor o de los administradores o liquidadores, aun de hecho, y miembros del órgano de control interno de la persona jurídica deudora, es la primera de las sanciones previstas en el art. 201. Se trata de una sanción que el juez debe imponer de manera automática, por el solo hecho de que el concurso sea calificado culpable.

a. Alcance objetivo

En el art. 201.3 de la LC, la inhabilitación del concursado lo es para administrar bienes

645

RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 4: *Derecho societario uruguayo*, t. 4: *Órganos sociales* (2007).

646

CÁMARA ÁGUILA, «De la calificación del concurso. Disposiciones generales», *Comentarios a la Ley Concursal...*, v. 2, p. 1750; GALLEGO SÁNCHEZ, «Calificación del concurso», *Concurso e insolvencia punible* (2004), p. 497; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 163», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, p. 2542; GUERRERO LEBRÓN, «La sección sexta del concurso: la calificación», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos...* (2009), p. 431.

647

GONZÁLEZ CABRERA, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172 bis del proyecto de reforma de la Ley Concursal», *RDCP*, n° 15 (2011), n° 15, p. 359.

propios y ajenos y «*para representar o administrar a cualquier persona*».

En nuestra jurisprudencia existen ejemplos de inhabilitación, con el agravante de que dicha sanción se llega a extender hasta los veinte años, constituyéndose, entonces, en una verdadera muerte civil del empresario. Así, por ejemplo, en SJLC de 2º turno, de 1 de junio de 2011, inhabilita al administrador, en toda la extensión que permite la LC, en un concurso declarado culpable en virtud de la omisión de la deudora de llevar contabilidad en legal forma, de solicitar la declaración judicial del concurso y del deber de cooperación.

b. Alcance temporal

La extensión de la inhabilitación va desde un mínimo de cinco hasta un máximo de veinte años. La LC no establece qué parámetros han de tomarse para determinar concretamente la pena, por lo que queda sujeta a la discrecionalidad de los tribunales.

La disparidad de criterio de los dos turnos con jurisdicción concursal es evidente. En la sentencia del JLC de 1º turno, que acabamos de comentar en el numeral anterior, frente a omisiones culposas del administrador, se le inhabilita por veinte años. Paradojalmente, la sentencia dictada por el JLC de 2º turno, de 1 de setiembre de 2011, se inhabilita al administrador por el mínimo legal, frente a una actuación francamente dolosa, puesto que el administrador de la deudora se habría alzado con parte de sus bienes, abandonando la administración a su suerte; la sindicatura no encontró dinero alguno en la sociedad ni pudo entrar nunca en contacto con el administrador. Además, existían elementos para considerar que se llevaba doble contabilidad o que se habría cometido falsedad en la contabilidad. Por supuesto que la sociedad deudora y su administrador incumplieron con el deber de solicitar el concurso y de cooperar con la sindicatura, y tampoco prepararon en tiempo y forma los estados contables anuales.

c. Alcance subjetivo

El n° 3 del art. 210 de la LC precisa expresamente el alcance subjetivo de la inhabilitación, dentro del cual incluye al deudor, a los administradores o liquidadores (aun de hecho) y a los miembros del órgano de control interno de la persona jurídica deudora.

Es claro, entonces, que la inhabilitación no alcanza a los cómplices.

4. Pérdida de créditos de los cómplices y condena a reintegrar bienes y derechos e indemnización de los daños y perjuicios causados

En el n° 4 del art. 201 de la LC se establece como un contenido necesario de la sentencia de calificación, la condena a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran los cómplices como acreedores concursales y la condena a reintegrar los bienes y derechos que pertenecieran a la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados, cuya cuantía se determinará en período de ejecución de sentencia.

a. Condena a la pérdida de derechos que tuvieran los cómplices

El n° 4 del art. 201 establece que se debe condenar a la pérdida de «*cualquier derecho que tuvieran los cómplices como acreedores concursales*». La condena, por lo tanto, implicará no sólo la pérdida de un eventual derecho de crédito que tuvieran los cómplices contra el deudor concursado, sino todo otro derecho que les pudiera corresponder como acreedores concursales. Entonces, por ejemplo, no podrán integrar la comisión de acreedores⁶⁴⁸.

648

MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 416.

b. Condena a reintegrar bienes y derechos

Ante la inminencia de la debacle de sus negocios, puede que el deudor se haya visto impelido a realizar actos en beneficio de alguno de sus acreedores como forma de obtener fondos frescos, agravando su insolvencia y comprometiendo la viabilidad futura de su actividad empresarial. Asimismo, el deudor puede haberse visto tentado a salvar algunos de sus bienes del desastre, enajenándolos a testaferros o a verdaderos terceros aunque fuere en condiciones ruinosas⁶⁴⁹. Por ello, en el n° 4 del art. 201 de la LC se incluye en el contenido de la sentencia de calificación, la condena a reintegrar los bienes y derechos que pertenecieran a la masa activa.

Alguna doctrina considera que la redacción de la norma parecería apuntar a bienes que, sin haber salido del patrimonio del concursado, se encuentran en poder del cómplice, con independencia de cuál es el título en virtud del cual lo están⁶⁵⁰. No somos del mismo parecer.

En nuestra opinión, el cómplice debe reintegrar incluso aquellos bienes que han salido del patrimonio del concursado. Adviértase que la norma en análisis, al describir los bienes y derechos susceptibles de reintegración, utiliza el verbo *pertenecer* en pasado, por lo cual inequívocamente incluye bienes que integraban el patrimonio del concursado.

Si el cómplice adquirió un bien del deudor, se debe revocar la compraventa, se teniéndosela por no hecha. El cómplice se verá despojado de lo que compró y el bien enajenado ingresará a la masa⁶⁵¹.

Si los bienes o derechos ya no se encontrasen en el patrimonio del cómplice, se lo debe condenar a entregar el valor que hubieran tenido al salir del patrimonio del deudor o en cualquier otro momento posterior, si hubiera sido mayor, más el interés legal, por analogía con lo dispuesto por la LC al referirse a la reintegración en las acciones revocatorias (art. 87).

c. Condena a indemnizar los daños y perjuicios causados

En el n° 4 del art. 201 se establece, también, que los cómplices deberán ser condenados a indemnizar los daños y perjuicios causados, cuya cuantía se determinará en período de ejecución de sentencia.

La referencia a los daños y perjuicios *causados*, implica la comprobación de un nexo causal con la participación del cómplice en la producción o agravación de la insolvencia. Se trata de una responsabilidad resarcitoria, por daño y culpa⁶⁵².

El daño indemnizable es el causado a la masa por los actos que específicamente ha llevado a cabo el cómplice, a diferencia de la condena a la cobertura del déficit patrimonial dispuesta en el § 2 del art. 201, que eventualmente afectará a los administradores,

649

SCARANO, *Tratado teórico-práctico de la quiebra*, v. 2 (1953), pp. 162 y 163.

650

CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación del concurso», *ADCom*, v. 13 (2010), p. 200.

651

ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati* (1935), p. 47.

652

MARTÍN REYES, «La insolvencia de las sociedades...», *RDM*, n° 277, p. 870.

liquidadores e integrantes del órgano de control interno⁶⁵³.

5. Responsabilidad de los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control, por el déficit concursal

El § 2 del art. 201 de la LC establece que, en el caso de que el deudor cuyo concurso hubiera sido calificado como culpable fuese una persona jurídica, la sentencia de calificación podrá contener además, la condena a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, e integrantes del órgano de control interno, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

El régimen jurídico aplicable a la responsabilidad concursal es de una cierta vaguedad, lo cual genera diversas dudas en la doctrina. Así, por ejemplo, no existe un criterio legal preciso al que deba atenerse el órgano judicial, tanto en su decisión de imponer o no la responsabilidad concursal de los administradores, como en el *quantum* indemnizatorio, como en la determinación de si existe o no solidaridad⁶⁵⁴. En este sentido se ha dicho, con razón, que la norma adolece de una falta de tipificación intolerable⁶⁵⁵.

a. Cobertura del déficit patrimonial en caso de liquidación

El art. 201 de la LC no provee los parámetros dentro de los cuales debieran ejercer los jueces esta facultad discrecional que se les confiere. El art. 201 de la LC se limita a establecer la «condena (...) a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva».

El criterio legislativo, entonces, ha sido el de fijar el máximo de responsabilidad concursal de los administradores en el déficit patrimonial entre masa activa y pasiva, así como la posibilidad de moderar el *quantum* condena en forma discrecional. De modo que el juez tiene la facultad discrecional de establecer una condena al pago parcial del importe del déficit.

La legislación española actual provee varios parámetros - como se puede ver en el art. 172 bis de la LCE transcrito a pie de página de las concordancias con la norma en análisis - de que carecía la norma original. Por ello, son especialmente relevantes los criterios elaborados por la jurisprudencia española de la época en que regía la disposición hoy derogada. Esa jurisprudencia, en primer lugar, considera al monto total de los créditos no percibidos en la liquidación, como un tope para la condena⁶⁵⁶. A partir de este entendido, toma en consideración el grado de participación de cada uno de los administradores en el daño directo a la sociedad y derivativo a los acreedores, así como la verificación de algunas

653

CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación del concurso», *ADCom*, v. 13, p. 200.

654

VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador...*, p. 81.

655

ALCOVER GARAU, «Introducción al régimen jurídico...», p. 502 (2003).

656

Así lo hizo, por ejemplo, la AP de Pontevedra, al condenar al administrador a responder por el 30 % de los créditos, una vez descontada la parte satisfecha con la liquidación de la masa activa (SAP de Pontevedra, Sec. 1, de 27/11/2008, *AC* 2009\121).

de las presunciones legales de culpa grave o dolo⁶⁵⁷. Sin perjuicio de lo expresado, se individualiza la responsabilidad atendiendo a la gravedad de la conducta determinante de la calificación, la reiteración de conductas relevantes, la intervención directa o indirecta de cada administrador en tales conductas, y demás circunstancias, de modo de mantener una respuesta proporcional con la conducta que se sanciona⁶⁵⁸.

657

El JM de Málaga nº 1, a los efectos de la graduación de la responsabilidad, consideró oportuno partir de tres criterios: que en todos los actos habían intervenido los administradores; que fueron catalogadas hasta tres causas de entre las señaladas legalmente y que se verificó una de las causales para aplicar el régimen de presunciones de dolo o culpa grave.

Tratándose de un supuesto de deudas puestas de manifiesto recién con el informe de la administración concursal y que obedecían a un incumplimiento grave, frente a terceros, de obligaciones societarias por parte del administrador en cuanto a sus obligaciones contables e irregularidades y en vista de la inexistencia de prueba por el administrador que desvirtuase lo señalado, se condenó al pago de la totalidad de los acreedores concursales el importe de sus créditos que no hubieren de percibir en la liquidación de la masa activa a la administradora única (SJM 1 de Málaga, de 13/2/2009, AC 2009\736).

658

SAP de Pontevedra, Sec. 1, de 27/11/2008, AC 2009\121.

b. Cobertura del déficit patrimonial en caso de convenio

A pesar de la amplitud de su *nomen iuris*, el art. 203 de la LC establece una mínima regulación respecto a la cobertura del déficit patrimonial, exclusivamente para el caso en que el deudor hubiera logrado un convenio⁶⁵⁹. A tales efectos, a pesar de los múltiples contenidos que puede llegar a tener un convenio, se centra en sólo dos de ellos: la quita y la espera.

*** Hipótesis en que se hubiera acordado una quita**

Para el caso en que se hubiera acordado una quita, el art. 203 de la LC dispone que los importes que se obtengan en la ejecución de la condena a la cobertura del déficit patrimonial, se destinarán al pago de la parte condonada. De modo que la quita otorgada en el convenio no opera una verdadera condonación, puesto que no se extingue el crédito.

Queda claro que lo obtenido en la ejecución de la sentencia de condena a la cobertura del déficit no puede aliviar la obligación de la persona jurídica concursada, en lo que respecta al cumplimiento de lo convenido.

*** Hipótesis en que se hubiera acordado una espera**

Para el caso en que se hubiera acordado una espera, el art. 203 de la LC dispone que las cantidades obtenidas en la ejecución de la sentencia de condena se deben destinar al pago anticipado de los últimos plazos. Como es evidente, si se destinaran al pago de las primeras cuotas convenidas, se beneficiaría a la persona jurídica concursada y en nada a los acreedores.

CAPÍTULO DÉCIMO: LIQUIDACIÓN CONCURSAL

Por Virginia S. BADO CARDOZO y Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

Desde una perspectiva procesalista, la liquidación concursal ha sido definida como el conjunto de actos procesales que se suceden a partir de su apertura – circunstancias que puede acaecer en diversas oportunidades, dependiendo de los avatares del proceso concursal – y que tiende, por un lado, a la realización del patrimonio del deudor y, por otro, a su posterior reparto entre los acreedores con respeto al orden de prelación de los créditos⁶⁶⁰. Desde una perspectiva sustancial, liquidar es, antes que nada, hacer líquidos los bienes del deudor, esto es, convertirlos en numerario. La liquidación supone la realización global de la masa activa del concurso para la satisfacción, rara vez plena, de los acreedores⁶⁶¹.

En definitiva, la finalidad esencial de todo el procedimiento concursal es la satisfacción de los acreedores. El convenio implica una solución amigable, basada en el acuerdo de pago.

659

El art. 203 de la LC, al igual que casi todos los restantes artículos de la LC, proviene de la PALC. Ésta fue, también, fuente del Anteproyecto de Ley que culminara con la aprobación de la actual LCE. Sin embargo, no existe en la LCE ninguna norma similar al art. 203 de la LC.

660

HUALDE LÓPEZ, *La fase de liquidación en el proceso concursal; apertura, efectos y operaciones de liquidación* (2008), p. 23.

La liquidación, en cambio, sugiere la imposibilidad de este acuerdo⁶⁶², sin perjuicio de lo cual consiste en una forma normal de conclusión del concurso de acreedores. En efecto, la satisfacción de los acreedores, de no lograrse por la vía del convenio, deberá alcanzarse por la vía de la liquidación del patrimonio del deudor concursado.

El procedimiento liquidatorio tiene las características siguientes:

I. Es universal pues, salvo excepciones⁶⁶³, alcanza a todos los bienes del deudor⁶⁶⁴. Estos bienes son incorporados a la denominada *masa activa*⁶⁶⁵.

II. Es colectivo porque, también, salvo excepciones, agrupa a todos los acreedores en la *masa pasiva* y los somete a una *comunidad de pérdidas*, que los obliga a sacrificar parte de su crédito, conocida como la *pars conditio creditorum*. Esta característica se encuentra justificada por la situación de insolvencia generalizada del deudor - que le impide satisfacer a todos sus acreedores - y por la necesidad de evitar que cumpla con unos acreedores en detrimento de otros.

El procedimiento liquidatorio colectivo tiene por objeto, precisamente, asegurar la igualdad de pago. Impide que algunos acreedores sean pagados y otros no,

661

SÁNCHEZ ARISTI, «De la apertura de la fase de liquidación», *Comentarios a la Ley Concursal...* (2004), coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, v. 2, pp. 1535 y 1536.

662

BELTRÁN SÁNCHEZ, «La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores», *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 4, p. 1200 (2004); BELTRÁN SÁNCHEZ, «La liquidación», *Revista del Poder Judicial*, n° especial, *La Ley concursal* (2004), p. 413; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, «El Derecho concursal», *Lecciones de Derecho mercantil*, 6ª ed. (2008), p. 953; PANISELLO MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ ROZADO, «La fase de liquidación en la nueva ley concursal», *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 1, p. 86 (2006).

663

Quedan excluidos de la masa activa: a) Los bienes que compongan el patrimonio del deudor, propios o gananciales bajo su administración, que tengan el carácter de inembargables (art. 71, § 2) y b) los bienes y derechos que, al momento de la declaración de concurso, se encuentren en posesión del deudor pero que no sean de su propiedad y cuyo destino es ser entregados a sus titulares en virtud del procedimiento de reducción de la masa activa prevista en los arts. 88 y ss.

664

La masa activa del concurso, está integrada por los siguientes bienes: a) La totalidad del patrimonio del deudor concursado a la fecha de la declaración de concurso (art. 71, § 1). Aquí se comprenden los bienes y derechos propios del deudor y los gananciales cuya administración le corresponda de acuerdo a la Ley o en atención al régimen establecido en capitulaciones matrimoniales (art. 71, § 2). b) Los bienes y derechos que adquiera hasta la conclusión del procedimiento (art. 71, § 1). c) Los bienes adquiridos por el cónyuge del deudor en el año anterior a la declaración de concurso, llevados a la masa en virtud de la presunción establecida en el art. 72. d) El saldo acreedor de las cuentas indistintas abiertas con un año o menos de antelación a la fecha de la declaración de concurso, llevado a la masa en virtud de lo dispuesto en el art. 73. e) Los bienes reintegrados a la masa gracias al ejercicio de las acciones revocatorias previstas en los arts. 80 y ss. de la LC.

665

BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 2, 20 ed., p. 505 (2008).

simplemente por ignorancia o inercia, hayan o no promovido una ejecución individual⁶⁶⁶.

III. Es coactivo - pues se prescinde de la voluntad del concursado - y, por esta misma razón, está sujeta al control judicial cualquiera sea la forma de enajenación de los bienes que se adopte⁶⁶⁷.

I. Decreto de apertura de la liquidación

La apertura de la liquidación procede en los casos que se establecen en los n^{os} 1 y 5, del art. 168:

- A. Cuando el deudor así lo pida en la solicitud de declaración judicial de concurso.
- B. En caso de falta de presentación o de aceptación de la propuesta de convenio por la junta de acreedores.
- C. En caso de falta de aprobación judicial del convenio.
- D. En caso de incumplimiento del convenio.
- E. Cuando, en cualquier estado del procedimiento, así lo soliciten, en la junta de acreedores o fuera de ella, acreedores que representen la mayoría de los créditos quirografarios con derecho a voto.

El juez del concurso, una vez verificada la producción de cualquiera de los hechos enumerados en el art. 168, tiene la obligación de ordenar la liquidación de la masa activa. Debido al giro utilizado «ordenará», queda descartada cualquier facultad discrecional al respecto.

En este sentido, la natural predisposición del juez dirigida a decidir respecto a la apertura o no del proceso de liquidación, cede ante el interés general del legislador en dotar a estos procedimientos de eficiencia. Hay, por tanto, sólo una clase de apertura y es, siempre, necesaria (o *por imperium legis*) que se contrapone a la voluntaria (o *por imperium iudicis*)⁶⁶⁸.

II. Legitimación para solicitar la liquidación

A. Liquidación a solicitud del deudor

El art. 168, en el n^o 1, no especifica las causales que habilitan al deudor para iniciar este proceso. Lo lógico es que el deudor solicite la apertura del proceso de liquidación cuando el estado de su patrimonio sea tan deficitario como para prever la imposibilidad de

666

MOSSA, *Derecho mercantil*, 2^a parte, pp. 558 y 559 (1940).

667

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, t. 1 (2005), p. 229.

668

OLAVARRÍA IGLESIA, MARIMÓN DURÁ y VICIANO PASTOR, *Legislación mercantil básica*, 6^a. ed. act., pp. 945 y ss. [2008]; PANISELLO MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ ROZADO, op. cit., pp. 87, 88, 90, 91 y 93; BELTRÁN SÁNCHEZ, «La liquidación», *Revista del Poder Judicial*, pp. 414 a 417; BROSETA PONT, op. cit. pp. 599 y 600; ROJO y BELTRÁN, op. cit., p. 963; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho mercantil*, v. 2, 31 ed., p. 603 [2008]).

cumplir con sus obligaciones aun con el auxilio de un convenio. La exposición de motivos de la LC, por otra parte, establece esta circunstancia⁶⁶⁹.

No obstante, dado el tenor imperativo del acápite del art. 168 y a la ausencia de cualquier requerimiento especial en el n° 1, entendemos que el juez concursal, una vez recibida la solicitud del deudor, debe inmediatamente decretar la liquidación. La única condición que pareciera establecer el art. 168 a la legitimación del deudor para solicitar la liquidación de su masa activa, es en cuanto a la oportunidad para hacerlo. El juez debe ordenar la liquidación, si el deudor lo pide en la solicitud de declaración judicial del concurso.

Sin perjuicio de lo antedicho, entendemos que la solicitud de declaración judicial del concurso no es la única oportunidad en que el deudor puede solicitar la liquidación de su masa activa⁶⁷⁰. Así, por ejemplo, si el deudor que aun habiendo obtenido la aprobación de un convenio, advierte que lo habrá de incumplir y se presenta a solicitar la liquidación, el juez puede decretar la liquidación. En este caso, se trataría de una suerte de confesión de la configuración del caso previsto en el n° 4 del art. 168 (incumplimiento del convenio) y, por otra parte, corresponde reconocer que la anticipación de la concursada a denunciar su propio incumplimiento, tiende a la preservación de la masa activa remanente, en beneficio de los acreedores⁶⁷¹.

En definitiva, así como el art. 167 le confiere legitimación a los acreedores para solicitar la liquidación judicial, en caso de incumplimiento del convenio, el n° 4 del art. 168 le confiere al juez de concurso la potestad para ordenar la liquidación de la masa activa, en términos generales. Una vez que se evidencia el incumplimiento del convenio, para lo cual tienen legitimación los acreedores pero ciertamente, también, el deudor, el juez debe ordenar la liquidación de la masa activa.

B. Liquidación a solicitud de los acreedores

Los acreedores pueden solicitar la apertura anticipada de la liquidación siempre y cuando se trate de acreedores quirografarios que representen la mayoría de los créditos con derecho a voto. Podrán hacerlo en cualquier estado del proceso concursal, sea en la junta o fuera de ella (art. 168, n° 5), respetando los requisitos de enajenación generales establecidos en el art. 175.

Si bien la Ley no plantea obstáculos formales, con el objeto de no demorar la liquidación, es obvio que el proceso concursal deberá encontrarse lo suficientemente adelantado como para poder reconocerse la mayoría de créditos que requiere la norma. Por tanto, la solicitud de apertura anticipada de la liquidación sólo podrá realizarse luego de que

669

En la exposición de motivos se afirma: «*No debe olvidarse que el procedimiento concursal sólo tiene sentido cuando la empresa enfrenta dificultades para el pago a sus acreedores y, por ello, es impensable que las partes atraviesen un procedimiento de estas características sin tener que realizar algún sacrificio o concesión.*»

670

RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Comercial*, 2ª ed. (2011), p. 236.

671

Bajo este mismo supuesto, el JLC de 1^{er} t., por auto 2271 de 5/11/2010, decretó la liquidación de la masa activa de un deudor que, teniendo un convenio aprobado, se presentó a denunciar su imposibilidad para cumplir siquiera con la primera cuota del convenio, debido a circunstancias sobrevinientes.

la lista de acreedores haya adquirido firmeza de acuerdo al art. 105⁶⁷².

Por otra parte, cualquier acreedor puede solicitar la liquidación de la masa activa en caso de incumplimiento del convenio. El juez podrá adoptar las medidas cautelares que estime necesarias las que, de acuerdo a lo establecido en el art. 167, quedarán sin efecto declarado el incumplimiento o desestimada la solicitud.

C. Liquidación de oficio

Por su parte, el juez debe ordenar el inicio del proceso liquidatorio en los casos siguientes:

1. Cuando constata la inexistencia de propuesta de convenio y cuando, aun presentada, verifica que la misma no fue aceptada por la junta de acreedores (art. 168, n° 2).
2. Cuando falte la aprobación judicial del convenio (art. 168, n° 3).
3. Cuando constate el incumplimiento de lo prometido en la fórmula aprobada por la junta de acreedores (art. 168, n° 4, y art. 235).

La causal dispuesta en el n° 3 del art. 168 conduce a plantearnos cuál es el alcance de la valoración que realiza el juez al negar la aprobación judicial del convenio. El juez tiene el poder de rechazarlo cuando se haya incumplido la LC, por ejemplo, cuando constate ilegalidades cometidas en la fórmula aprobada por la junta de acreedores o ilegalidades respecto de la celebración y desarrollo de la junta. El verdadero problema consiste en resolver si, fuera de los casos de contralor de legalidad, el juez tiene el poder de rechazar el convenio y ordenar la liquidación como resultado de un examen de viabilidad de la propuesta o si puede, incluso, considerar la conveniencia de la solución.

Entendemos que no. El art. 129 dispone que los acuerdos de la junta de acreedores deben ser homologados por el juez del concurso y el art. 154 confirma esta tesitura al establecer que si no se formula oposición oportunamente, el juez debe dictar un auto en el primer día hábil posterior aprobando el convenio de acreedores. Exactamente la misma solución prevé la LC en su art. 164. Por lo tanto, el juez carece de cualquier discrecionalidad a este respecto⁶⁷³.

Sólo en el caso de que existieran oposiciones, la aprobación o el rechazo del convenio, dependerá de su criterio (art. 155). Sin embargo, incluso en este caso, la referencia a los casos en que a criterio del juez no pueda aprobarse el convenio, está acotada por lo dispuesto en el art. 152, respecto a las facultades decisorias del juez. Éste sólo puede considerar la no aprobación del convenio cuando, previa oposición al convenio promovida por determinados sujetos (art. 151 y art. 152, § 2), le corresponda expedirse respecto a la existencia de infracciones legales en la constitución o en la celebración de la junta, o en el contenido del convenio o, también, respecto a la emisión de votos decisivos por quien no era titular real del crédito o la obtención de votos mediante maniobras que afecten o puedan afectar a la paridad de trato entre los acreedores quirografarios. Así mismo, si lo solicitan

672

MARTÍNEZ BLANCO, *Manual del nuevo Derecho Concursal...* (2009), p. 364.

673

La doctrina española se encuentra enfrentada al mismo problema. En este sentido se entiende que, aun cuando el juez a petición de parte pueda considerar la viabilidad objetiva de cumplimiento del convenio, no cabría pronunciamiento respecto a la conveniencia o la oportunidad de la solución (BELTRÁN SÁNCHEZ, «La liquidación», *Revista del Poder Judicial...*, p. 411).

los sujetos referidos en el § 2 del art. 152, podría el juez expedirse respecto a la *inviabilidad objetiva* del cumplimiento del convenio.

III. Resolución de liquidación de la masa activa

La LC propone un proceso de liquidación que pretende no tenga trabas, de modo de conducir rápidamente a la eliminación del mercado de la empresa inviable. Esta es una circunstancia señalada en la exposición de motivos y objeto de diversos estímulos, entre ellos, la exoneración del Impuesto al Valor Agregado y del Impuesto Específico Interno al adquirente de bienes componentes de la masa activa (art. 254) y la falta de requerimiento de certificados exigidos por la Ley para la celebración de negocios jurídicos o para su registración, eficacia o perfeccionamiento (art. 114).

El art. 169 dispone el contenido que, necesariamente, deberá contener la resolución que ordene la liquidación. A estas disposiciones, que gobiernan esta fase particular del proceso concursal, habrán de agregarse las disposiciones que establecen efectos generales en todo aquello que sea compatible.

A. Contenido de la resolución de liquidación

El Decreto judicial que dispone la liquidación, debe también disponer sobre lo siguiente:

1. suspensión de la legitimación del deudor;
2. nombramiento del interventor como síndico;
3. fijación de la fecha de licitación para la venta en bloque;
4. declaración de disolución de la persona jurídica concursada y cese de sus administradores.

1. Suspensión de la legitimación del deudor y nombramiento del interventor como síndico

A los efectos de impedir al deudor la disponibilidad del patrimonio, en detrimento de los acreedores, en esta etapa del procedimiento concursal se acaba la tolerancia observada en la parte general de la LC. La suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa, facultativa en la etapa de convenio (arts. 26, 45 y 46) se torna preceptiva.

En consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto en el n° 2 del art. 46, el deudor concursado queda absolutamente impedido de disponer de su patrimonio, aun en los actos considerados de giro ordinario, siendo sustituido por el síndico. Los actos de administración y disposición realizados en contravención de lo dispuesto en esta norma, serán ineficaces respecto a la masa (art. 46, § 1).

Se pone fin a la flexibilidad existente hasta este momento⁶⁷⁴. Si sólo se hubiese limitado la legitimación del deudor, se designará al interventor ya actuante como síndico, quien será el encargado de disponer de los bienes a los efectos de proceder a su liquidación.

Si el deudor ya tuviera suspendida la legitimación, continuará en la etapa liquidatoria el síndico nombrado, sin necesidad de un pronunciamiento expreso en la resolución que decreta la liquidación.

674

BELTRÁN SÁNCHEZ, «La conversión...», p. 1206; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «La liquidación, la clasificación y la conclusión del concurso», *Derecho mercantil*, v. 2, 11 ed. (2008), p. 909.

La norma es razonable, atendiendo a las circunstancias del proceso. Se trata de un deudor que no tiene propuesta o que teniéndola es inviable por diferentes razones. La liquidación es el momento, si ya no se hizo antes, de suspender sus derechos de disposición, como forma de proteger el crédito de los acreedores.

2. Fijación de la fecha de licitación para la venta en bloque

Según se verá, la Ley prefiere la venta en bloque de la *empresa en funcionamiento*. Además, a los efectos de captar al mayor número de oferentes, que sean capaces de conservar la actividad, la LC prefiere el procedimiento de oferta pública.

La LC pretende que la enajenación se realice sin mayores dilaciones, por ello, el art. 169, n° 2, dispone cuándo habrá de realizarse el llamado (dentro de no más de 90 días de decretada la liquidación admitiéndose una sola prórroga en forma excepcional) y las formalidades de la oferta (un pliego conteniendo las bases del llamado a licitación para la explotación de la empresa, propuesto por el síndico y aprobado por el tribunal). De esta forma la LC garantiza una enajenación rápida y reglas transparentes previamente verificadas por el juez.

La fecha prevista y el pliego de condiciones deben formar parte de la resolución judicial de apertura de la liquidación.

3. Declaración de disolución y cese de administradores

Si el deudor es una persona jurídica, además de lo anterior, corresponde que el juez declare la disolución de la sociedad y el cese del órgano de administración (art. 169, n° 3).

4. Formación del incidente de calificación

La resolución de liquidación de la masa activa debe contener, aunque el art. 169 de la LC lo omita, la orden de formación del incidente de calificación. Así surge de lo dispuesto en el art. 197 de la LC, que prevé que el plazo para la comparecencia de los interesados a denunciar hechos que consideren relevantes para la calificación del concurso como culpable corra a partir de la publicación en el Diario Oficial «*de la resolución judicial que ordene la formación del incidente de calificación*». Esa resolución, en función de lo establecido en el art. 196, es la misma que declara la liquidación o, en su caso, que apruebe el convenio.

B. Trámite inmediato a la resolución

En forma inmediata al decreto de apertura de la liquidación se toman dos medidas:

1. La resolución judicial que ordena la liquidación de la masa activa debe notificarse a los miembros de la comisión de acreedores.
2. Debe inscribirse en el Registro dentro de las veinticuatro horas de dictada (art. 20) y publicarse un extracto, también, dentro de las veinticuatro horas de dictada, durante tres días (art. 22).

En todo caso, la LC es clarísima respecto a la ejecución inmediata de lo dispuesto, aunque todavía se esté en plazo para interponer los recursos correspondientes. La LC, por tanto, en aras de la rapidez y la eficiencia, sacrifica el derecho del deudor, pues los recursos presentados no suspenden la ejecución de lo resuelto y el auto de liquidación comenzará a ejecutarse aunque no haya quedado firme.

1. Inscripción

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 20 de la LC, el Juzgado comunicará directamente al Registro la inscripción de la sentencia, dentro de las veinticuatro horas de dictada. El Registro la inscribirá de inmediato y el importe de la tasa registral tendrá el

carácter de crédito de la masa.

No existiendo recursos suficientes disponibles para cubrir las tasas registrales para la presente inscripción en el Registro, así como de toda otra inscripción registral o solicitud de información del mismo tipo que prevea la presente ley, el Juzgado las ordenará de oficio sin cargo.

2. Publicación

La sentencia que declara la liquidación se publica en igual forma que la sentencia de declaración del concurso, lo cual significa lo siguiente (art. 21):

- a. que la publicación será ordenada y tramitada directamente por el Juzgado, dentro de las veinticuatro horas de dictada la sentencia;
- b. que se publicará en el Diario Oficial, por el término de tres días;
- c. que el costo de la publicación tendrá la calidad de crédito de la masa, a menos que no existan recursos suficientes, en cuyo caso el juez ordenará la publicación sin costo.

Esto implica que el edicto debe contener una referencia expresa a la orden de formación del incidente de calificación. Así surge de lo dispuesto en el art. 197 de la LC, que prevé que el plazo para la comparecencia de los interesados a denunciar hechos que consideren relevantes para la calificación del concurso como culpable corra a partir de la publicación en el Diario Oficial *«de la resolución judicial que ordene la formación del incidente de calificación»*. Esa resolución, en función de lo establecido en el art. 196, es la misma que declara la liquidación o, en su caso, que apruebe el convenio.

IV. Efectos de la apertura de la liquidación

A. Vencimiento anticipado de los créditos

El vencimiento anticipado de los créditos y la resolución anticipada de los contratos celebrados por el deudor, son una consecuencia lógica de la apertura del proceso de liquidación. Se trata de una ficción necesaria, de modo de cristalizar las obligaciones del deudor. Dado el inicio del proceso de liquidación, no tiene sentido hacer esperar al acreedor a que venza su crédito ni, tampoco, mantener un contrato a sabiendas de que el deudor no lo podrá respetar. Así, los créditos que todavía no han vencido se vuelven exigibles y es posible resolver los contratos con obligaciones pendientes de ejecución.

La razón de esta solución legal es asegurar la unidad del procedimiento. Para que se pueda realizar la liquidación global del concurso, no debe esperarse cada vencimiento para hacer el pago del correspondiente dividendo.

La exigibilidad de los créditos, sólo tiene relación con el concurso y se mantiene si el concurso continúa. Si por cualquier razón termina el proceso concursal, los plazos renacen.

La exigibilidad de los créditos se produce, exclusivamente, frente al concursado pero no respecto a fiadores o codeudores del concursado.

B. Rescisión anticipada de los contratos con obligaciones pendientes de ejecución

En el § 2 del art. 170 de la LC se establece que será *«justa causa para la resolución anticipada de los contratos celebrados por el deudor con obligaciones total o parcialmente pendientes de ejecución»*.

1. ¿Resolución o rescisión?

Tanto la *resolución*, como la *rescisión*, provocan la extinción del contrato por causas supervinientes a su perfeccionamiento. La palabra *rescisión* – o *receso* o *desistimiento unilateral* - implica la extinción de un contrato, por causas supervinientes a su perfeccionamiento, con referencia sólo hacia el futuro (*ex nunc*). La palabra *resolución*, la reserva nuestra doctrina para aquellos casos en los que se solicita judicialmente la extinción del contrato, fundada en el incumplimiento y la existencia de un daño. A diferencia de la *rescisión*, tiene alcance retroactivo (*ex tunc*)⁶⁷⁵.

El legislador utilizó la palabra *resolución* porque es la utilizada por su fuente - la PALC – sin reparar que en el Derecho nacional se le atribuye a ésta un significado diverso al que se le atribuye en Derecho español. En nuestro Derecho, la expresión que más se ajusta a la cuestión que regula el art. 68 es lo que la doctrina denomina *rescisión*. En adelante, entonces, utilizaremos sólo la palabra *rescisión* al referirnos al derecho a extinguir los contratos con prestaciones pendientes de ejecución.

2. Contratos susceptibles de ser rescindidos

El art. 170 de la LC se refiere genéricamente a la categoría «*contratos celebrados por el deudor con obligaciones total o parcialmente pendientes de ejecución*». En principio, entonces, no queda excluido ningún tipo de contrato.

a. Contratos laborales

De acuerdo al art. 69 de la LC, los contratos de trabajo no se rescinden como consecuencia de la declaración de concurso. Los créditos que se generen con posterioridad a la declaración del concurso serán créditos contra la masa pasiva (art. 91) y serán abonados, a medida que venzan, de acuerdo al art. 92.

Los contratos laborales no sufren mayores alteraciones por la declaración de concurso, lo que no significa que no puedan ser rescindidos en la oportunidad y condiciones que establece el art. 68, o una vez decretada la liquidación, al amparo del art. 170 de la LC⁶⁷⁶.

b. Cesiones de créditos o derechos y contratos garantizados con derechos reales o fideicomisos en garantía

El 20 de julio de 2012 se promulgó la Ley n° 18.937, aprobada por la Asamblea General el 10 de julio del mismo año, que so pretexto de interpretar lo dispuesto en los arts. 68 y 170 de la LC, excluye a las cesiones de créditos futuros y fideicomisos del elenco de contratos con obligaciones pendientes de ejecución susceptibles de ser rescindidos⁶⁷⁷.

675

CARNELLI, *id.*, pp. 235; COUTURE, *Vocabulario jurídico* (1976); ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, t. 3, v. 1, *Doctrina general del contrato, sus efectos* (1999), pp. 61 y 83; PEIRANO FACIO, *id.*, p. 385.

676

FALCO IRIONDO, «El pago anticipado de los créditos laborales en la Ley 18.387», *RDC*, 3ª época, n° 3 (2009), p. 23.

677

El único artículo de la Ley 18.937 dispone lo siguiente:

3. Legitimación activa

Del tenor del art. 170 pareciera implícito que esos contratos no se rescinden automáticamente, sino que se trata de una facultad, pero no se establece expresamente quién será el legitimado para promover la rescisión de los contratos.

En el art. 68 de la LC se establece una norma muy similar a la que aquí estamos analizando, en tanto habilita la rescisión de los contratos con obligaciones pendientes de ejecución. En principio, el art. 68 le confiere el ejercicio de la facultad rescisoria al síndico o al deudor con la autorización del interventor, sin perjuicio de conferírsela, también, a la parte *in bonis*, en determinadas condiciones.

Puesto que el art. 170 establece que la rescisión anticipada dará derecho al cobro de una indemnización por los daños y perjuicios causados por la rescisión, al que se le considera como crédito concursal, pareciera que esta facultad no le corresponde a la parte *in bonis*. Resulta obvio que nadie puede reclamar una indemnización por el daño que se causó a sí mismo al rescindir un contrato. Luego, esta facultad sólo la podría ejercitar el concursado.

No obstante, en atención a que el art. 169 de la LC establece que la resolución que ordene la liquidación suspenderá la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, y que si éste fuere una persona jurídica se declarará el cese de sus administradores, es evidente que el legitimado activamente es el síndico.

4. Mecanismo rescisorio

En el art. 170 de la LC tampoco se contiene detalle alguno respecto al mecanismo mediante el cual se pueden rescindir los contratos con obligaciones pendientes de ejecución. Se nos ocurren dos posibles interpretaciones.

Una interpretación posible sería que frente al silencio del legislador, corresponde recurrir a las normas generales. En esta posición interpretativa, la rescisión debiera pedirse judicialmente, por la vía ordinaria y ante el juez que corresponda.

Otra interpretación posible es recurrir a la integración de este vacío, recurriendo a los fundamentos leyes análogas, tal como indica el art. 16 del CC. Siendo evidente que la norma que presenta mayor analogía a este respecto es el art. 68 de la LC, podría entenderse que para que opere la rescisión, basta que el síndico notifique a la contraparte su voluntad en ese sentido. En este caso, no se requeriría el consentimiento de la contraparte⁶⁷⁸, ni una resolución judicial que declare la rescisión. Tampoco sería exigible que la notificación se tramite judicialmente, por lo que bastaría que se realice por cualquier medio fehaciente.

«Artículo único. Interpretase el artículo 68 de la Ley N° 18.387, de 23 de octubre de 2008, en el sentido de que la facultad que el numeral primero otorga al síndico o al deudor con autorización del interventor de rescindir unilateralmente los contratos de los cuales deriven obligaciones pendientes de ejecución, no alcanza en ningún caso a las cesiones de créditos o derechos, presentes o futuros, respecto de los cuales se hubiera producido la tradición real o ficta o que la transferencia de créditos hubiera operado por aplicación de lo dispuesto por los artículos 33 y 34 de la Ley N° 16.774, de 27 de setiembre de 1996, en la redacción dada por el artículo 1° de la Ley N° 17.202, de 24 de setiembre de 1999. Dicha facultad tampoco alcanza a los contratos garantizados con derechos reales o fideicomisos en garantía. Asimismo, las obligaciones pendientes de ejecución a que alude el citado artículo 68, son únicamente las principales.

La interpretación precedente es aplicable también a la facultad de resolución anticipada prevista en el párrafo segundo del artículo 170 de la Ley N° 18.387, de 23 de octubre de 2008.»

5. Oportunidad

El art. 68 impone que la comunicación de la voluntad rescisoria se manifieste dentro del plazo establecido para que los acreedores presenten la solicitud de reconocimiento de sus créditos, esto es: sesenta días, contados desde la fecha de declaración judicial de concurso.

El art. 170 de la LC no menciona término alguno para el ejercicio de esta facultad. No es posible una integración basada en la analogía, puesto que la solución que brinda el art. 68 carece de sentido en la fase de liquidación. Por lo tanto, entendemos que el síndico puede ejercer esta facultad en cualquier momento.

6. Indemnización

El art. 170 establece que el juez fijará una indemnización por los daños y perjuicios que cause la rescisión. El crédito correspondiente a la indemnización tendrá la consideración de crédito concursal, por lo que quedará comprendido en la masa pasiva del concurso.

V. Formas de liquidación de la masa activa

A. Venta en bloque de la empresa

El art. 173 impone que, en primer término se intente la enajenación de *la empresa* con dos condiciones: que esa venta se haga en bloque y que la empresa esté en funcionamiento.

Es bastante infeliz que el legislador haya optado por referirse a la venta de *la empresa*, siendo que no existe consenso en la doctrina respecto del significado de la palabra *empresa*, según expondremos a continuación. En nuestra opinión, debió utilizarse, como en la LCE, la noción de establecimiento mercantil o industrial, que tiene contornos jurídicos más nítidos o precisos que la empresa en nuestra legislación⁶⁷⁹.

1. Significado atribuido a la expresión «venta de la empresa»

a. Doctrina que considera que la venta de la empresa implica la «enajenación» de autorizaciones y relaciones jurídicas

Algunos autores consideran que la «venta en bloque de la empresa» implica la transferencia de todos los elementos propios del establecimiento comercial y, además, otros elementos como las autorizaciones y relaciones contractuales que vinculan al deudor con proveedores y clientes, así como las relaciones laborales⁶⁸⁰.

Otros autores entienden que la expresión «venta en bloque de la empresa» es utilizada por la LC para señalar que se enajenan no sólo los bienes y derechos de los diversos establecimientos sino, también, aquellos que no lo integran estrictamente, como el mayor valor del emprendimiento en marcha y la estructuración de los factores de producción. La organización que el empresario ha empleado da un valor al establecimiento que supera a la

679

En el mismo sentido, MORALEJO IMBERNÓN, «De las operaciones de liquidación», *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 2, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2004), p. 1600.

680

CREIMER BAJUK, *Concursos, Ley n° 18.387 de 23 de octubre de 2008* (2009), p. 80; MILLER ARTOLA, «Alcance de la venta en bloque de la empresa», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal...* [2008], pp. 99 y 103; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal* (2009), p. 312.

mera suma algebraica del valor de los bienes y derechos que integran su patrimonio⁶⁸¹.

b. Nuestra interpretación

El legislador concursal utiliza el término *empresa* en varios artículos y lo hace en forma ambigua; a veces refiere al establecimiento comercial y otras veces refiere al comerciante⁶⁸². En todo caso, debe recordarse que, en nuestro ordenamiento jurídico, la empresa no es ni un sujeto ni un objeto de Derecho. Por tanto, no puede ser objeto de venta alguna⁶⁸³.

Sólo puede ser enajenado aquello que constituya un objeto de Derecho. Al objeto de Derecho integrado por una pluralidad de bienes – materiales e inmateriales - económica o funcionalmente organizados por el comerciante, a través del cual el empresario desarrolla su actividad, se lo denomina *establecimiento*. No es un impedimento para su enajenación, el hecho de que el comerciante ostente títulos jurídicos heterogéneos sobre los diversos elementos que lo componen, ni que estos conservan su individualidad jurídica⁶⁸⁴.

Aquellos elementos que no son objetos de Derecho sino relaciones jurídicas, como las autorizaciones y los contratos a que se refiere MILLER ARTOLA, no son susceptibles de ser enajenados, por lo cual no pueden considerarse comprendidos en la venta de nada. Así, por ejemplo, en el caso de licencias o concesiones públicas, cuando la casa de comercio se enajena, el adquirente debe recabar una nueva autorización del Poder Público, que podrá concedérsela o no, según las circunstancias y condiciones que las leyes y reglamentaciones establezcan⁶⁸⁵.

Las relaciones jurídicas contraídas por el dueño del establecimiento comercial son el resultado de la actividad desplegada en su explotación pero no lo integran, en nuestro Derecho positivo. Por ello, no están comprendidos en su enajenación, salvo excepciones⁶⁸⁶.

Por otra parte, no hay duda de que una eficiente organización de los factores valoriza a los activos de un empresario pero ni la eficiencia, ni la organización pueden ser enajenadas. No participamos de las corrientes doctrinarias que sustentan que la organización es un bien incorporeal que se suma a los restantes para conformar el establecimiento. No lo es, pues no

681

HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387*, p. 171.

682

RODRÍGUEZ OLIVERA, «Presupuesto subjetivo del concurso en el proyecto de Ley Concursal», *Revista de Derecho Comercial*, tercera época, n° 1 (2008), p. 210.

683

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal*, p. 310.

684

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *El establecimiento mercantil*, in: URÍA y MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1 (1999), p. 101.

685

RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 1: *Parte general*, t. 3: *Establecimiento comercial y propiedad industrial* (2005), p. 56.

RODRÍGUEZ MASCARDI advierte que no se le puede imponer al Estado que quien compró a través de la licitación, por ejemplo, una agencia de quinielas, siga explotando ese giro, siendo que se trata de un permiso que se da en función de los antecedentes personales del agente (RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 240).

tiene autonomía ni tutela jurídica propia, ni se concibe sin los elementos materiales e materiales de la casa. En realidad la organización es una cualidad del establecimiento⁶⁸⁷.

La plusvalía que obtienen los bienes gracias a la vinculación que los une e integra en el establecimiento comercial - definición que ASCARELLI proponía para la expresión *valor llave* - tampoco es objeto de Derecho. Es una cualidad y, por lo tanto, no puede ser enajenada, sin perjuicio de que pueda ser considerada al establecer el valor del establecimiento. Sin duda, el valor llave es tenido en cuenta en la fijación del precio de la casa de comercio pero, en sí mismo, no puede ser enajenado, puesto que no es un objeto sino una cualidad del objeto⁶⁸⁸.

Más allá de las imprecisiones terminológicas, está claro que la LC establece un régimen general de prioridades, que tiene por finalidad atenuar los efectos nocivos que se puedan provocar, tanto a la productividad como a las fuentes de trabajo⁶⁸⁹, con la consecuente pérdida de valor, que redundaría en un perjuicio para el conjunto de los acreedores. Consecuentemente, el plan de enajenación, que se debe tener preparado desde prácticamente el inicio del procedimiento⁶⁹⁰, debe tener en cuenta, en primer lugar, que debe intentarse la enajenación con todos los establecimientos comerciales o industriales a través de los cuales el deudor realiza su actividad empresarial. En segundo lugar y concomitantemente, debe mantenerse la actividad del deudor, de modo de poder enajenar a los establecimientos «*en funcionamiento*».

Sólo una vez probado que este tipo de enajenación no es posible y si a los acreedores conviene otra forma de liquidación, podrá dejarse de lado esta aspiración para proceder a concretar otra solución⁶⁹¹.

686

Según dispone el art. 648 del CCom, con la enajenación de la cosa asegurada se produce la transmisión de derechos y obligaciones del contrato al nuevo dueño, aun sin mediar cesión o entrega de la póliza. De manera que si el dueño de la casa de comercio ha asegurado la casa de comercio o los elementos que la integran, al enajenarla, se transfieren automáticamente los derechos y obligaciones del contrato al adquirente, sin que sea necesaria ninguna nueva expresión de voluntades y sin que sea necesario recabar el consentimiento del asegurador. Esta norma no se aplica al seguro de incendios (art. 683 CCom).

687

En doctrina hay concepciones distintas sobre la naturaleza de la organización. Hay autores que la consideran como un bien; otros que la consideran como un elemento esencial a tal punto que confunden hacienda con organización y hay quienes le niegan carácter de bien, negándole trascendencia jurídica (URÍA, *Derecho mercantil* [2002], p. 32).

688

RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 57.

689

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES y DE TORRES, «La liquidación, la clasificación...» (2008), p. 913.

690

La LCE contiene una disposición similar en la que se plantea la necesidad de la enajenación de los activos siguiendo un plan elaborado por la administración concursal. Este plan encuentra su fundamento en la presencia del principio de enajenación unitaria (BROSETA PONT, op. cit., p. 600).

691

La LC es más terminante que la LCE en este aspecto. La LCE utiliza la expresión «*siempre que sea factible*». Gracias al giro dado, hay quien interpreta una preferencia por el interés de los

2. Sobre la continuidad o no, de las relaciones laborales

MILLER ARTOLA considera que en la «venta en bloque de la empresa» están incluidas las relaciones laborales⁶⁹². En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MASCARDI considera que los contratos de trabajo, en principio, continúan con el nuevo empresario quien, si no quiere mantener a los empleados de la concursada, debe pagar la indemnización por despido correspondiente⁶⁹³.

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO son de la misma opinión, sobre la base de los argumentos siguientes:

- a. que al valorizar económicamente a la empresa, los contratos de trabajo constituyen un activo más de la misma, que se transfiere al comprador;
- b. que las expresiones *bloque y funcionamiento* conducen a una interpretación amplia de los elementos comprendidos en la enajenación, en la que consideran incluidas todas las relaciones contractuales;
- c. que los principios de la LC tienden a la conservación de los puestos de trabajo;
- d. que no existe disposición legal alguna que imponga la finalización de los contratos de trabajo⁶⁹⁴.

Consecuentemente, las relaciones laborales vigentes al momento de la venta de la empresa deben reputarse intangibles e inmodificadas. Esto implica el mantenimiento de la retribución, antigüedad, categoría, horario y lugar de trabajo, así como los convenios colectivos celebrados por el deudor concursado. No obstante, advierten que el art. 177 no deja margen de duda en cuanto a que las deudas laborales no se transfieren al adquirente de la empresa⁶⁹⁵.

Por nuestra parte, entendemos que los contratos de trabajo celebrados con los empleados y obreros no pueden considerarse comprendidos en la enajenación de cosa alguna. En nuestro Derecho, el adquirente no tiene derecho de exigir a los trabajadores contratados por el enajenante las prestaciones de los servicios convenidos con éste; ni los trabajadores tienen derecho de exigir al adquirente que respete los términos de los contratos de trabajo que los ligan al enajenante⁶⁹⁶.

acreedores (BELTRÁN SÁNCHEZ, «La liquidación», *Revista del Poder Judicial* [2004], p. 448).

692

MILLER ARTOLA, op. cit., pp. 99 y 103.

693

RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 240.

694

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELO, *Aspectos laborales de la Ley de Reforma Concursal y de Reorganización Empresarial, Ley 18.387 (2010)*, pp. 129 y 130.

695

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, id., p. 131.

696

En el art. 2112 del CC italiano se establece que en caso de transferencia de la *azienda*, el contrato de trabajo continúa con el adquirente y el prestatario del trabajo conserva los derechos derivados de la antigüedad adquirida antes de la transferencia. Se agrega que el adquirente está obligado

A nuestro entender, no es necesaria una disposición legal que imponga la finalización de los contratos de trabajo. Los contratos sólo obligan a las partes que los celebraron. El adquirente de un establecimiento no celebró contrato alguno con los trabajadores del deudor concursado. Para que el adquirente se viera vinculado por un contrato que no celebró - a la inversa de lo que pretenden ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO - se requeriría una norma legal expresa en ese sentido, que la LC no contiene. No alcanza, a nuestro entender, una invocación genérica a principios, para extender el alcance subjetivo de los contratos.

Por otra parte, según se dijo en los párrafos anteriores, la expresión «*venta en bloque de la empresa*» no es más que una fórmula jurídicamente imprecisa para referirse a la enajenación de los establecimientos comerciales e industriales del deudor. La palabra *venta* sólo puede estar referida a bienes. Las relaciones contractuales, incluidas las laborales, no integran el activo del deudor, ni son un bien.

Que la enajenación de un establecimiento comprenda tanto a los bienes tangibles como los intangibles del mismo, no implica que se produzca una cesión universal de los contratos celebrados por el enajenante. Los bienes *intangibles* a que se refiere la doctrina son las marcas, nombre comercial, patentes, privilegios, etc., esto es, los llamados *bienes incorporales*⁶⁹⁷.

El que las relaciones laborales aporten *valor* a la empresa constituye una afirmación por demás discutible. Es una apreciación meramente subjetiva, que no convierte a las relaciones contractuales en bienes susceptibles de enajenación. Es, también, eventualmente posible que las relaciones laborales que vinculan al deudor concursado con sus empleados, sean determinantes de la situación de insolvencia de la empresa. Y si hablamos de principios de la LC, podría, asimismo, llegar a considerarse que el mantenimiento de las relaciones laborales, en las mismas condiciones que existían antes de que se decretase la liquidación, conspira contra la conservación de la empresa en sí misma considerada.

Consideramos que, en el caso de que se produzca la continuidad de las relaciones laborales, los nuevos contratos o las cesiones de contratos que se puedan celebrar para asegurar la continuidad de los trabajadores en la empresa, podrán conectarse con la enajenación pero, estrictamente, constituyen negocios independientes y de ninguna manera impuestos forzosamente por ninguna disposición de la LC⁶⁹⁸.

3. La subasta

El legislador prefiere la subasta como forma de enajenar la empresa en bloque, en el entendido de que este procedimiento evita el *malbaratamiento* derivado del dominio de ciertos oferentes o la caída del valor del bien producto del apresuramiento en la venta⁶⁹⁹.

a. La licitación

El art. 172, que estamos comentando, determina el procedimiento de la subasta mediante una licitación ajustada a las condiciones reglamentarias establecidas por el Poder Ejecutivo.

solidariamente con el enajenante, por todos los créditos laborales, siempre que el adquirente los conozca o los créditos resulten de los libros de la *azienda* transferida.

697

RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 47 y ss.

698

RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, id., p. 63.

Los pliegos de condiciones deberán contener los requisitos mínimos necesarios para la presentación del oferente. A los efectos de asegurar el cumplimiento es necesario que el oferente denuncie, entre otros aspectos, sus antecedentes comerciales y el estado de su patrimonio, ofrezca garantías de mantenimiento de la oferta, acredite no tener vínculos con el deudor y estar al día con sus obligaciones laborales y tributarias (art. 172, lit. a).

El legislador debió haber exigido, además, un estudio detallado de la inversión a realizar, esto es, una proyección de los recursos productivos a incorporar a la actividad y que se conoce como «*plan de negocios*»⁷⁰⁰.

b. Las ofertas

Las ofertas no pueden ser inferiores al 50 % del valor de tasación de la empresa. La LC prefiere la oferta más alta que asegure el pago al contado.

Sin perjuicio, de lo anterior, permite una oferta a crédito, siempre y cuando se acrediten las siguientes condiciones:

- * La oferta a crédito debe ser superior a la oferta al contado.
- * La oferta debe ser aceptada por lo menos por acreedores que representen el 75 % del pasivo quirografario.
- * No deben perjudicarse los derechos de los acreedores privilegiados (art. 172, lit. c).

c. Oferta realizada por los trabajadores

La LC estimula la oferta realizada por los propios trabajadores, empleados del comerciante en concurso, otorgándole preferencia por sobre las demás (art. 172, lit. c). Para que su oferta sea válida, es necesario que constituyan una cooperativa o una sociedad comercial, que más del 50 % de la propiedad corresponda a los trabajadores que desarrollaban actividad personal al inicio del proceso concursal y que, en caso de adoptar la forma de sociedad anónima o en comandita por acciones, las acciones de los trabajadores sean nominativas no endosables. Como parte de pago, se permite incluir en la oferta la renuncia a los créditos laborales (art. 172, lit. b).

4. La adjudicación

El art. 173 establece que la adjudicación será título hábil suficiente para la transmisión de la propiedad de los bienes referida en el art. 172, en las condiciones establecidas en el art. 177, y a todos los efectos registrales.

a. La adjudicación como título hábil para transmitir la propiedad

La interpretación del art. 173 no es sencilla. Para empezar está el tema de la doble remisión, que corresponde a una redacción no convincente, propia de una pobre técnica

699

La misma circunstancia se observa en el Derecho español. En este sentido, el procedimiento de la enajenación mediante procedimientos abiertos al público se constituyen en el segundo pilar de la reforma concursal española justificado por la necesidad de transparencia y objetividad en la determinación del precio (RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, op. cit., pp. 912 y 913; ROJO y BELTRÁN, «El Derecho...», p. 916).

700

MARTÍNEZ BLANCO, *Manual del nuevo Derecho Concursal. De los orígenes de las crisis empresariales a la Ley N° 18.387 de 23/10/2008* (2009), p. 369.

legislativa⁷⁰¹. Luego, refiere a una transmisión de la propiedad de bienes que no encuentra asidero en el artículo al que se remite (art. 172), puesto que la palabra «bienes» no se emplea en dicha norma, ni existe alusión alguna a una «transmisión de la propiedad».

El art. 172 trata de la «subasta» de la «empresa en funcionamiento» y del procedimiento licitatorio que se empleará en ella. En el § 2 del art. 172 se hace referencia expresa a una «venta» otorgada por el Juez del Concurso y a que éste hará la tradición. De modo que, según el tenor del art. 172, el título para la transmisión de la propiedad de la «empresa en funcionamiento» es la venta en subasta.

En el art. 173 se abandona la terminología que se venía utilizando en el art. 172 y se hace referencia a una «adjudicación» de la «propiedad de los bienes». La palabra «adjudicación», en realidad, es más adecuada que la palabra «venta» utilizada por el art. 172, puesto que la enajenación de la «empresa en funcionamiento» debe ser realizada no propiamente en una subasta (como se pretende en su acápite), sino mediante un proceso licitatorio (que es el verdadero contenido de ese artículo)⁷⁰².

De modo que, según lo dispuesto por el art. 173 en análisis, no es la venta otorgada por el Juez del Concurso el título hábil para la transmisión de la propiedad de los bienes que integran la «empresa en funcionamiento», sino la «adjudicación». Sin embargo, si la enajenación comprende bienes para cuya transmisión se requiere escritura pública – como es el caso de los inmuebles y los establecimientos comerciales e industriales, por ejemplo - no creemos que pueda ser suficiente la «adjudicación». Será necesario que se redacte la escritura de compraventa y, en ese sentido, cobra relevancia lo dispuesto en el § 2 del art. 172, en cuanto a que la venta la otorgue el Juez del Concurso y éste se ocupe de la tradición. La escritura, como es de estilo, la autorizará el escribano que designe el adquirente⁷⁰³.

Para que la transferencia de la propiedad sea oponible *erga omnes*, deberá ser inscripta en el Registro correspondiente⁷⁰⁴.

b. Sobre las condiciones establecidas en el art. 177

La transmisión de la propiedad de los bienes que integran la «empresa en funcionamiento», de acuerdo con lo expresamente dispuesto por el art. 173, se verifica en las condiciones establecidas en el art. 177. Esto significa que el adquirente de los activos del

701

MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal. De las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal (Ley N° 18.387 de 23/10/2008)*, 2^{da} ed. (Montevideo: FCU, 2012), p. 397; RAMOS, «Venta en bloque de establecimiento comercial en un concurso: La Ley n° 18.387 terminó con la responsabilidad solidaria del adquirente», *ADCom*, n° 13, p. 175.

702

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, p. 315.

703

El CGP prevé expresamente, en su art. 389.1, al regular la vía de apremio, que la si se subastaren bienes cuya enajenación requiere escritura pública, ésta sea otorgada de oficio y autorizada por el escribano que designe el mejor postor o quien le suceda en sus derechos, para lo que se fijará plazo. Vencido el plazo, el tribunal revocará la designación anterior y nombrará de oficio otro escribano, al que fijará un único plazo, bajo pena de anulación del remate. En este caso, los gastos del remate anulado y los daños y perjuicios causados son de cargo del comprador (art. 390 CGP).

704

RAMOS, *op. cit.*, p. 175.

deudor o de su establecimiento, no será responsable por las obligaciones que la LC pone a cargo de los sucesores o adquirentes, sean comerciales, laborales, municipales, tributarias o de otra naturaleza.

Esta solución es radicalmente diversa de la establecida en el art. 389.2 del CGP para la transmisión en vía de apremio. En este artículo se dispone que el comprador podrá adelantar el pago de los tributos adeudados por el ejecutado y necesarios para la escrituración, que le serán descontados del precio.

En cambio, en función de lo establecido por el art. 173, en su remisión al art. 177, el adquirente no tiene por qué adelantar los tributos adeudados por el concursado. El Fisco deberá procurar la satisfacción de su crédito con el precio que se obtuvo en la licitación de la «*empresa en funcionamiento*», dentro del proceso concursal, sin otra prerrogativa que los privilegios que le correspondan en el concurso.

Así mismo, la solución prevista en el art. 177 es absolutamente diversa a la prevista para la enajenación de establecimientos comerciales. Cuando se enajena un establecimiento, el adquirente es, en principio, responsable solidariamente por todos los pasivos comerciales del enajenante. La Ley de Enajenación de Establecimientos Comerciales n° 2904 de 1904 (LEE) sólo habilita una limitación de la responsabilidad del adquirente, siempre que se realicen las publicaciones que impone la Ley, respecto a los acreedores que se hubieren presentado a percibir el importe de sus créditos dentro del término legal y de aquellos que consten en los libros de la casa (arts. 1 y 2 LEE)⁷⁰⁵. Además, la enajenación del establecimiento, que necesariamente debe hacerse por escritura pública, requiere la previa tramitación de certificados que acrediten la inexistencia de adeudos tributarios, según establece el art. 2 Decreto Ley de Promesa de Enajenación de Establecimientos Comerciales n° 14.433 de 1975 (DLPE)⁷⁰⁶, puesto que el art. 22 del Código Tributario (CT) establece la responsabilidad solidaria de los adquirentes de casas de comercio por las obligaciones

705

Los arts. 1 y 2 de la LEE se transcriben a continuación: «*Art. 1. Toda enajenación a título singular de un establecimiento comercial, deberá ser precedida de avisos publicados durante veinte días en dos diarios de la capital, designados cada año por el Tribunal Pleno llamando a los acreedores del enajenante para que concurren al domicilio que se expresará en los avisos, a percibir el importe de sus créditos dentro del término de treinta días contados desde el siguiente a la primera publicación.*

Art. 2. Las enajenaciones realizadas después de las publicaciones y del término establecido en el artículo 1 hacen responsable al adquirente, solidariamente, con el enajenante de las deudas de éste que consten de los libros de la casa y de los que se hayan presentado durante el término prefijado en el mismo artículo.»

El art. 1 fue parcialmente derogado por el art. 1 de la Ley 5418 de 1916, donde se establece que los avisos deben publicarse en dos diarios; uno de ellos debe ser el Diario Oficial y otro el de elección del interesado.

706

El art. 2 del DLPE dispone lo siguiente: «*Dentro de los quince días de la fecha en que el promitente comprador tome posesión del establecimiento comercial - lo que constará en acto notarial - deberán solicitarse los certificados que las leyes exigen para el otorgamiento de la escritura definitiva, los cuales serán expedidos por las respectivas oficinas dentro de los ciento ochenta días de solicitados.*

Si el promitente vendedor no solicitare los certificados dentro del plazo de los quince días indicados, será pasible de una multa equivalente al 20 % (veinte por ciento) del precio estipulado, sin perjuicio a ser compelido a la escrituración forzada. En este caso, el promitente comprador o el profesional actuante, quedan facultados para efectuar la solicitud de certificados.

tributarias de sus antecesores⁷⁰⁷.

En cambio, de acuerdo con los términos de los arts. 173 y 177, la adjudicación de la «*empresa en funcionamiento*» puede suponer la transferencia de un establecimiento comercial o industrial, sin que el adquirente contraiga responsabilidad alguna por las deudas del enajenante⁷⁰⁸. Por lo tanto, los arts. 1 y 2 de la LEE no resultan aplicables al caso en que la enajenación del establecimiento esté vinculada a una adjudicación de la «*empresa en funcionamiento*» dentro del marco de un proceso concursal⁷⁰⁹.

Tampoco corresponde que se condicione la escrituración del establecimiento a la previa tramitación de certificados que acredite que el deudor carece de adeudos tributarios o que el importe de la deuda haya sido consignado.

B. Liquidación por partes de la masa activa

1. Presentación de un proyecto actualizado de liquidación

En el caso de no lograrse la «*venta en bloque de la empresa en funcionamiento*», el síndico debe presentar a la comisión de acreedores un proyecto actualizado de liquidación, en el que determinará para cada clase de bienes y derechos que integren la masa activa, las reglas particulares conforme a las cuales se enajenarán.

Toda la liquidación, primero intentada en forma unitaria y, luego, en partes, obedece a

Si dentro del plazo de ciento cincuenta días no se hubiere realizado la liquidación definitiva del adeudo tributario el organismo encargado de la expedición del certificado habilitante practicará una liquidación provisoria disponiendo al efecto de un plazo de treinta días y consignado su importe, expedirá el recaudo pedido con las reservas que correspondan.

Transcurridos dichos plazos sin que se expida el certificado ni se practique la liquidación definitiva o provisoria, las partes estimarán la deuda tributaria que tuviere el establecimiento comercial a enajenar y consignarán su importe ante el organismo recaudador correspondiente. Si éste no lo admitiera, lo depositarán en el Banco de la República Oriental del Uruguay.

El comprobante de depósito tendrá el carácter de certificado y será suficiente para otorgar la enajenación del establecimiento comercial y demás actos relativos al mismo.

En estos casos, el adquirente y el escribano quedan liberados de la responsabilidad solidaria que pudiere corresponderles.

Cuando se proceda a la escrituración forzada se aplicarán las normas que anteceden y, no obstante lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3º, el adquirente sólo quedará liberado de su responsabilidad solidaria en caso de haberse gestionado y obtenido el certificado o haberse realizado el depósito sustitutivo.»

707

El art. 22 del CT establece lo siguiente: «*(Solidaridad de los sucesores). Los adquirentes de casas de comercio y demás sucesores en el activo y pasivo de empresas en general, serán solidariamente responsables de las obligaciones tributarias de sus antecesores; esta responsabilidad se limita al valor de los bienes que se reciban, salva que los sucesores hubieran actuado con dolo. La responsabilidad cesará al año a partir de la fecha en que la oficina recaudadora tuvo conocimiento de la transferencia.*»

708

RODRÍGUEZ OLIVERA, id. *ibid.*

709

RAMOS, op. cit., p. 175.

400

una planificación. También, debe haber planificación en la liquidación originada en el convenio del art. 138⁷¹⁰.

a. Condiciones de presentación y contenido del proyecto

El proyecto actualizado de liquidación debe ser elaborado por el síndico y presentado a la comisión de acreedores dentro de los treinta días siguientes a la resolución judicial que declare desierta la licitación que intentó la venta en bloque de la empresa en funcionamiento.

La LC establece el contenido mínimo del proyecto.

En primer lugar, debe contener una actualización de la propuesta de liquidación presentada por el síndico o el interventor, en su caso, a los acreedores en el informe que ordena realizar el art. 123 de la LC y que fuera considerado en la junta de acreedores (art. 122 LC). Se recuerda que en el n° 5 del art. 123 de la LC se establece que el síndico o el interventor deben informar respecto a la forma más conveniente de proceder a la liquidación de la masa activa, para el caso de que no se apruebe un convenio entre el deudor y sus acreedores, ni se logre realizar la venta en bloque de la empresa en funcionamiento. El informe debe contener la tasación a valor de liquidación de la «*empresa en partes*», realizada por el síndico con el asesoramiento de un experto independiente (art. 123, n° 6, LC).

La LC no especifica en qué consiste la actualización a que se refiere. Puede entenderse que, eventualmente, el proyecto deberá actualizar el valor de liquidación de la «*empresa en partes*» que se informara en la oportunidad que acabamos de referir (lo cual supone una nueva tasación). Eventualmente, la masa activa puede haber aumentado en función del resultado de acciones de reintegración o disminuido por efecto de acciones reivindicatorias. Asimismo, como a esta altura habría dado fin al término de la moratoria sobre las ejecuciones hipotecarias o prendarias, la masa activa se puede haber visto seriamente disminuida hasta el punto de tornar inviable la liquidación de la «*empresa en partes*» propuesta en el informe presentado a la junta.

En segundo lugar, el proyecto debe indicar las reglas particulares de enajenación que el síndico estime pertinentes atendiendo a la naturaleza de cada uno de los bienes y derechos que integran la masa activa. La LC no impone la venta en subasta pública.

b. Función y facultades de la comisión de acreedores

La comisión de acreedores tiene la facultad de aprobar o rechazar el proyecto de liquidación. En caso de aprobarlo la realización de los bienes se efectuará en un todo de acuerdo al proyecto del síndico. Si la comisión de acreedores no aprueba el plan, entonces la liquidación se realizará siguiendo las reglas de la LC que, según se verá, resultan subsidiarias y supletorias⁷¹¹.

Debe advertirse que la LC no especifica los detalles intermedios entre la presentación del proyecto y su aprobación o rechazo por la comisión de acreedores. Puede entenderse que la comisión no tiene facultades para proponer modificaciones. Sin embargo, esta solución no parece razonable, pues los acreedores son los principales interesados en una liquidación ágil y eficiente. Puede interpretarse, entonces, que la LC no ha querido demorar el proceso estableciendo plazos y traslados entre el síndico y la comisión asesora pero permite el diálogo necesario de forma de llegar a un proyecto que resulte aprobado por la comisión.

710

Dicho plan deberá ser informado por el síndico o el interventor y presentado para la consideración de los acreedores (arts. 142 y 143).

Igualmente, hay un límite para estas negociaciones puesto que el síndico tiene sólo treinta días para presentar el proyecto.

De cualquier manera, estrictamente, la comisión de acreedores no puede imponer modificaciones al proyecto del síndico. Su actuación se limita a aprobar o rechazar el proyecto. Además, el rechazo tiene como único efecto que el síndico deba sujetarse a las reglas previstas en el § 2 del art. 174 de LC.

c. Facultades del juez

La liquidación no puede iniciarse sin que las reglas conforme a las cuales debe proceder el síndico a enajenar los bienes y derechos que integran la masa activa hayan sido puestas en conocimiento del juez del concurso. Sin embargo, el juez carece de facultades para aprobar o rechazar las reglas referidas.

Se advierte el carácter restrictivo de la función atribuida al juez en esta instancia. Ni siquiera se le presenta el proyecto actualizado de liquidación para que realice sobre él un contralor de legalidad. Lo único que el síndico debe poner en conocimiento del juez son las reglas según las cuales procederá a enajenar los bienes y derechos que integran la masa activa.

No obstante, aun dentro del limitado margen de actuación que la LC le confiere al juez en esta instancia, entendemos que éste debe controlar la legalidad de las reglas conforme a las cuales habrán de enajenarse los bienes y derechos que componen la masa activa. De modo que si el proyecto de liquidación no hubiere sido aprobado por la comisión o en todo lo no previsto en el proyecto, estará sujeto al contralor judicial, el puntual seguimiento de las reglas enumeradas en el § 2 del art. 174. Así, por ejemplo, competirá al juez del concurso el contralor de la existencia de un informe justificativo de la conveniencia de la realización aislada de los elementos que componen la masa activa, en lugar de la enajenación de las diversas unidades productivas como un todo. Al juez del concurso corresponderá, también, observar las reglas que se ponen en su conocimiento, si dispusieren un procedimiento diverso al previsto en las disposiciones que regulan la vía de apremio, en el caso de liquidarse los bienes inmuebles, muebles y derechos de propiedad intelectual o industrial. De la misma manera, debiera el juez plantear observaciones en el caso que el

711

La Ley española de concurso, también, determina la necesidad de seguir un plan o, por lo menos, ciertas reglas sea cual sea la modalidad de enajenación (arts. 148 y 149). RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, explica la previsión del plan en la necesidad de establecer reglas claras en situaciones como la concursal donde generalmente no hay remanente suficiente para satisfacer a los acreedores (RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, op. cit., p. 911). La denominada «*administración concursal*» tiene la obligación de realizar una propuesta de plan de liquidación que, una vez puesta de manifiesto, será objeto de apreciación por los acreedores y el deudor, no descartándose un proyecto alternativo. En caso de diferencias entre ellos, será el Juez el que determinará la forma de liquidación. En caso de que la Administración Concursal no haya realizado el plan, la Ley ordena el seguimiento de las «*reglas supletorias*» (PANISELLO MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ ROZADO, op. cit., p. 101 a 103; BELTRÁN SÁNCHEZ, «La liquidación», pp. 413 y 447 a 451; BROSETA PONT, op. cit., p. 600; ROJO y BELTRÁN SÁNCHEZ, op. cit., pp. 962 y 964). El deudor también puede ofrecer una propuesta de liquidación, al solicitar la liquidación. La Ley española no menciona este proyecto en la sección dedicada a la liquidación, razón por la cual la doctrina está dividida respecto a su carácter vinculante o no vinculante. BELTRÁN SÁNCHEZ, entiende que la Administración Concursal no tiene la obligación de utilizarla (BELTRÁN SÁNCHEZ, «La liquidación», p. 447). RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, en cambio, estima que no tiene razón de ser su existencia si no se lo utiliza aunque más no sea como base (RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, op. cit., p. 914).

síndico propusiere enajenar valores que tenga oferta pública fuera de los mercados formales en que los mismos tengan cotización.

2. Reglas supletorias

Sólo si la comisión de acreedores no aprobó el proyecto, y en todo aquello no previsto en la planificación del síndico, la enajenación de la actividad por partes debe ceñirse a las reglas determinadas en este art. 174 (n^{os} 1 a 5). Estas reglas, por tanto, son de aplicación subsidiaria y supletoria y su adaptación a la liquidación concreta debe ser sometida a consideración del juez antes de comenzar la enajenación (art. 174, § final).

a. Regla n^o 1: enajenación de las diversas unidades productivas como un todo

En caso de existir «*diversas unidades productivas*», salvo que en el proyecto de liquidación aprobado por la comisión de acreedores se hubiera dispuesto otra cosa, se deben enajenar éstas «*como un todo*». La LC, no obstante, faculta al síndico a eludir esta regla, si justifica – informe mediante – que es más conveniente para la masa la previa división de esas «*unidades productivas*» o, incluso, la realización aislada de los elementos que las componen.

La regla, entonces, para el caso en que no se hubiere logrado la venta en bloque de la empresa en funcionamiento y la comisión no aprobare el proyecto alternativo de liquidación propuesto por el síndico, es la enajenación conjunta de los diversos establecimientos del deudor. La enajenación separada de los establecimientos o el remate de los elementos que los componen, es una solución subsidiaria, sujeta a la consideración del síndico sobre lo que sea más conveniente para la masa.

*** Concepto de «*unidad productiva*»**

La LC no define qué es lo que considera como «*unidad productiva*».

De acuerdo con el Diccionario, la *unidad* es una propiedad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere. A su vez, *productivo*, en su acepción económica, es lo que arroja un resultado favorable de valor entre precios y costes⁷¹².

En el art. 149.2 de la LCE se la describe como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica.

Teniendo en consideración lo expuesto podríamos considerar que existirán «*diversas unidades productivas*», en el caso en que el deudor concursado posea establecimientos comerciales, industriales, agropecuarios, etc., que sean susceptibles de ser divididos sin menoscabo de su identidad como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica.

En este sentido, RODRÍGUEZ OLIVERA considera que podría entenderse, por ejemplo, que el deudor sea un comerciante con varios establecimientos o con una sede principal y varias sucursales comerciales. En este caso, cada establecimiento o cada sucursal sería una unidad productiva. Si se trata de un ganadero que explota varios campos ubicados en diversos lugares del país, cada uno de ellos sería una unidad productiva⁷¹³.

712

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22 ed.

* Excepción a la primera regla

La regla de enajenar las diversas unidades productivas «*como un todo*» puede ser relevada si el síndico estima que es más conveniente para la masa, su «*previa división*» o la «*realización aislada de los elementos que los (sic) componen*». En dicho caso, el síndico deberá emitir un informe justificativo.

No resulta claro a qué se aplica la expresión «*previa división*», si a las diversas unidades productivas o a los elementos que componen a éstas. Gramaticalmente refiere a los elementos que componen a las unidades productivas pero, en ese caso, no agrega nada a la opción de realización aislada de los elementos que las componen. Creemos que lo que la norma quiso es habilitar al síndico a no enajenar las diversas unidades productivas como un todo, sino separadamente, si esto fuera más conveniente para la masa. Esto es, traducido a lenguaje jurídico, si el deudor fuese propietario de más de un establecimiento o diversos tipos de establecimientos, cada uno de ellos podría ser objeto de una enajenación independiente, si se estima que de esta forma se facilita la liquidación o puede obtenerse un resultado más favorable. En cuanto a la «*realización aislada de los elementos que los componen*», claramente se refiere a la venta de los bienes materiales e inmateriales que integran el establecimiento. En virtud de la regla dispuesta en el n° 3 del artículo en análisis, esa venta debe realizarse en subasta pública.

El art. 174 de la LC habilita al síndico a apartarse de la regla que establece, cuando la división de la unidad productiva o la realización aislada de los elementos que la componen sea más conveniente para «*la masa*». Pero la LC no especifica a qué *masa* se refiere, pero pareciera obvio que se trata de la *masa pasiva*. La masa pasiva del concurso, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 55, comprende a todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, anteriores a la declaración del concurso, siempre que se hayan verificado sus créditos⁷¹⁴.

De modo que, entre los diversos intereses tutelados en general por el Derecho concursal, el legislador opta por uno, cuya consideración exclusiva le impone al síndico: el interés del conjunto de los acreedores verificados. Esto constituye un claro ejemplo de que la LC no considera a la conservación de la empresa en sí misma considerada, como un interés tutelable en cualquier escenario. Una vez descartada la venta en bloque de la empresa en funcionamiento, la LC impone que prevalezca el interés del conjunto de los acreedores.

Por otra parte, corresponde observar que el informe en que el síndico justifique su opción por la división de las unidades productivas o la realización aislada de los elementos que las componen, no debe basarse en la conveniencia de algunos acreedores en particular, ni siquiera de la mayoría de ellos. La determinación de aquello que constituye la *conveniencia de la masa* supone una valoración del síndico, en términos generales, del mecanismo más adecuado para obtener la máxima satisfacción de los créditos que integran la masa pasiva concursal.

* Informe justificativo

713

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*, p. 321.

714

Doctrinariamente, también, se la denomina *masa de acreedores* o *masa subjetiva* (MEZZERA ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Comercial*, t. 5, 4ª ed. [1997], p. 215; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*, t. 1, *Quiebra* (2005), p. 171.

En el art. 174 de la LC se le exige al síndico que emita un informe justificativo, en caso de que estime más conveniente la previa división o la realización aislada de los elementos que componen a las unidades productivas. Olvidó el legislador establecer a quién debe entregarse el informe que emita el síndico.

Según se mencionó en líneas anteriores, el juez ha sido relegado por la norma en análisis, casi al papel de un mero observador, puesto que no está facultado ni para aprobar ni para rechazar el proyecto que formula el síndico. Simplemente se le comunica, antes de proceder a la liquidación, cuáles serán las reglas que seguirá el síndico para proceder a la enajenación de los bienes y derechos que integran la masa activa. Dentro de la lógica de la norma en análisis, entonces, no parece tener sentido que el síndico justifique ante el juez por qué no procederá a enajenar las diversas unidades productivas como un todo. En nuestra opinión, aunque lamentablemente la LC no lo especifique, el informe justificativo debe ser presentado por el síndico ante la comisión de acreedores.

b. Regla n° 2: otorgamiento del uso a una cooperativa de trabajadores

La segunda regla demuestra la preferencia del legislador por determinados créditos laborales a los que privilegia sobre otros. En caso que los créditos laborales previstos en el art. 110, n° 1⁷¹⁵, se vean en riesgo de no ser satisfechos en su totalidad, el juez tiene la facultad de nombrar depositaria de los bienes en concurso a la cooperativa de trabajo⁷¹⁶ que los empleados constituyan, la que podrá utilizarlos en forma precaria.

Para favorecer el acuerdo y estimular la constitución de la cooperativa, el juez tiene la facultad de disponer la compensación de esos créditos y su integración como aporte a la cooperativa, así como ordenar al administrador del seguro de desempleo la entrega de las sumas correspondientes al seguro de paro (art. 174, n° 2)⁷¹⁷.

715

Se trata de los créditos laborales devengados hasta dos años antes de la declaración de concurso, insatisfechos y limitados a 260.000 unidades indexadas y los créditos debidos por las contribuciones especiales de los trabajadores al BPS.

716

El art. 99 Ley 18.407 establece:

«Son cooperativas de trabajo las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo mediante su esfuerzo personal y directo, a través de una organización conjunta destinada a producir bienes o servicios, en cualquier sector de la actividad económica. La relación de los socios con la cooperativa es societaria.»

Se consideran incluidas en la definición precedente, aquellas cooperativas que sólo tengan por objeto la comercialización en común de productos o servicios, siempre que sus socios no tengan trabajadores dependientes y el uso de medios de producción de propiedad del socio esté afectado exclusivamente al cumplimiento del objeto de la cooperativa.»

717

El art. 104 de la Ley 18.407 dispone:

«En todo caso de proceso liquidatorio concursal tendrán prioridad a los efectos de la adjudicación de la empresa como unidad, las cooperativas de trabajo que se constituyan con la totalidad o parte del personal de dicha empresa. En tales casos y a solicitud de parte, el organismo de previsión social podrá disponer el pago al contado y por adelantado de los importes del subsidio por desempleo que les correspondiere a los trabajadores socios, siempre que los mismos sean destinados, en su totalidad, como aportación de partes sociales a la cooperativa a efectos de su capitalización.»

Esta solución tiene su antecedente en el art. 6 de la Ley 17.794 de 2004, en virtud del cual se otorgó al juez competente la facultad de designar depositario de los bienes de un deudor al cual se le hubiera iniciado un proceso de liquidación - confiriéndole, además, facultades de uso precario - a una cooperativa de trabajo que se constituyera con la totalidad o parte del personal. Lo que se procuraba era que los trabajadores que se encontraba en las condiciones señaladas, por si o con el concurso de otros inversores, tuvieran la oportunidad de mantener su fuente de trabajo.

Para que el juez designe depositaria a una cooperativa, a la que se le conceda las facultades de uso precario de los bienes del empresario, se requieren dos condiciones:

- que exista la posibilidad de que los créditos laborales privilegiados (art. 110, n° 1) no se cobren en su totalidad;
- que la cooperativa se integre con trabajadores del deudor, aunque no todos sus miembros lo fueran.

Para integrar el capital de la cooperativa, la LC autoriza que se compensen y computen los créditos laborales privilegiados que tengan en la masa del concurso los trabajadores que decidan integrarla. Asimismo el juez del concurso, dispondrá que el subsidio que corresponda a estos trabajadores, también, sea vertido para que se compute como parte de su aporte.

Uno de los problemas que observamos es que si los trabajadores utilizan sus créditos laborales privilegiados más las sumas que les correspondan como indemnización por seguro de desempleo, como aportes para constituir una sociedad cooperativa, que en definitiva será la que se designará como depositaria de los bienes, a la hora de repartir el producido de la liquidación del activo, carecerán de créditos, por lo que nada cobrarán.

Obsérvese que el hecho de que se nombre depositaria de los bienes a liquidarse a esta cooperativa de trabajadores, no implica que se suspendan los procedimientos de liquidación. Por el contrario, el síndico debe proceder a la liquidación del activo, y para ello la ley establece el procedimiento concreto que se viene de señalar. Tampoco se establece un plazo para que la cooperativa constituida utilice los bienes⁷¹⁸.

En consecuencia, no se trata de entregarles a los trabajadores los bienes del deudor para que continúen trabajando con el fin de que se cobren sus créditos, por un plazo determinado o como dación en pago. Se les dan los bienes a la cooperativa en comodato, para que los utilicen y de esta forma no se deprecien, porque se considera que las unidades productivas en funcionamiento poseen un mayor valor.

Frente a esta situación nos preguntamos cuál es la ventaja que tendrían los trabajadores - que serían los primeros que debieran cobrar sobre el producido de la liquidación de acuerdo a la naturaleza de sus créditos, cuando los bienes no se encuentran hipotecados ni prendados - para constituir la cooperativa en las condiciones señaladas.

El único interés de los acreedores laborales es el de efectivizar sus créditos y el de mantener la fuente de trabajo. De esta forma nada logran, incluso la solución puede serles perjudicial, ya que disponen de sus créditos para que se les otorgue el uso precario y

Sin perjuicio, en los casos de empresas privadas a cuyo respecto se haya iniciado un proceso de liquidación, el Juez competente podrá designar depositaria de los bienes de la empresa, confiriendo facultades de uso precario de los mismos, a la cooperativa de trabajo que se haya constituido con la totalidad o parte del personal.»

transitorio - en consecuencia, acto esencialmente revocable - de bienes que van a ser liquidados⁷¹⁹. No se les establece un plazo para la gestión de los mismos, tampoco se les asegura la manutención de la fuente laboral. Lo peor es que en la etapa de liquidación de los bienes, única posibilidad de adquirirlos en propiedad, los trabajadores deberían pagar el precio de los mismos en efectivo, ya que la norma no permite hacer valer en la oferta los créditos laborales que tuvieran, como si lo hace el art. 172 a la hora de licitar la empresa en funcionamiento. Por otra parte, carecerían de los créditos, ya que los mismos habrían sido compensados y computados como aportes a la cooperativa de trabajo. En consecuencia, si lo que se procuró fue que los trabajadores tuvieran la posibilidad de disponer de los bienes para continuar con la actividad empresarial - máxime cuando con su producido no se alcancen a pagar los créditos laborales privilegiados que les correspondan - con la redacción actual no se logra⁷²⁰.

c. Regla nº 3: liquidación de los bienes inmuebles, muebles y derechos de propiedad intelectual e industrial según el régimen de la vía de apremio

En principio, el síndico puede proyectar cualquier procedimiento que se le ocurra para la liquidación por partes de la masa activa. De modo que el síndico puede proponer que la liquidación sea realizada privadamente, por él mismo o a través de personas o entidades especializadas. Puede, también, proponer la realización de una subasta privada, con las reglas que le parezcan más oportunas.

Lo único que se le impone al síndico es que efectivamente liquide la masa activa, por lo que nos parece evidente que no puede continuar con la explotación, ni arrendar los establecimientos o los bienes que la integren, ni transmitirlos a un fideicomiso para que éste los administre. Estando en situación concursal, el único significado posible de la expresión *liquidar es vender*⁷²¹.

En cambio, si el proyecto no fuere aprobado por la comisión de acreedores o en el proyecto no se hubiere previsto el régimen que habrá de seguirse para la liquidación de los bienes que integran la masa pasiva, ésta deberá atenerse a las disposiciones que regulan la vía de apremio. Esto supone una remisión a los arts. 377 y siguientes del CGP.

*** Tasación**

RODRÍGUEZ OLIVERA considera que en aplicación de las normas previstas en el CGP para regular la vía de apremio, debe procederse a tasar los bienes que integran la masa activa. Esta nueva tasación, en virtud de lo dispuesto en el CGP, podrá ser objeto de impugnación por el deudor concursado y los acreedores⁷²².

719

CREIMER BAJUK, op. cit., pp. 94 y 95.

720

FALCO IRIONDO, «Algunos de los problemas que se pueden generar cuando se otorga a cooperativas, sociedades comerciales, u otra modalidad empresarial, integrada por trabajadores, el uso de los bienes de la empresa», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios, Semana Académica 2010* (2010), pp. 499-501.

721

Esta acepción es la undécima en el Diccionario de la Lengua Española, pero está claro que no hay ninguna otra acepción en la que *liquidar* signifique *explotar, arrendar o administrar*.

722

407

En la opinión de la doctrina española, el régimen general establecido para la vía de apremio, debe ser aplicado con las necesarias salvedades derivadas de la existencia del concurso. Entonces, si bien es cierto que previo a la realización de la subasta debe realizarse una tasación de los bienes que se rematarán, esa valoración ya fue realizada en el proceso concursal⁷²³. En efecto, en el informe que manda realizar al síndico el art. 123 de la LC a los efectos de su consideración en la junta de acreedores, se debe tasar le empresa en partes, a valor de liquidación. Asimismo, existe un inventario valorativo de cada uno de los bienes que integran la masa activa concursada (art. 77), que el síndico debe acompañar en la misma oportunidad en que presenta la lista de acreedores a que se refiere el art. 101 de la LC. Éste inventario tiene la oportunidad de ser impugnado por cualquier interesado, dentro del mismo plazo establecido para la impugnación de la lista de acreedores (art. 77 LC), o sea: quince días (art. 104 LC).

*** Remate**

En aplicación de esas disposiciones, el tribunal ordenará el remate sobre la base de las dos terceras partes de la tasación y designará rematador. El remate será precedido, a criterio del tribunal, de uno a cinco anuncios en el Diario Oficial, así como en otro periódico del lugar donde se celebrará el remate. El rematador informará al tribunal, por lo menos, diez días antes del remate, la fecha de éste y la publicidad que se hará. La diligencia de remate será practicada por el martillero designado y podrá ser presidida por el tribunal, actuario, secretario o alguacil, según se haya dispuesto. Dentro de los diez días siguientes al del remate, el rematador deberá rendir cuentas de lo actuado y acompañar el acta de la diligencia, los comprobantes de los gastos efectuados y el certificado del depósito de la seña, pudiendo descontar de la misma las sumas gastadas -con cargo de devolución, si su rendición no resultare aprobada- así como la comisión que corresponda (art. 387 CGP, modificado por art. 4 Ley 16.699 de 1995).

*** Escrituración**

Si se tratare de bienes cuya enajenación requiera escritura pública, ésta se otorgará de oficio y se autorizará por el escribano que designe el mejor postor o quien le suceda en sus derechos. En todos los casos de venta judicial, el tribunal dispondrá de oficio el levantamiento de todos los embargos e interdicciones que afectaren el bien vendido, sean de la fecha que fueren, lo que comunicará posteriormente a quien corresponda (art. 389 CGP).

No es aplicable lo dispuesto por el art. 389.2 del CGP, en cuanto al adelanto, por parte del comprador, del pago de los tributos adeudados por ejecutado y necesarios para la escrituración. El art. 177 de la LC es muy claro en cuanto a que no será de aplicación al adquirente de los activos del deudor, incluso cuando se trate de un establecimiento enajenado en el proceso de liquidación de la masa activa, la responsabilidad que la Ley pone a cargo de los sucesores o adquirentes por obligaciones comerciales, laborales, municipales, tributarias o de cualquier otra naturaleza. En el mismo sentido, el art. 114 de la LC establece que los certificados, comprobantes o cualquier otro documento o constancia de hallarse al día en el cumplimiento de obligaciones tributarias o paratributarias exigidos por la Ley para la celebración de determinados negocios jurídicos o para la registración, eficacia o perfeccionamiento de los mismos, no serán requeridos en caso de concurso ni implicarán un obstáculo para la liquidación de la masa activa. En ningún caso los registros exigirán la

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, p. 322.

723

BELTRÁN SÁNCHEZ y MERCADER, «Reglas legales supletorias», *Comentario de la Ley Concursal*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, t. 2 (2008), p. 2386.

presentación de estos certificados para registrar la transferencia de los bienes realizada en el marco del procedimiento concursal. Esas deudas, naturalmente, siguen existiendo pero son de cargo del concurso y se pagarán, según el orden que corresponda, con el resultado de la liquidación⁷²⁴.

*** Eventualidad de que no haya postores**

Si en el remate no hubiese postores, se podrá sacar nuevamente el bien a la venta, sobre la base de la mitad de la tasación (art. 391).

d. Regla n° 4: negociación en los mercados formales de los valores que tengan oferta pública

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 13 de la Ley de Mercado de Valores n° 18.627 de 2009 (LMV), se considera *valores* a los bienes o derechos transferibles, incorporados o no a un documento, que cumplan con los requisitos que establezcan las normas vigentes. Se incluyen en este concepto las acciones, obligaciones negociables, mercado de futuros, opciones, cuotas de fondos de inversión, títulos valores y, en general, todo derecho de crédito o inversión.

Los mercados formales son aquellos cuyos propietarios están registrados y autorizados legalmente por los organismos correspondientes, pagan impuestos, emiten factura de compra, etc. En materia de valores, el mercado formal por antonomasia está constituido por las bolsas de valores, pero la LMV prevé que puedan existir otros mercados de negociación de valores de oferta pública (art. 1 LMV).

En virtud de lo dispuesto en la cuarta regla establecida por la norma en análisis, los valores de oferta pública se negociarán siempre en «*mercados formales*» (art. 174, n° 4).

3. Régimen de liquidación por partes en el caso de que no se haya constituido la comisión de acreedores

La comisión de acreedores es un órgano de existencia eventual. Cabe preguntarse entonces cuál es el régimen aplicable a la liquidación de la masa activa del concurso, en el caso en que ni se logró la venta en bloque de la empresa en funcionamiento, ni fue constituida una comisión de acreedores.

RODRÍGUEZ OLIVERA considera que si no existe comisión, la liquidación debe realizarse siguiendo las reglas previstas para el caso de que la comisión no aprobare el proyecto del síndico (art. 174, § 2, LC)⁷²⁵. En forma similar, HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER entienden que igualmente sería aplicable del art. 174, aunque entendiendo que, puesto que no existe comisión de acreedores, la propuesta del síndico debe ser considerada y eventualmente modificada por el juez, aplicándose además las previsiones del § 2 del art. 174 de la LC⁷²⁶.

En nuestra opinión, la existencia de una comisión de acreedores es un presupuesto necesario para la aplicación del art. 174 de la LC. No es lo mismo que el proyecto no haya

724

RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 239.

725

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, p. 322.

726

HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387*, p. 179.

sido aprobado por la comisión de acreedores, a que la comisión no exista. El régimen previsto en el artículo en análisis está direccionado a la presentación de un proyecto a la comisión, así como sus variantes dependen de la aprobación o no de la comisión. El informe justificativo de la propuesta de enajenación de las unidades productivas por separado o de la subasta de los elementos que integran esas unidades, también se presenta a la comisión. De modo que, sin comisión, cae todo el andamiaje sobre el que se sustenta el art. 174.

Por otra parte, la sustitución de la comisión por el juez del concurso, que proponen HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, podría ser una buena solución de *lege ferenda*, pero carece de cualquier sustento en el régimen vigente. Lo mismo sucede con la atribuir al juez la posibilidad de modificar el proyecto del síndico, puesto que es una facultad que el art. 174 ni siquiera le reconoce a la comisión de acreedores. La propuesta de esta distinguida doctrina, en definitiva, va en contra del espíritu de la norma, que es el de restringir al máximo posible la intervención del juez. Al juez meramente se le da «*conocimiento*» de las reglas que deberá seguir el síndico para la enajenación de los bienes y derechos que integran la masa activa.

En definitiva, en nuestra opinión, si no existe comisión de acreedores, tampoco corresponde la aplicación del artículo en análisis. Se debe asumir que, lamentablemente, nos encontramos frente a un gravísimo vacío legal. El vacío legal tiene su origen en un error del legislador.

El artículo en análisis es una adaptación de los arts. 188 y 189 de la PALC. Allí se proponía que, dentro del mes siguiente a la fecha de la resolución judicial ordenando la liquidación, los síndicos presentaran a la comisión de acreedores un proyecto de liquidación. El legislador uruguayo – en mala hora – incorporó una disposición que no estaba en la PALC, imponiendo al síndico que procure, en primer lugar, la venta en bloque de la empresa en funcionamiento (art. 171 LC) pero, luego, en el art. 174 retoma la sintonía con su fuente, adoptando la solución prevista en los arts. 188 y 189 en forma casi literal.

Ahora bien, corresponde advertir que la comisión de acreedores, en la PALC, era un órgano de existencia preceptiva (art. 144 PALC). A eso obedece que la PALC no contuviera una solución supletoria para el caso en que no se hubiere constituido esa comisión.

El error de nuestro legislador consiste en haber copiado lo dispuesto en los arts. 188 y 189 de la PALC, sin darse cuenta de que al regular la constitución de la comisión de acreedores, había establecido que su existencia fuese eventual. Entonces, o no debió copiar lo dispuesto en esos artículos de la PALC o debió establecer un régimen supletorio para el caso en que no se haya constituido la referida comisión. Este problema no se suscitó en la legislación concursal española vigente, puesto que en el Anteproyecto de 2000, que siguió a la PALC, se optó por una solución diferente que, en lugar de someter el proyecto del síndico a la comisión de acreedores, ordena someterlo a la aprobación judicial, sin perjuicio de la posibilidad de que el deudor y los acreedores formulen observaciones o propuestas de modificación⁷²⁷. Esta solución – muy superior a la adoptada por el legislador nacional – fue la que se adoptó por el art. 148 de la LCE, que hoy rige el tema.

El vacío legal debe ser suplido según los mecanismos que nuestro Derecho prevé para este tipo de hipótesis. Por aplicación del art. 16 del CC, se debe acudir a las leyes análogas y, sólo si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales del Derecho y a las doctrinas más recibidas: «*Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por*

las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas...»

En nuestro Derecho concursal, la única Ley análoga que permaneció en vigencia luego de la aprobación de la LC es la Ley n° 15.892 de 1988 (CGP), cuyos arts. 453 y ss. establecen el régimen todavía aplicable a las personas físicas sin *actividad empresarial*. En lo que respecta a la forma de liquidación de la masa activa, el art. 462 del CGP establece que el síndico dispondrá la venta de los bienes en la forma prevista para la vía de apremio (arts. 378-397 CGP).

En conclusión, en nuestra opinión, si no se logra la venta en bloque de la empresa en funcionamiento y no fue constituida la comisión de acreedores, no corresponde que se aplique ninguna de las disposiciones del art. 174, sino lo dispuesto en el art. 462 del CGP. El síndico, entonces, no tiene por qué presentar un proyecto actualizado de liquidación a nadie, ni intentar enajenar a las diversas unidades productivas como un todo, ni emitir un informe justificativo si estimara conveniente su previa división o la realización aislada de los elementos que la componen. Tampoco podrá el juez designar depositaria de los bienes que componen la masa activa a una cooperativa de trabajo que se constituya con el personal del deudor. Todos los bienes del deudor, por imperio de lo dispuesto en el art. 462 del CGP – incluyendo los valores que tenga oferta pública – deben ser vendidos en subasta pública, bajo el régimen de la vía de apremio establecido en los arts. 378 a 397 del CGP.

C. Liquidación anticipada

1. Legitimación

El legislador reconoce a los acreedores la facultad de proceder, anticipadamente, a la liquidación de la masa activa en cualquiera de las dos modalidades: en bloque o en partes siempre y cuando, como es lógico, respeten las normas de planificación ya analizadas.

De modo de favorecer el ejercicio de esta facultad, la Ley no plantea obstáculo alguno. En este sentido, la resolución la deben adoptar acreedores que representen la mayoría de los créditos quirografarios con derecho a voto, en cualquier etapa del procedimiento, y hasta fuera del ámbito de la junta de acreedores que es donde, naturalmente, los acreedores toman sus decisiones.

2. Trámite

El ejercicio de esta facultad, por parte de los acreedores, de ninguna forma puede suponer una demora en la ejecución de los procedimientos. Por el contrario, la Ley aclara que el juez debe dar vista al síndico o al interventor y al deudor, e inmediatamente debe disponer la liquidación, en la forma indicada por los acreedores.

Es preceptivo para el juez decretar la liquidación anticipada. De acuerdo con el claro tenor de la norma, la liquidación la resuelven los acreedores, no el juez. La actuación del juez se limita a controlar que los acreedores que se presentaron a solicita la liquidación anticipada representan la mayoría de los créditos quirografarios con derecho a voto.

VI. Pago a los acreedores

Una vez liquidada la masa activa, de acuerdo a las normas anteriores, corresponde el pago a los acreedores que conforman la masa pasiva, según el orden establecido en el capítulo en estudio.

En principio, a todos los créditos verificados se les otorga un tratamiento igualitario, resultado de la aplicación de un principio conocido como *pars conditio creditorum*.

Entendido que el deudor se encuentra en una situación excepcional, que le impide hacer

frente a todas sus obligaciones aunque quiera, es necesario imponer una solución, también, excepcional. Los acreedores comprendidos en una misma categoría, dentro de la masa pasiva, son obligados a padecer una *comunidad de pérdidas*⁷²⁸, esto es, a sacrificar parte de su crédito en beneficio de la colectividad de acreedores.

Se trata de un principio tradicional en materia concursal que, en nuestra legislación, se encuentra previsto en el art. 55. Este principio encuentra excepciones toda vez que el legislador, por razones de conveniencia, decide privilegiar a ciertos acreedores⁷²⁹. Es el caso de los acreedores denominados, precisamente, privilegiados previstos en la propia LC⁷³⁰.

A. Pago a los acreedores con privilegio especial

1. Privilegio especial

Los acreedores con privilegio especial son los acreedores prendarios e hipotecarios que, a la fecha de declaración del concurso, tengan sus derechos reales inscriptos en el Registro. También, se consideran privilegiados especiales los acreedores prendarios comunes, que no tengan inscripción registral pero que sí tengan acreditada una fecha cierta de adquisición del mismo, sea en documento público o en documento privado (art. 109 LC).

Los créditos con privilegio especial son créditos concursales sometidos a un tratamiento que presenta particularidades respecto a los demás. Se encuentran alcanzados por algunos de los efectos producidos por la declaración del concurso y excluidos de otros⁷³¹.

Los créditos con privilegio especial se encuentran alcanzados por el fuero de atracción concursal (art. 61, § 2, LC), por una moratoria provisional de 120 a contar desde la declaración del concurso (art. 61, § 1, LC) y por la carga de insinuar sus créditos ante el síndico o el interventor. En cambio, no se encuentran alcanzados por la conversión a moneda nacional (art. 63 LC), ni la suspensión del devengamiento de intereses (art. 64)⁷³².

728

BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 505.

729

Estas excepciones legales, junto con otras percibidas en la práctica, han provocado un fuerte cuestionamiento de este principio. Sobre el punto, recientemente, se han manifestado ANTÚNEZ GONZÁLEZ, «¿Existen alternativas al principio de la par o pars conditio creditorum?», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal. Crisis de la Economía Mundial y Concursalidad* [2008], pp. 17 y ss.; JUNYENT BAS, «Principios del Derecho concursal argentino», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal*, pp. 80 y ss., y ALFARO BORGES y POZIOMEK ROSEMBLAT, «El fin de la par conditio creditorum en los procesos concursales preventivos regulados por el Derecho uruguayo», *Cuarto Congreso...*, pp. 123 y ss.

730

GAGGERO ERRECART entiende que el sistema de excepciones, al que divide en positivas (créditos privilegiados especiales y generales) y negativas (créditos subordinados) es una atenuación o degradación de este principio, que se verifica, también, en el Derecho comparado (GAGGERO ERRECART, «Las clases de acreedores y su tratamiento en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho Comercial*, tercera época, n° 3 [2009], pp. 27 y 28).

731

OLIVERA GARCÍA, «Repensando los créditos con privilegio especial en caso de la venta de la empresa en bloque», *Hacia un Nuevo Derecho Comercial, Semana Académica 2012* (2012), p. 556.

732

412

El bien dado en garantía real pertenece a la masa activa⁷³³ puesto que, de acuerdo con el principio de universalidad, ésta se encuentra integrada por la totalidad del patrimonio del deudor a la fecha de la declaración y hasta por los bienes y derechos que adquiriera hasta la conclusión del procedimiento (art. 71 LC). Consecuentemente, ese bien es objeto de administración por el síndico o por el deudor, asistido por el interventor designado, del modo más conveniente para la satisfacción de los acreedores (art. 75 LC).

2. Pago a los acreedores privilegiados

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 181 de la LC, los acreedores con privilegio especial cobran sus créditos con el producido de la enajenación de los bienes sobre los que han constituido su derecho, esto es, sobre los bienes hipotecados o prendados. Por tanto, estos acreedores quedan exceptuados del principio general de igualdad (*pars conditio creditorum*) dado que, ni cobran a prorrata (no participan de la *comunidad de pérdidas*), ni deben esperar a que su garantía se liquide en el proceso concursal para hacerlo.

La norma nada dispone respecto a quién se encarga de la enajenación de los bienes gravados, así como tampoco cómo ni cuándo se realiza esa enajenación⁷³⁴.

De acuerdo con la doctrina, a pesar de que la LC no sea explícita al respecto, los bienes dados en garantía real pueden ser ejecutados por el acreedor, aunque ante el juez del concurso. RODRÍGUEZ OLIVERA considera que esa ejecución es independiente del concurso⁷³⁵. MARTÍNEZ BLANCO, en cambio, entiende que los acreedores con privilegio especial deberán ejecutarlos en el propio expediente del concurso⁷³⁶.

En el caso de que la liquidación de bienes dados en garantía no sea suficiente para satisfacer el crédito con derecho real, el acreedor privilegiado pasa a ser un acreedor quirografario por el remanente⁷³⁷. En el caso de existir un remanente, éste queda disponible para el resto de los acreedores⁷³⁸.

OLIVERA GARCÍA, id. *ibid.*

733

MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal. De las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal (Ley N° 18.387 de 23/10/2008)*, 2ª ed. (2012), p. 329.

734

OLIVERA GARCÍA, *op. cit.*, p. 556.

735

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...*, v. 6, p. 255.

736

MARTÍNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 329.

737

HEUER NOTAROBERTO y RODRÍGUEZ MASCARDI, *Las pericias en materia concursal* (2012), p. 276.

738

MARTÍNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 330.

3. Distribución del producido en el caso de venta en bloque de la empresa

MARTÍNEZ BLANCO destaca que el síndico puede enajenar los bienes gravados, en la medida que estos formen parte de la masa activa a liquidar en bloque o en partes⁷³⁹. No obstante, advierte sobre la dificultad que plantea determinar cuál sería «*el producido de la enajenación de los bienes gravados*», en una hipótesis de «*venta en bloque de la empresa en funcionamiento*» (art. 172 LC). Puesto que el adquirente realizó una oferta única por la *empresa en bloque* ¿cómo y entre quiénes se reparte el neto obtenido en la subasta, cuando ésta se encuentra integrada por bienes gravados y bienes no afectados?⁷⁴⁰

Sugiere que, al valorar los bienes que componen la masa activa (art. 77 LC), el síndico o el interventor comunique expresamente a los acreedores con privilegio especial la tasación del bien gravado en su favor, instándolos a valerse del mecanismo de impugnación previsto en el art. 105 si consideran que su derecho se pudiera ver afectado. Una vez que queda firme la conformación y valoración del inventario, quedaría determinada la prorrata que le corresponde al acreedor privilegiado en la venta de la *empresa en bloque*⁷⁴¹.

B. Pago a los restantes acreedores

Los acreedores con privilegio general, los quirografarios y los subordinados (en este orden), al contrario de los acreedores con privilegio especial, sí padecen el proceso concursal, esto es, cobran del producido de la masa activa, una vez realizada.

1. Orden de pago a los acreedores con privilegio general

En el art. 110, la LC ordena a los denominados acreedores con privilegio general. Estos acreedores cobran sus créditos siempre y cuando quede remanente una vez satisfechos, íntegramente, los créditos hipotecarios y prendarios. De quedar activo a disposición, los pagos se realizarán respetando el orden establecido en el art. 110.

En primer lugar, se debe pagar a los acreedores laborales que cumplan los requisitos del n° 1 del art. 110. Estos acreedores cobran primero y, en principio, cobran íntegramente sus créditos. Sólo cobran a prorrata, dentro de su número, si los bienes no son suficientes.

El crédito laboral, tradicionalmente, ha tenido una cierta predilección por el legislador. La LC continúa esta tradición y lo beneficia en muchos aspectos⁷⁴². En lo que a esta parte del análisis de la LC se refiere, destacamos los siguientes:

a. Le permite cobrar los créditos devengados y no prescriptos, de cualquier naturaleza, en forma anticipada y hacerlo, además, sin verificación previa ni sentencia condenatoria, siempre y cuando se verifiquen los extremos dispuestos en el § 1 del art. 62:

- Existencia de recursos líquidos suficientes o bienes fácilmente realizables;
- Viabilidad de la continuación del giro del deudor;
- Autorización judicial.

739

MARTÍNEZ BLANCO, id., p. 329.

740

MARTÍNEZ BLANCO, id., p. 400.

741

MARTÍNEZ BLANCO, id. *ibid.*

La norma busca satisfacer al acreedor laboral inmediatamente. Para ello elimina toda traba previa, incluso la verificación previa. En este sentido, sólo puede denegarse el pago, en estas condiciones, cuando los créditos no aparezcan en la documentación del empleador o cuando el juez tenga una duda razonable sobre el origen o la legitimidad de los mismos (art. 62, § 2).

Claro que si el crédito ya ha sido verificado o ha sido reconocido en sentencia firme, con mayor razón, el pago debe hacerse rápidamente. Para hacerlo posible, el § 3 del art. 62 impone al síndico o al interventor, el deber de procurar la obtención de los recursos necesarios para la cancelación de los mismos, pudiendo, previa autorización del juez, proceder a la venta anticipada de los activos del concurso, siempre que, con ello, no afecte la viabilidad de la continuación del giro del deudor.

De modo que, verificados o no, los acreedores laborales, en las condiciones establecidas, pueden llegar a cobrar sus créditos antes de la apertura de la fase de liquidación.

Pero hay más, pueden llegar a cobrar todos sus créditos, aunque respetando los créditos hipotecarios y prendarios, incluso antes de la declaración de concurso. El art. 62, § 4, permite esta posibilidad siempre que se cumplan, acumulativamente, los requisitos siguientes:

- El establecimiento debe haber cerrado o la actividad comercial debe haber sido abandonada, desmantelada o clausurada, o la sede de la administración o del establecimiento deben haber cerrado en forma permanente.
- Se compruebe la inviabilidad del emprendimiento y la negativa de los trabajadores a intentar su continuación en los términos del art. 238.
- Los acreedores laborales involucrados deben tener sus créditos reconocidos por sentencia firme por la justicia competente.

b. Dentro de la fase de liquidación, lo ubica en primer lugar en el orden de prelación de los créditos privilegiados que estamos considerando.

c. Los prefiere, por sobre otros oferentes, en el procedimiento licitatorio a los efectos de adquirir la actividad en funcionamiento en las condiciones del art. 172, lit. b.

d. Pueden ser designados depositarios de los bienes a los efectos de utilizarlos, en forma precaria, formando una cooperativa, en el caso de que no se pueda enajenar la actividad en funcionamiento en forma unitaria y haya riesgo de insatisfacción del crédito laboral (art. 174, n° 2).

742

La atención al trabajador ha merecido una atención especial en la exposición de motivos de esta Ley. En ella se expresa: *«Mención aparte debe realizarse respecto de la situación de los trabajadores en situaciones de dificultades financieras de las empresas. El proyecto prevé una serie de elementos que intenta, en la medida de lo posible, mitigar los efectos que la problemática concursal implica sobre los puestos de trabajo. En ese sentido, se han implementado instrumentos que buscan proteger al trabajador, entre los que se incluye la posibilidad de realizar un pago anticipado de las deudas laborales, la liberación de la obligación de constitución de contracautela, la posibilidad de que se constituya una cooperativa o sociedad comercial de trabajadores que sea depositaria de los bienes y la participación de los trabajadores en la licitación de la empresa en funcionamiento para su eventual gestión. Asimismo se establece que los intereses que eventualmente generen los créditos laborales se continuaran devengando aun con posterioridad a la declaración de concurso (artículo 64). Todos estos elementos están también delicadamente balanceados con la viabilidad de la unidad productiva, que es la única que, en última instancia, permitiría la continuidad de las fuentes laborales.»*

Pagados que sean, se procede a cumplir con el resto de los acreedores en las mismas condiciones. El que sigue en la lista es el municipio y el fisco por los tributos nacionales y departamentales exigibles hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso⁷⁴³.

En tercer lugar, corresponde atender al acreedor quirografario que promovió la declaración de concurso, al que se lo premia con un privilegio sobre el 50% de su crédito con el límite del 10% de la masa pasiva.

2. Pago a los acreedores quirografarios

a. Pago a prorrata

Los acreedores quirografarios tiene derecho al cobro recién una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados. Esta postergación, unida al hecho de que - pese a las buenas intenciones del legislador - los concursos se suelen solicitar demasiado tarde, tiene como consecuencia que no sea inhabitual la frustración del crédito de los acreedores quirografarios. Con ello, el procedimiento concursal incumple con su cometido de asegurar la mejor satisfacción de los acreedores que, según el Informe para la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, sería uno de los objetivos esenciales de la LC⁷⁴⁴.

b. Pago anticipado

El pago anticipado de créditos quirografarios requiere la confluencia de dos presupuestos: la autorización del juez del concurso y, si existiere, que sea oída la comisión de acreedores.

En la LCE se exigen otras condiciones, como que se pueda estimar suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y los privilegiados. Además, se prevé que si existieren impugnaciones, corresponde adoptar medidas cautelares para asegurar la devolución por el acreedor favorecido de la parte del crédito que en definitiva no le corresponda cobrar si el saldo no fuere suficiente para el pago de los acreedores impugnantes en la prorrata que les corresponda⁷⁴⁵.

Entendemos que estas disposiciones de la LCE, aunque no estén expresamente consagradas en la LC, indican un criterio prudencial razonable que igualmente debiera ser atendido por el juez nacional. En todo caso, la posibilidad de realizar un pago anticipado a los acreedores quirografarios debiera ser entendida como una alternativa excepcional.

3. Pago a los acreedores subordinados

Los últimos acreedores en cobrar son los denominados *acreedores subordinados*. Esta categoría está integrada por las multas y sanciones pecuniarias (art. 111) y los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 112). Ellos reciben el pago, en el

743

La doctrina discute la solución pues entiende que el privilegio al fisco puede colidir con el principio de conservación de la empresa (GAGGERO ERRECART, op. cit., p. 31).

744

SIERRA NOGUERO, «De la fase de liquidación», *Proceso concursal*, coord. SALA REIXACHS et al. (2013), p. 841.

745

CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, 3ª ed. (2013), p. 301.

orden establecido y a prorrata, una vez satisfechos, en forma íntegra, los créditos quirografarios.

CAPÍTULO UNDÉCIMO: PEQUEÑOS CONCURSOS

Por Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

Con distintos fundamentos, diversas legislaciones han adoptado un procedimiento simplificado con el fin de acelerar los trámites concursales de determinados deudores. Sin embargo, en el Derecho comparado, no existen criterios jurídicos o económicos coincidentes para acceder al procedimiento.

Hay legislaciones que otorgan un especial significado a la subsistencia de las pequeñas y medianas empresas y, por esta razón, procurando evitar su eventual liquidación y eventual desaparición, admiten que sólo éstas pueden acceder al mecanismo. En estos casos ni la dimensión de la empresa, ni la magnitud de los negocios en que intervienen, comprometen un interés general. Por otra parte, ante situaciones de crisis de empresas de pequeña envergadura, en que los intereses en juego son de escasa entidad, se busca aligerar la carga judicial simplificando trámites que, por su naturaleza, son complejos y costosos.

La LCA⁷⁴⁶ ha establecido un régimen especial de pequeños concursos y quiebras. Para determinar cuáles son los concursos y quiebras susceptibles de ingresar bajo este régimen diferencial, la norma establece criterios alternativos: que el pasivo no alcance la suma de \$ 100.000; que el proceso no presente más de veinte acreedores quirografarios; que el deudor no posea más de veinte trabajadores en relación de dependencia. Este último criterio es manejable por el deudor, ya que el deudor podría despedir personal hasta reducir su número al número legal admitido para acceder al procedimiento sumario.

El procedimiento abreviado sólo modifica plazos y, en los hechos, es de poca importancia práctica. Los deudores que accedan al procedimiento, son excluidos de la posible aplicación del *cramdown*⁷⁴⁷, instrumento que sí es de aplicación en el país vecino en el trámite ordinario.

En la LCB se establece un plan de recuperación para microempresas y empresas de pequeño porte (art. 71). El plan debe prever el pago de deudas en 36 cuotas y el primer pago se debe realizar en el plazo de 180 días. El juez concede la recuperación sin convocar a junta

746

Arts. 288 y 289 de la LCA.

747

El art. 48 de la LCA admite esta posibilidad. Se trata de un procedimiento de rescate empresarial que permite al deudor concursado que ha perdido la posibilidad de obtener la aprobación de una propuesta por parte de los acreedores, evitar la liquidación de la empresa a través de la negociación de un nuevo acuerdo pero, en esta oportunidad, no en exclusividad, sino compitiendo en igualdad de condiciones con propuestas efectuadas con sus acreedores o terceros interesados, ajenos al concurso. Lo que procura con la implementación del *cramdown* es evitar la necesidad de liquidar la empresa a los efectos de cancelar el pasivo concurrente; de él se hará cargo la concursada en los términos del acuerdo logrado por el tercero ganador y a cambio de lo cual este último sustituirá al deudor primitivo, persona física o en su caso socios, a través de la adquisición de la totalidad de las cuotas o acciones que integran el capital social.

de acreedores⁷⁴⁸.

La LCE incluye un procedimiento abreviado. Se prevé para personas físicas o para personas jurídicas que se encuentren autorizadas a presentar balances abreviados, y, en ambos casos, cuando su pasivo no supere el millón de euros. El sistema difiere del trámite ordinario respecto de los plazos, que se reducen a la mitad, y a la administración concursal, que en el caso podrá ser unipersonal. En el trámite ordinario la administración concursal está a cargo de un órgano colegiado.

El régimen que imperó hasta la sanción de la LC no distinguía entre grandes y pequeños concursos, por lo que era de aplicación tanto a un pequeño comerciante como a una corporación multinacional⁷⁴⁹. Tal como nos recuerda MARTÍNEZ BLANCO, el concordato aplicable al comerciante era mucho más rígido y menos benevolente con el deudor, que el previsto para las sociedades anónimas⁷⁵⁰.

La LC prevé un régimen especial para los pequeños concursos, que se configura mediante la integración de las disposiciones previstas para regular los concursos de mayor cuantía aplicables a las personas físicas con *actividad empresarial* y las personas jurídicas civiles y comerciales (art. 237)⁷⁵¹. Para determinar a quiénes se aplica este régimen, el art. 236 de la LC establece, exclusivamente, un criterio cuantitativo, vinculado el monto del pasivo concursal, a la fecha de declaración del concurso⁷⁵².

I. Concepto de pequeño concurso

De acuerdo a lo dispuesto por la norma en análisis, se denomina «pequeño concurso» a

748

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo* (2009) p. 69.

749

GUERRA PÉREZ, «Pequeños concursos. Aspectos procesales de su regulación en el proyecto de Ley Concursal y de Reorganización Empresarial a estudio del parlamento uruguayo», *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal...* (2008), p. 462.

750

MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal. De las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal (Ley N° 18.387 de 23/10/2008)*, 2^{da} ed. (2012), p. 445.

751

GUERRA PÉREZ plantea la posibilidad de considerar al pequeño concurso como una variante del proceso concursal de mayor cuantía, aunque se inclina por la posición, que compartimos, de que el legislador pretendió establecer un proceso diferente al general (GUERRA PÉREZ, op. cit., p. 467). Esta parece ser, también, la opinión de HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, sin perjuicio de considerar al pequeño concurso como un proceso análogo al de mayor cuantía (HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos Ley 18.387 [2009]*, p. 202). En cuanto a la jurisprudencia, en la SJLC de 1er t., autos 2-6217/2009, se advirtió que el legislador concursal estableció un régimen específico para los pequeños concursos, que se distingue del régimen general (RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal*, 2^a ed. (2011), p. 290).

752

MARTÍNEZ BLANCO señala que la LC pudo haber considerado otros aspectos, como el número de trabajadores, la facturación anual del deudor, la naturaleza de la actividad que desarrolla o su categorización tributaria (MARTÍNEZ BLANCO, id., p. 446).

un proceso concursal aplicable a deudores cuyo pasivo, a la fecha de la declaración judicial de concurso, no exceda los tres millones de unidades indexadas (UI).

A. Interpretación restrictiva

La doctrina considera que los deudores referidos en el art. 236 se encuentran comprendidos en la limitación establecida en el art. 2 de la LC respecto al presupuesto subjetivo de los concursos de mayor cuantía⁷⁵³. Consecuentemente, este proceso no se aplicaría a cualquier deudor con un pasivo que no exceda los tres millones de UI, sino sólo a las personas jurídicas civiles o comerciales no excluidas del régimen de la LC por el § 3 del art. 2, y a las personas físicas con «*actividad empresarial*».

Desconocemos si nuestros jueces se han planteado esta cuestión hasta el momento. No obstante, es evidente que han adherido implícitamente al criterio doctrinario referido, puesto que los concursos de personas físicas sin *actividad empresarial* son tramitados sistemáticamente según el rito dispuesto en el CGP.

B. Interpretación amplia

Advertimos que el art. 236 no contiene remisión alguna al art. 2 de la LC. La remisión del art. 237 tiene que ver exclusivamente con las disposiciones aplicables al proceso. La cuestión de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del régimen previsto para los pequeños concursos, es decir, su presupuesto subjetivo, está expresamente regulado en el art. 236 de la LC.

Por otra parte, no hay ningún vacío legal en el art. 236 que deba ser integrado mediante las disposiciones previstas para los procesos de mayor cuantía; simplemente el art. 236 se refiere en general a los deudores, sin exigir ninguna condición adicional para la aplicación del régimen de los pequeños concursos, que ser un deudor con un pasivo que no exceda el límite legal. De modo que podría entenderse que el régimen concursal especial dispuesto bajo el título XII no sólo se aplica a las personas físicas que realicen «*actividad empresarial*» o personas jurídicas civiles o comerciales. Puesto que donde no distingue la Ley tampoco puede hacerlo el intérprete, entendemos que el régimen dispuesto para los pequeños concursos es aplicable a todo y cualquier deudor, con la única limitación de que su pasivo no exceda los tres millones de UI.

C. Límite cuantitativo

El art. 236 de la LC establece que se consideran pequeños concursos, aquellos correspondientes a deudores que, a la fecha en que se declare judicialmente el concurso, tengan un pasivo que no supere los tres millones de UI. El trámite al que se someterá a estos deudores es el mismo que la LC dispusiera con carácter general, con las salvedades enumeradas en el art. 237⁷⁵⁴.

La doctrina justifica esta opción legislativa, por suponer que si el pasivo concursal es reducido e igual se produjo una situación de insolvencia, la masa activa no será significativa. A partir de esta suposición se realizan otras, como que los informes a producir

753

GUERRA PÉREZ, op. cit., p. 466; MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 447.

754

La UI es un valor que refleja la evolución del índice de precios al consumo, y a la fecha, principios de 2013, el pasivo máximo para la consideración de pequeño concurso asciende a USS 390.000, aproximadamente.

por el síndico o interventor serán más breves y sencillos, o que podrán realizarse en plazos más breves y que los acreedores no requerirán de plazos extensos para analizar el inventario y la lista de acreedores. Suponen, también, que el síndico o el interventor no requerirán de muchos días para analizar las propuestas de convenio que pueda formular el deudor⁷⁵⁵.

No tenemos el honor de compartir las suposiciones de la doctrina citada. La existencia de un pasivo reducido no implica, necesariamente, que el activo también lo sea ni, mucho menos, una menor complejidad de la tarea del síndico o del interventor, ni de la actividad procesal de los acreedores.

Según señaláramos en el tomo 1 de esta obra, el concepto de insolvencia consagrado en la LC es afín al de iliquidez o al de cesación de pagos⁷⁵⁶. De acuerdo con la definición de insolvencia provista por la LC, no es insolvente quien tiene un pasivo superior al activo – a pesar de que esto sería lo adecuado al concepto económico de insolvencia – sino quien no puede cumplir con sus obligaciones (art. 1 LC). El incumplimiento, como es obvio, puede ser la consecuencia de una situación transitoria de iliquidez, sin perjuicio de la cual el deudor posea activos muy importantes. Además, si el concurso se declara como consecuencia de la configuración de cualquiera de las presunciones absolutas de insolvencia (art. 5 LC), pasa a ser irrelevante la suposición de que deba existir alguna relación entre su pasivo y su activo, tal como propone la doctrina citada.

Fuera de esta falsa suposición, nos parece, también, erróneo considerar que si es menor el monto total del pasivo, será menos compleja la verificación y más sencilla la preparación de la lista de acreedores, o que se un supuesto menor valor de los activos redundará en una menor necesidad de tiempo para inventariarlos⁷⁵⁷.

II. Régimen aplicable a los pequeños concursos

El régimen de los pequeños concursos se encuentra previsto en el art. 237 de la LC. Las normas enumeradas en el art. 237 son evidentemente insuficientes para regular el proceso por el que se deben tramitar los pequeños concursos, de modo que en el mismo artículo se prevé que el vacío legal debe integrarse mediante las disposiciones previstas para regular los concursos de mayor cuantía aplicables a las personas físicas con *actividad empresarial* y las personas jurídicas civiles y comerciales.

A. Insinuación de créditos

El n° 3 del art. 237 contiene algunas diferencias muy importantes respecto al régimen general establecido en el título V de la LC.

En primer lugar, disminuye el plazo de sesenta días con que contaban los acreedores para insinuar sus créditos (art. 94 LC), a sólo quince. Por ser un plazo que no excede los quince días, sólo deben computarse los días hábiles (art. 94 CGP).

En segundo lugar, cambia el día a partir del cual debe comenzar a contar el plazo

755

HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., pp. 202 y 203.

756

BADO CARDOZO y LÓPEZ RODRÍGUEZ, «Capítulo I: Presupuestos del concurso», *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial, Análisis exegético*, t. 1, pp. 62-66.

757

MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 447.

referido. En el régimen general, el plazo se cuenta «desde la fecha de declaración judicial de concurso» (art. 94 LC). En el régimen establecido para los pequeños concursos el plazo se cuenta «a partir de la última publicación de la sentencia» (art. 237, n° 3).

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 21 de la LC la publicación debe ser ordenada y tramitada dentro de las veinticuatro horas de dictada la sentencia y se realizarán durante tres días, sólo en el Diario Oficial. De modo que se extiende el plazo en un máximo de cuatro o seis días (si se vieran interrumpidas las publicaciones por feriados o fines de semana).

Dada la redacción del n° 3, entendemos que el día de la última publicación debe computarse para el cálculo del plazo con que cuentan los acreedores para insinuar sus créditos.

B. Actuación del síndico o del interventor

1. Condiciones subjetivas

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 26 de la LC, en los pequeños concursos la designación como síndico o interventor puede recaer en profesionales universitarios no inscriptos en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales, a condición de que sean abogados, contadores públicos o licenciados en administración de empresas con un mínimo de cinco años de ejercicio profesional o egresados de los cursos de especialización para síndicos e interventores concursales.

2. Rescisión de contratos con obligaciones pendientes de ejecución

El art. 237 no establece nada respecto de la facultad del síndico o del deudor con la autorización del interventor, para rescindir unilateralmente contratos de los cuales deriven obligaciones del deudor pendientes de ejecución (art. 68 LC). No obstante, en función de que dicho artículo, en su acápite, establece que los pequeños concursos se regirán, en general, por las disposiciones de la LC, consideramos que la facultad referida se mantiene en los pequeños concursos y deberá ser ejercitada dentro del mismo plazo que tienen los acreedores para insinuar sus créditos: 15 días a partir de la última publicación de la sentencia que declara el concurso (art. 237, n° 3, LC).

3. Presentación del inventario y la lista de acreedores

En el n° 4 del art. 237 reduce a diez días, el plazo de treinta días con que cuenta síndicos e interventores, para presentar la lista de acreedores e inventario, de acuerdo con el régimen general (art. 101).

Esos diez días, al igual que los treinta del régimen general, se cuentan a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo con que cuentan los acreedores para insinuar sus créditos. La expresión «dentro de los... días siguientes» que utilizan ambas normas (n° 4 art. 237 y art. 101) llevan a esta interpretación.

4. Comunicaciones

Al establecerse en el n° 2 del art. 237, que los acreedores serán convocados exclusivamente a través de la publicación de la sentencia que declara el concurso, queda claro que el síndico o el interventor no deben realizar las comunicaciones impuestas por el art. 93 de la LC. Esto es, la comunicación de la declaración de concurso a aquellos acreedores cuya identidad conste en la contabilidad y documentos del deudor o que resulten conocidos de alguna otra forma, no tiene por qué hacerse.

En cambio, en virtud de que el acápite del art. 237 declara aplicables al pequeño concurso, en principio, todas las disposiciones de la LC, el síndico o el interventor tienen el deber de comunicar a los acreedores que se hubieren presentado a verificar sus créditos, si

los mismo fueron verificados y, en caso afirmativo, las condiciones de su verificación (art. 101 LC). El cumplimiento oportuno de este deber es especialmente relevante, puesto que el plazo para impugnar la lista de acreedores corre, respecto a quienes se hubieren presentado a insinuar créditos, a partir de la recepción de la comunicación de verificación o rechazo de los créditos (art. 104 LC).

5. Informes

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 124, el síndico o el interventor, debe presentar al juzgado un informe con el contenido previsto en el art. 123, con una anticipación mínima de treinta días a la fecha fijada para la junta de acreedores. Puesto que la junta debe ser convocada con un plazo máximo de noventa días, es evidente que el síndico o el interventor, estará muy acotado en los tiempos para realizar el informe.

Peor, todavía, es su situación respecto del informe especial sobre el plan de continuación o liquidación, que manda realizar el art. 142, que el síndico o el interventor debe presentar al juzgado con una anticipación mínima de quince días a la celebración de la junta de acreedores. Siendo que el n° 6 del art. 237 establece que el deudor puede presentar una propuesta de convenio hasta cinco días antes de la junta, el cumplimiento oportuno del síndico o el interventor es sencillamente imposible⁷⁵⁸.

C. Junta de acreedores

1. Plazo

El plazo para realizar la junta de acreedores se reduce de un máximo de ciento ochenta días (art. 19) a un máximo de noventa días (art. 237, n° 1).

2. Convocatoria

El n° 2 del art. 237 establece que la convocatoria sea realizada, exclusivamente, a través de la publicación de la sentencia que declara el concurso.

De la expresión *exclusivamente* se desprende, a nuestro entender, que no debe realizarse la comunicación personal a los acreedores, prevista en el art. 93 de la LC. No obstante, se mantiene la comunicación personal prevista en el inciso final del art. 101, puesto que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 104, el término para impugnar la lista de acreedores, para los insinuantes, corre a partir de la recepción de la comunicación.

Para alguna doctrina, la convocatoria mediante la publicación de la sentencia que declara el concurso es insuficiente y eventualmente inconstitucional, en tanto una adecuada notificación forma parte de las garantías fundamentales. Sin perjuicio de que la publicación de la sentencia puede ser un mecanismo hábil de notificación respecto de aquellos acreedores cuyos domicilios se desconocen, omitir una comunicación personal fuera de esos caso parece una solución injustificada⁷⁵⁹. Tal como expresa MARTÍNEZ BLANCO, no parece sensato eliminar las comunicaciones previstas en el art. 93 de la LC cuando el pasivo es menor y, presumiblemente, son menos los acreedores⁷⁶⁰.

758

HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 204.

759

GUERRA PÉREZ, op. cit., p. 468.

760

MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 447.

3. Contenido

La LC no establece un contenido específico para la junta de acreedores que se celebra en los pequeños concursos, por lo cual ha de aplicarse lo previsto en el art. 122. Consecuentemente, se considerará, necesariamente, el informe del síndico o del interventor.

D. Propuesta de convenio

De acuerdo con lo dispuesto por el n° 6 del art. 237 de la LC, el deudor puede presentar «una propuesta de convenio» hasta cinco días antes de la fecha fijada para la junta de acreedores. En el numeral referido no se especifica si la propuesta de convenio a la que alude es la regulada en los arts. 138 y ss. de la LC (convenio judicial) o la regulada en los arts. 163 y ss. (convenio extrajudicial).

De acuerdo a los términos del numeral en análisis, sólo se puede presentar «una propuesta de convenio» y no varias como, en cambio, se admite en el art. 138 de la LC. No llegamos a comprender por qué el legislador sólo admite la presentación de una propuesta en el caso de los pequeños concursos, pero el sentido de la Ley es claro. Por lo tanto, el intérprete no puede desatender su tenor literal (art. 16 CC).

Puesto que la Ley no distingue, tampoco puede hacerlo el intérprete. Por ello, entendemos que tanto pueden presentarse una propuesta de convenio en las condiciones que establecen los arts. 138 a 141 de la LC, a los efectos de su consideración por la junta de acreedores, como puede, también, presentarse una propuesta de convenio que ya contenga las adhesiones de los acreedores, en las condiciones previstas por el art. 163 de la LC. En ambos casos, sin embargo, la propuesta de convenio debe ser presentada cinco días antes de la fecha fijada para la junta de acreedores. Puesto que se trata de un plazo procesal que no excede de quince días, sólo se deben computar los días hábiles (art. 94 CGP).

Considerando que en los pequeños concursos la junta de acreedores debe ser convocada dentro de un plazo máximo de noventa días, es razonable que se permita al deudor presentar la propuesta de convenio en una fecha más cercana a la junta. La anticipación de sesenta días prevista en el art. 138 de la LC sería ridículo que se exigiese en los pequeños concursos. Sin embargo, no nos damos cuenta de cuál sería la razón para no admitir la presentación de una propuesta que ya cuente con la adhesión suficiente de los acreedores, bajo el régimen del art. 163 de la LC, hasta último momento antes de la celebración de la junta de acreedores.

Por otra parte, si se considera la cuestión desde el punto de vista de los acreedores, la presentación de la propuesta con sólo cinco días de anticipación a la junta, es un plazo absolutamente exiguo. En la práctica, significa que los acreedores llegarán a la junta sin conocer el contenido de la propuesta, ni del plan de continuación o de liquidación y, mucho menos, del informe especial previsto en el art. 142 de la LC.

Eventualmente, podría llegarse a interpretar que el n° 6 del art. 237 se refiere sólo a la propuesta de convenio prevista en el art. 138. Luego, en virtud de la remisión a las disposiciones previstas para los proyectos de mayor cuantía, el deudor se mantendría habilitado para presentar adhesiones a una propuesta de convenio ya suscrita por acreedores que representen la mayoría de su pasivo quirografario con derecho a voto, al amparo de lo dispuesto por el art. 163 de la LC. En este caso, la anticipación prevista en el n° 6 del art. 237 no sería exigible, pudiéndose presentar la propuesta de convenio hasta el último minuto antes de que dé comienzo a la junta de acreedores y así sucede en nuestra práctica forense.

CAPÍTULO DUODÉCIMO: ABANDONO DE LA EMPRESA

Por Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

El art. 238 de la LC no aparecía en el Anteproyecto de Ley de OLIVERA GARCÍA. Fue incorporado durante el trámite legislativo, durante su pasaje por la Cámara de Diputados⁷⁶¹.

Tiene como antecedente el art. 6 de la Ley de Cooperativas de Producción o Trabajo Asociado n° 17.794 de 2004 y ésta, a su vez, el art. 190 LCA, en la redacción dada por el art. 21 de la Ley argentina n° 25.589. El precedente argentino fue calificación por la respectiva doctrina como una trampa creadora de incertidumbre jurídica o como una legislación improvisada ante la crisis, nacida en la calle, por imperio de los hechos, después de consumado el delito de ocupación de empresas. Otros la calificaron como inútil y nefasta, incluso para los derechos laborales y sindicales⁷⁶².

En nuestra doctrina, también, se considera que la técnica de redacción de esta disposición es deficiente, imprecisa y contradictoria⁷⁶³, denotando la premura con que fue incorporada a la LC y la escasa elaboración de la propuesta⁷⁶⁴. Se considera, también, que la norma resulta insuficiente y genera indefiniciones graves⁷⁶⁵ o que los requisitos que se imponen son imposibles, inaplicables o difíciles de cumplir⁷⁶⁶.

Se propone, entonces, integrar las insuficiencias recurriendo a las normas previstas para

761

CREIMER BAJUK, op. cit., p. 102; HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 203; MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 448.

762

Reseña realizada por BLANC DA COSTA y CREIMER BAJUK, «Cooperativas de trabajadores», *ADCom*, t. 10 (2004), p. 53.

763

BALMACEDA, «Los acreedores laborales y el instituto del abandono de la empresa: procedencia temporal», *Tres pilares del moderno Derecho comercial, Semana Académica 2011* (2011), pp. 428-432.

764

MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 449.

765

CREIMER BAJUK, op. cit., p. 103.

766

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, *Aspectos laborales de la Ley de Reforma Concursal y de Reorganización Empresarial, Ley 18.387* (2010), p. 138. Contradictoriamente, sin embargo, en la p. 141 estos autores concluyen que la norma cumple adecuadamente con su finalidad principal que es la preservación de las fuentes de trabajo y la conservación de las unidades productivas que puedan ser viables.

los convenios de cesión de activos o sobre efectos de la aprobación judicial del convenio⁷⁶⁷. No compartimos este criterio. La medida que analizaremos a continuación no es análoga a un convenio, bajo ningún punto de vista. Tampoco es asimilable a una cesión de activos, puesto que no transmite la propiedad de los bienes involucrados, según se verá en las líneas siguientes.

767

CREIMER BAJUK, *op. cit.*, p. 103.

I. Naturaleza jurídica de las medidas previstas para el caso de abandono de la empresa

Según lo expresado en el Informe para la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, que acompañara al proyecto de LC, la posibilidad de que se constituya una cooperativa o sociedad comercial de trabajadores que sea depositaria de los bienes, intenta «mitigar los efectos que la problemática concursal implica sobre los puestos de trabajo».

Por lo tanto, pareciera que la designación de depositario, así como la asignación precaria del uso de los bienes que integran un establecimiento, se trataría de una especie de medida cautelar, en tanto atiende a la protección de un derecho – el derecho al trabajo – ante el peligro de lesión o frustración derivados de la demora del proceso concursal y la eventualidad de que el crédito de los trabajadores de un determinado establecimiento no pueda ser satisfecho en su totalidad (art. 312 CGP).

La naturaleza cautelar de la medida prevista en el art. 238 de la LC es consistente con su dictado sin conocimiento ni intervención de la contraparte (art. 315 CGP), así como el carácter precario que la norma concursal le atribuye.

II. Solicitud de designación como depositario y asignación del uso precario de los bienes que integran el establecimiento comercial

El art. 238 establece que los trabajadores, en determinadas condiciones, pueden solicitar judicialmente la aplicación del art. 174, n° 2, de la LC, esto es, que se designe depositaria de los «*bienes de la empresa*» a una cooperativa de trabajo u otra «*modalidad empresarial*» que los trabajadores determinen, en forma provisional, confiriéndole a éstas la facultad de uso precario de dichos bienes.

A. Oportunidad para presentar la solicitud

Una parte de la doctrina parece considerar que la solicitud de que una entidad determinada por los trabajadores sea designada como depositaria de los «*bienes de la empresa*» debe ser presentada dentro del proceso concursal o, al menos, simultáneamente con una solicitud de declaración de concurso⁷⁶⁸.

En favor de esta postura, se advierte que el art. 172, lit. «b», de la LC – norma a la que remite el art. 238 al disponer sobre la forma en que debe estar integrada la cooperativa o sociedad comercial depositaria para que pueda hacerse la cesión definitiva - especifica que el porcentaje de acreedores referidos debe ser considerado en función de los que desarrollaban actividad personal en el establecimiento, «*en el inicio del proceso concursal*». Esta especificación sólo tiene sentido si se considera que la solicitud de designación como depositario dará lugar a un incidente dentro del proceso concursal⁷⁶⁹.

768

En este sentido, por ejemplo, AMORÍN y ALGORTA MORALES, entre los extremos que consideran que deben confluir para que el procedimiento de designación de depositario y cesión del uso sea posible, que los acreedores laborales incoen la solicitud de concurso (AMORIN y ALGORTA MORALES, *Sociedades cooperativas, sistema y Derecho cooperativo* [2010], p. 418.

769

OLIVERA GARCÍA no contiene un pronunciamiento expreso respecto a la oportunidad en que debe presentarse la solicitud pero, al comentar la forma en que debe estar integrada la cooperativa o

Otros autores, sin pronunciarse tampoco expresamente sobre el punto, asumen que la solicitud de designación como depositario da origen a un procedimiento pre-concursal. En este sentido, HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER mencionan que en función de los hechos que surjan durante el trámite que se le dé a la solicitud podrían constatarse alguna de las presunciones de insolvencia, «*dando lugar al inicio del procedimiento concursal*»⁷⁷⁰. Del mismo modo, ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO invocan como una diferencia entre la posibilidad de que el juez otorgue a una cooperativa de trabajo facultades de uso precario, que confiere el n° 2 del art. 174 y la posibilidad de solicitar la asignación del uso precario prevista en el art. 238 de la LC, que en este último caso el empresario habría abandonado el establecimiento «*sin siquiera promover el concurso*»⁷⁷¹.

Sólo BALMACEDA trata específicamente esta cuestión, inclinándose por considerar que la solicitud de designación como depositario corresponde a una instancia previa al proceso concursal. Eso explica, a su entender, que el legislador exija la presentación de la documentación que refiere el art. 7 de la LC⁷⁷².

En nuestra opinión, la solicitud puede ser presentada tanto antes de que se haya decretado el concurso como durante su tramitación, siempre que se trate de un concurso necesario. Los acreedores laborales no tienen por qué incoar el concurso como requisito previo a promover la solicitud en análisis. El art. 238 de la LC no exige que el concurso haya sido ya declarado para que los acreedores presenten pidan la designación de depositario. La única exigencia del art. 238 a este *respecto es que el concurso no haya sido solicitado por el deudor; si el concurso fue solicitado por cualquier otro legitimado para hacerlo, no existe obstáculo legal alguno para que los acreedores laborales pidan la designación de depositario.

B. Juez competente

El art. 238 de la LC dispone que, acreditados los presupuestos legales para la procedencia de la solicitud, «*el Juez dará ingreso a la solicitud*», sin especificar si se refiere al juez del concurso o aquel que determinen las normas generales sobre jurisdicción y competencia.

MARTÍNEZ BLANCO entiende que debe aplicarse las normas de competencia que se establecen en el art. 12 de la LC⁷⁷³. Sin embargo, advertimos que el art. 12 establece reglas

sociedad, hace mención a que el porcentaje de trabajadores debe considerarse al inicio del proceso concursal, sin más aclaraciones (OLIVERA GARCÍA, *Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial* [2008], p. 65).

770

HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., pp. 204 y 205.

771

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, *Aspectos laborales de la Ley de Reforma Concursal y de Reorganización Empresarial, Ley 18.387* (2010), p. 139.

772

BALMACEDA, «Los acreedores laborales y el instituto del abandono de la empresa: procedencia temporal», *Tres pilares del moderno Derecho comercial, Semana Académica 2011* (2011), pp. 422-432.

773

MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 449.

de competencia sólo respecto a «*procedimientos concursales*» y a las acciones sociales de responsabilidad promovidas contra los administradores o directores de sociedades concursadas.

En nuestra opinión, si la solicitud en estudio se dedujese durante la tramitación de un proceso concursal necesario, como demanda incidental, el juez del concurso podría asumir competencia en virtud de lo dispuesto en el art. 250 de la LC para los incidentes concursales. En caso contrario, entendemos que debe acudirse a las normas generales sobre jurisdicción y competencia (Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales n° 15.750 de 1985). En particular, si se considera a la solicitud en estudio, como una petición cautelar, siendo solicitada en forma preliminar al concurso, será competente el tribunal que lo es para entender en el proceso posterior (art. 314 CGP).

C. Presupuestos de la solicitud

Para que pueda prosperar la solicitud, los acreedores laborales deberán acreditar que, en el caso, se configuran los presupuestos que se establecen en el art. 238, directamente o mediante su remisión a otras disposiciones de la LC. Los presupuestos referidos son cinco:

1. que el empleador haya hecho «*abandono de la empresa*»;
2. que exista riesgo de que los créditos laborales privilegiados (art. 110, n° 1, LC) no puedan ser satisfechos en su totalidad;
3. que el deudor no se haya presentado a promover su propio concurso;
4. que sólo existan acreedores laborales;
5. que el beneficiario de la cesión sea una cooperativa de trabajadores u otra modalidad empresarial que estos determinen.

Algunos autores agregan o proponen otros presupuestos, como que los acreedores laborales incoen la solicitud de concurso⁷⁷⁴, o que se controle judicialmente la viabilidad de la empresa, si es que tendrá o no el capital de giro necesario o un plan de negocios⁷⁷⁵. Pudiera haber sido una buena idea que se incluyera algún presupuesto de este tipo, pero nada de eso es exigido ni directa, ni indirectamente por el art. 238 de la LC.

1. Abandono de la empresa

La norma llevar por título «*abandono de la empresa*».

Abandonar significa dejar o desamparar algo⁷⁷⁶. Es evidente, entonces, que el legislador utiliza aquí la palabra *empresa*, impropriamente, como sinónimo de *establecimiento* o *actividad empresarial*. Lo que se abandona es el establecimiento comercial, industrial o agropecuario, por ejemplo, o la explotación de una determinada actividad económica.

774

AMORIN y ALGORTA MORALES, op. cit., p. 418.

775

En el art. 6 de la Ley de Cooperativas de Producción o Trabajo Asociado n° 17.794 de 2004, se preveía que la cooperativa justificase su viabilidad, presentando un proyecto técnicamente fundado. Esta exigencia, infelizmente, no fue recogida en la LC, ni en la LSCO vigente. Por el régimen derogado ver BLANC DA COSTA y CREIMER BAJUK, op. cit., pp. 58 y 59.

776

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22 ed.

En su contenido, la norma no contiene especificación alguna respecto a cuándo se debiera considerar que el deudor ha efectivamente abandonado su establecimiento o su actividad. En realidad, ni siquiera se refiere al abandono.

Hay hipótesis similares al *abandono*, previstas en otras disposiciones de la LC, sea como presunciones de insolvencia. Así, por ejemplo, en el n° 5 de su art. 4, se considera en estado de insolvencia al deudora que ha dado cierre a la sede de su administración o del establecimiento en el que desarrollaba su actividad. En el n° 4 del art. 5 se presume, en forma absoluta, la insolvencia del deudor, en caso de que éste se oculte o ausente, o lo hagan sus administradores, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir con sus obligaciones.

Alguna doctrina considera que, aunque la norma guarde silencio sobre el punto, la autorización del uso precario sólo puede darse si previamente los trabajadores solicitantes acreditaron que el establecimiento ha sido abandonado por su titular⁷⁷⁷.

2. Riesgo de que los créditos laborales privilegiados no puedan ser satisfechos en su totalidad

Aparte de que se haya configurado el «*abandono de la empresa*», el presupuesto primordial para que se active el derecho de los acreedores laborales a solicitar que se les designe depositarios de los bienes que integran el establecimiento en el que trabajan, consiste en la comprobación de la existencia de *riesgo* de que los créditos laborales privilegiados no puedan ser satisfechos en su totalidad. Este presupuesto no aparece en el art. 238, sino en el n° 2 del art. 174 de la LC.

El art. 238, en su § 1, faculta a los acreedores laborales a promover la aplicación de lo dispuesto en el n° 2 del art. 174⁷⁷⁸. En este numeral se prevé la posibilidad de que el juez, previa vista al síndico, designe depositaria de los bienes que integran el establecimiento del deudor, a una cooperativa de trabajo que se constituya con la totalidad o parte del personal, confiriendo facultades para el uso precario de dichos bienes. Para ello, debe probarse que existe riesgo de que los créditos laborales privilegiados no puedan ser satisfechos en su totalidad.

De acuerdo con lo dispuesto por el n° 1 del art. 110, n° 1 de la LC, son créditos laborales privilegiados aquellos devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso, hasta por un monto de 260.000 UI por trabajador. Quedan excluidos de este privilegio los créditos de los directores o administradores, miembros del órgano de control interno y liquidadores de la deudora.

Riesgo es la contingencia o proximidad de un daño⁷⁷⁹. Está claro que el daño estaría configurado por la incobrabilidad de los créditos laborales privilegiados. Ya la contingencia del daño o su proximidad, en tanto posibilidad de que ese daño suceda o no, es de muy

777

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, *Aspectos laborales de la Ley de Reforma Concursal y de Reorganización Empresarial*, Ley 18.387, p. 139.

778

La situación planteada por el art. 238 se encuentra íntimamente ligada a la que consagra el art. 174, n° 2, de la LC. Sin embargo, tiene algunas diferencias relevantes.

El art. 238 de la LC, además de la cesión precaria de los bienes, considera su posible cesión definitiva. Por otra parte, en el caso del art. 238, la beneficiaria de la designación como depositaria y cesionaria del uso, podrá ser tanto a una cooperativa de trabajadores como cualquier otra modalidad empresarial que los acreedores laborales determinen.

difícil determinación, salvo en los casos extremos.

3. Pasivo compuesto exclusivamente por acreedores laborales

Otra condición establecida en el art. 238 de la LC es que existan exclusivamente acreedores laborales.

Que los acreedores sean exclusivamente laborales resulta prácticamente imposible en el mundo real⁷⁸⁰. Téngase en cuenta que si existen deudas laborales, normalmente, también, habrá deudas con el organismo de seguridad social, por lo menos, y difícilmente exista un deudor concursado que tenga deudas con los trabajadores y no tenga ningún otro tipo de deudas, por ejemplo, con los proveedores⁷⁸¹.

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO afirman que la norma no estipula cómo se debe acreditar la inexistencia de otros acreedores, diferentes de los propios trabajadores⁷⁸².

No compartimos esa afirmación. En virtud de la remisión que el art. 238 realiza al art. 7, los trabajadores deben acompañar a su solicitud de cesión con una relación de los acreedores del deudor. Además, el juez ordenará la realización de publicaciones con un llamado a acreedores. Éstas son medidas conducentes, precisamente, a acreditar la inexistencia de otros acreedores o darles la oportunidad de comparecer a demostrar su existencia.

La condición de que sólo existan acreedores laborales, sin embargo, se encuentra flexibilizada en el § 3 del art. 238 de la LC, que admite igualmente que se realice la cesión si los acreedores no laborales lo consienten.

4. Omisión del deudor en cuanto a solicitar su propio concurso

El art. 238 de la LC condición, también, la solicitud, a que el propietario del establecimiento no se haya presentado a promover su propio concurso. De modo que, aunque exista el riesgo referido en el literal anterior, una vez que el deudor se presente a solicitar su concurso, los trabajadores ya no pueden solicitar la designación de depositario y la cesión precaria del uso de los bienes que integran el establecimiento.

Es indiferente que el concurso haya sido declarado o no. Basta que el empleador haya solicitado su propio concurso para bloquear la facultad que la LC confiere a los trabajadores.

A algunos autores les parece razonable que, aunque la norma no lo establezca a texto expreso, tampoco debería existir un proceso concursal promovido por terceros⁷⁸³. No

779

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22 ed.

780

FALCO IRIONDO, «Algunos de los problemas que se pueden generar cuando se otorga a cooperativas, sociedades comerciales u otra modalidad empresarial, integradas por trabajadores, el uso de los bienes de la empresa», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios, Semana académica 2010* (2010), p. 503; ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 138.

781

MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 449.

782

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 138.

783

430

compartimos esta opinión. No corresponde que el intérprete agregue presupuestos que la norma no prevé.

En nuestra opinión, el deudor podría encontrarse ya en concurso, puesto que lo que la norma exige para que opere esta posibilidad, es que no sea él mismo quien se hubiera presentado a solicitarlo. Esto quiere decir que, en cualquier hipótesis de concurso necesario y dadas las demás condiciones que exige la norma, pueden los acreedores laborales solicitar la cesión de los bienes que integran el establecimiento donde trabajan.

De modo que, si el empleador hace *«abandono de la empresa»**, toda vez que exista riesgo de no poder pagar a los acreedores laborales privilegiados en su totalidad, debe solicitar su propio concurso, so pena de que los trabajadores soliciten judicialmente que se designe como depositaria de los bienes que integran el establecimiento en el que trabajan a una cooperativa de trabajadores o a cualquier otra modalidad empresarial que se les ocurra como apropiada.

5. Existencia de una cooperativa de trabajadores u otra modalidad empresarial que estos determinen

De acuerdo con lo dispuesto en el § 1 del art. 238 de la LC, el *«uso precario de la empresa»*, deberá ser asignado a una *«cooperativa de trabajadores»* u otra *«modalidad empresarial»* que éstos determinen. Por lo tanto, la existencia de una entidad de esa naturaleza es indispensable para que el juez pueda disponer la asignación solicitada por los trabajadores.

a. Cooperativa de trabajadores o de trabajo

El art. 238 de la LC se refiere a una *«cooperativa de trabajadores»* y el n° 2 del art. 174 se refiere a una *«cooperativa de trabajo»*.

El art. 99 de la Ley 18.407/2008, de Cooperativas, proporciona una definición de *«cooperativa de trabajo»*:

«Son cooperativas de trabajo las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo mediante su esfuerzo personal y directo, a través de una organización conjunta destinada a producir bienes o servicios, en cualquier sector de la actividad económica. La relación de los socios con la cooperativa es societaria.»

Se consideran incluidas en la definición precedente, aquellas cooperativas que sólo tengan por objeto la comercialización en común de productos o servicios, siempre que sus socios no tengan trabajadores dependientes y el uso de medios de producción de propiedad del socio esté afectado exclusivamente al cumplimiento del objeto de la cooperativa.»

b. Alcance de la expresión «modalidad empresarial»

La expresión *«modalidad empresarial»* carece de un significado preciso en nuestro Derecho. Parece evidente, en principio, que debieran quedar comprendidos en esa expresión, todos los tipos societarios previstos en la LSC y, eventualmente, los grupos de interés económico previstos en ella. Podría, asimismo, pensarse que la expresión en análisis incluye a las sociedades civiles, aunque éstas, en principio, no pueden ser designadas como depositarias ni como cesionarias, por cuanto como regla general carecen de personería jurídica. El mismo problema inhabilita a los consorcios previstos en la LSC. Las

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, id., p. 139.

asociaciones nos parecen claramente incompatibles con la expresión legal, puesto que, por definición, no pueden tener por objeto una actividad empresarial.

Sin embargo, en el § 4 del art. 238, al establecer condiciones adicionales para que proceda la cesión definitiva, se refiere a la cooperativa o «*sociedad comercial*». Por lo tanto, si interpretáramos la normativa en análisis de forma estricta, el uso precario le podría ser conferido, también, a entidades que no sean cooperativas ni sociedades comerciales, mientras que el uso definitivo sólo puede ser conferido a una cooperativa de trabajadores o una sociedad comercial integrada, al menos parcialmente, por éstos. Puede, asimismo, interpretarse que con la expresión «*otra modalidad empresarial*» el legislador realizó una alusión vulgar a los diversos tipos societarios previstos en la LSC.

c. Integración de la entidad constituida

*** Integración requerida para asignar el uso precario**

A los efectos de su designación como depositaria de los «*bienes de la empresa*» y la asignación de su uso precario, alcanza con que la «*cooperativa de trabajo*» o aquella «*otra modalidad empresarial*» haya sido «*constituida con la totalidad o con parte del personal*» (art. 174, n° 2, LC). Suponemos que esto significa que, al menos, parte del personal que trabajaba en el establecimiento debe participar en la fundación de la entidad que se crea a los efectos de ser beneficiada con el uso de los bienes del empleador. La entidad por la que opten los acreedores laborales pueda estar integrada por personas que no son trabajadores del deudor, ni tienen vinculación alguna con él, a las que nada se les adeuda.

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO consideran que los trabajadores que participen en la fundación de esa entidad deben desinteresar a aquellos que no participen⁷⁸⁴. En nuestra opinión, esto no corresponde. Los acreedores que no participen en la entidad referida, mantienen sus créditos, con las preferencias correspondientes, y tendrán la posibilidad de exigir el pago por las vías pertinentes, en tanto que los que participan ven extinguidos sus créditos.

MARTÍNEZ BLANCO advierte que la LC no prevé cómo resolver la situación que se generaría si se presentasen simultáneamente acreedores laborales pretendiendo que el uso precario le sea asignado a entidades diversas constituidas por parte del personal. Según MARTÍNEZ BLANCO, el juez deberá decidir cuál es el criterio de selección por el que se inclina (antigüedad, mayor representatividad, primer planteo)⁷⁸⁵.

*** Integración requerida para la cesión definitiva**

Ahora, si los trabajadores aspiran a una cesión definitiva, la cooperativa o la sociedad comercial por la que se opte, deberá integrarse de la forma establecida en el lit. b del art. 172. Esto implica que «*más del 50 % (cincuenta por ciento) de la propiedad*» de la cooperativa o sociedad comercial que se constituya, corresponda a trabajadores que desarrollaban actividad personal en el establecimiento del deudor⁷⁸⁶.

No es claro lo que significa que más del 50 % de la *propiedad de una cooperativa o sociedad comercial* corresponda a los trabajadores. Suponemos que la norma se refiere – en lenguaje vulgar – a que la propiedad de más del 50 % de las *participaciones sociales*

784

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, id., p. 140.

785

MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 449.

corresponda a los trabajadores.

D. Requisitos formales de la solicitud

En el § 2 del art. 238 se establece que para que el juez pueda dar ingreso a la solicitud, ésta deberá contener los elementos necesarios para su admisibilidad previstos en el art. 7 de la LC.

MARTÍNEZ BLANCO considera que el legislador se equivocó en la remisión. La remisión, en su opinión, debió ser hecha al art. 8 y no al art. 7⁷⁸⁷.

Es probable que MARTÍNEZ BLANCO tenga razón en cuanto a lo que debiera haber sido, pero la norma es clara en su remisión al art. 7 y no cabe su sustitución⁷⁸⁸. Siendo el sentido de la Ley claro, no cabe al intérprete desatender su tenor literal (art. 17 CC).

La solicitud de los trabajadores deberá contener los elementos requeridos por el art. 7 de la LC. La remisión a lo dispuesto en el art. 7 de la LC es, obviamente, en lo que corresponda y con las adaptaciones del caso, aunque el art. 238 no lo haya especificado.

1. Remisión a los arts. 117 y 118 del CGP

En virtud de la remisión referida, en primer lugar, la solicitud de los trabajadores deberá cumplir con lo dispuesto por los arts. 117 y 118 del CGP. Esto implica que su solicitud tendrá la forma y el contenido de una demanda, lo cual significa, en especial, que incluirá las menciones siguientes: designación del tribunal a que va dirigida; identificación de los solicitantes, con la declaración de su domicilio real y la constitución de domicilio a los efectos del juicio; narración de los hechos en que se basa su pretensión y enunciación del derecho en que la fundan, así como los medios de prueba pertinentes; un petitorio formulado con precisión y la firma de los trabajadores o de su apoderado, así como la del letrado patrocinante.

2. Requisitos previstos en el art. 7 de la LC

En particular, por expresa disposición del art. 7 de la LC, los trabajadores deberán adjuntar a la solicitud una memoria, un inventario, una relación de acreedores, los estados contables, memorias e informes correspondientes a los tres últimos ejercicios y, si el deudor fuere persona jurídica, testimonio de sus estatutos, autorización estatal e inscripción registral, así como el testimonio de la resolución del órgano de administración de dicha persona jurídica aprobando su presentación.

a. Memoria

786

El art. 172, lit. b, especifica que el porcentaje de acreedores referidos debe ser considerado en función de los que desarrollaban actividad personal en el establecimiento, «*en el inicio del proceso concursal*». Según se advirtió en líneas anteriores, esta especificación sólo tiene sentido si se considera que la solicitud de designación como depositario es un incidente dentro del proceso concursal. En caso contrario, entendemos que el porcentaje debe ser considerado en función de quienes trabajaban en el establecimiento al momento de presentarse la solicitud de designación como depositario.

787

MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., pp. 449 y 450.

788

BALMACEDA, op. cit., p. 432.

433

En cuanto a la memoria explicativa referida en el n° 1 del art. 7 de la LC, los trabajadores deberán ingeniárselas para formular la historia económica y jurídica de su empleador, indicando la actividad o actividades a las que se dedica o dedicó en el pasado – si fuere del caso – así como las oficinas, establecimientos o explotaciones de las que fuere titular. Si el deudor fuera una persona casada, se indicará el nombre del cónyuge, así como el régimen patrimonial del matrimonio. Si el deudor fuere una persona jurídica, la memoria deberá también incluir los nombres y domicilios de todos los socios de los que tengan constancia; los nombres de los administradores, liquidadores y, en su caso, de los miembros del órgano de control interno. Debe también indicarse si la persona jurídica deudora forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades que estén integradas en el mismo. Todo esto, como se apreciará, además de ser inútil y excesivo, implica una carga de muy difícil cumplimiento para los acreedores.

b. Inventario

La confección del inventario valorativo requerido por el n° 2 del art. 7, también, será una tarea difícil para los acreedores laborales⁷⁸⁹. No obstante, es evidentemente necesaria su formulación, puesto que debe quedar absolutamente claro qué bienes pretenden los trabajadores que le sean entregados en «*depósito*» a la cooperativa o sociedad comercial que constituyan para el uso precario del establecimiento.

789

HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 204.

c. Relación de acreedores

La relación de acreedores a que se refiere el n° 3 del art. 7, también, es necesaria. Esta relación deberá estar integrada exclusivamente por acreedores laborales, pues es uno de los presupuestos de la solicitud. Si existieren otro tipo de acreedores, se deberá acompañar la solicitud con la documentación donde conste que esos acreedores consienten expresamente que los bienes del establecimiento sean adjudicados a los trabajadores (art. 238, § 3, LC).

d. Estados contables

Los estados contables correspondientes a los tres últimos ejercicios del deudor concursado, así como, en su caso, la memoria e informes que se exigen en el n° 4 del art. 7, son documentos que normalmente no se encuentran en poder de los trabajadores. Esta exigencia nos parece imposible de cumplir por parte de los trabajadores.

e. Testimonio de estatutos

En cuanto al testimonio de los estatutos y sus modificaciones, exigido por el n° 5 del art. 7, se trata también de documentación en poder del empleador, que los trabajadores no estarán en condiciones de aportar. En lugar de ello, lo pertinente es que los acreedores laborales presenten esa documentación, así como la autorización estatal e inscripción registral, si correspondiere, de la cooperativa o sociedad comercial que hubieren constituido para ser adjudicataria de los bienes de su empleador.

f. Testimonio de resolución

Un comentario similar nos merece la exigencia del n° 6 del art. 7, respecto a la presentación del testimonio notarial de la resolución del órgano de administración que aprueba la presentación a solicitar concurso.

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO consideran que el juez debería apreciar la observancia de este requisito con realismo y flexibilidad⁷⁹⁰. Sinceramente, no vemos cómo el juez podría hacer esto, puesto que es evidentemente contradictorio pretender la presentación de una resolución del órgano de administración de la persona jurídica deudora aprobando la solicitud de declaración del concurso y, por otro lado, que uno de los presupuestos de la solicitud sea que el deudor no se haya presentado a promover su propio concurso⁷⁹¹.

En lugar de ello, correspondería exigir la presentación de un testimonio de la resolución adoptada en el seno de la cooperativa o sociedad comercial adjudicataria, consintiendo la presentación de los acreedores laborales. Esto no es, sin embargo, lo que dispone la norma.

III. Naturaleza y trámite de la solicitud

El art. 238 de la LC no proporciona indicaciones precisas sobre el rito procesal que debe seguir a la solicitud. Se limita a remitirnos a lo dispuesto en el n° 2 del art. 174, a establecer algunos presupuestos para la admisibilidad de la solicitud y la necesidad de que se realice un llamado a acreedores y se notifique al deudor.

790

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 138.

791

FALCO IRIONDO, op. cit., p. 503.

A. Naturaleza de la solicitud

Si la solicitud se plantea en ocasión del trámite de un proceso concursal, tendrá la naturaleza de una demanda incidental y, en todo lo no previsto por el art. 238 de la LC, se debiera aplicar el régimen establecido en el art. 250 para los incidentes concursales.

Si la solicitud se plantea como un proceso independiente, antes de que exista un proceso concursal en trámite, tendrá la naturaleza de una demanda cautelar, como indispensable para la protección de un derecho de los trabajadores (art. 312 CGP). Se le aplicaría, entonces, en lo no previsto por el art. 238, el procedimiento establecido en los arts. 314 y ss. del CGP.

B. Trámite previsto en la LC

1. Vista al síndico

En el n° 2 del art. 174 de la LC se prevé que el juez, antes de designar depositario, dé vista al síndico. Como es obvio, si no se decretó el concurso del deudor, no habrá síndico alguno a quien dar vista.

2. Decreto que admite la solicitud

Si se admite la solicitud de los acreedores laborales, el juez concursal designará como «*depositaria de los bienes de la empresa*», a la entidad constituida por los acreedores laborales y le conferirá el «*uso precario de la empresa*» (art. 238, § 1, y art. 174, n° 2, LC).

a. Designación de depositario de los «bienes de la empresa»

En el art. 238 de la LC se establece que se podrá aplicar – a solicitud de los acreedores laborales – la disposición del n° 2 de su art. 174. En ese numeral, entre otras cosas, se faculta al juez a que, previa vista del síndico, designe «*depositaria de los bienes de la empresa*» a una cooperativa de trabajo que se constituya con la totalidad o con parte del personal, confiriéndole facultades de uso precario de dichos bienes.

No siendo la empresa sujeto ni objeto de Derecho, la expresión «*bienes de la empresa*» es errónea. Los bienes no son de la empresa (porque no es sujeto de Derecho), sino del empresario y tampoco integran la empresa, sino el establecimiento. Suponemos que el legislador utiliza aquí la palabra *empresa*, impropia, como sinónimo de *establecimiento* y pretende referirse a los bienes que lo integran.

También, es claro que no existe aquí contrato de depósito alguno, propiamente dicho, sino la modalidad de depósito a la que nuestro CC denomina «secuestro» (arts. 2240 CC). El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, sea por el consentimiento de los litigantes o sea por decreto del juez (art. 2285 y 2288 CC). En todo caso, el *secuestre* (depositario) debe restituir la cosa una vez concluido el pleito, al que según la sentencia deba obtenerla (art. 2285 CC).

El secuestro se gobierna por las reglas del depósito voluntario, lo cual implica que la entidad constituida por los acreedores laborales como depositaria de los bienes que integran el establecimiento de su empleador, contrae la obligación de guardar la cosa y restituirla en especie (art. 2239 CC). No se transfiere por el depósito la propiedad de la cosa que permanece en el depositante (art. 2243 CC). El depositario no puede compensar la obligación de devolver el bien depositado con ningún crédito (art. 2270 CC), pero puede retener la cosa depositada en razón de las expensas que haya hecho para su conservación (art. 2271 CC). La cosa depositada ha de ser devuelta con todos sus frutos y acciones (art. 2258 CC).

b. Cesión del uso precario

El art. 238 de la LC prevé que se asigne a la entidad que determinen los acreedores laborales, «*en forma provisional, el uso precario de la empresa*».

*** Régimen del derecho de uso**

El derecho de uso es un derecho real que consiste en servirse de la cosa de otro o de exigir una porción de los frutos que ella produce (art. 541 CC). En principio, el uso se limita a las necesidades personales del usuario (art. 545 CC), entre las que no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupa (art. 546, § 1, CC). Sin embargo, se exceptúa de esta regla el caso en que la cosa sobre que se concede el derecho, por su naturaleza y uso ordinario y por su relación con la profesión o industria del que ha de ejercerla, aparezca destinada a servirle en ellas (art. 546, § 3, CC).

El derecho de uso no puede cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse (art. 549 CC). Tampoco es embargable (art. 2363, n° 8, CC).

La asignación del uso es contradictoria con la designación como depositario, puesto que no puede el secuestre servirse de la cosa depositada, sin permiso expreso del depositante (art. 2253 CC). Cuando el depositario tiene permiso de servirse o usar de la cosa depositada, el contrato cambia de naturaleza y ya no es depósito, sino préstamo o comodato (art. 2254 CC)⁷⁹².

En el establecimiento tanto pueden existir cosas fungibles como no fungibles. Por lo tanto, respecto a las primeras se aplicará la regulación prevista para el mutuo o préstamo de consumo y respecto de las segundas se aplicará el régimen del comodato o préstamo de uso (art. 2196 CC).

Respecto de las cosas fungibles que no sean dinero, el prestatario debe devolver igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. Si esto no fuere posible, deberá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago (art. 2201 CC).

En el comodato o préstamo de uso, el comodatario debe devolver los bienes dados en comodato en especie (art. 2216 CC). El comodante conserva la posesión y la propiedad; el comodatario adquiere la mera tenencia y el uso, pero no los frutos (art. 2218 CC). El comodatario está obligado a velar como un buen padre de familia en la conservación de la cosa prestada y no puede servirse de ella, sino para el uso ordinario de las cosas de su clase (art. 2220 CC). El comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le debe, aunque esa por razón de expensas (art. 2226 CC) Los gastos hechos por el comodatario para servirse de la cosa que tomó prestada, no puede repetirlos (art. 2232 CC).

*** Provisionalidad de la medida**

Provisional es lo que se hace, se halla o se tiene temporalmente.

CREIMER BAJUK considera que el tiempo por el que se mantendrá la medida debe ser decidido por el juez, a pesar de que la norma no aclara el punto⁷⁹³. Esta opinión es consistente con la naturaleza cautelar de la medida, puesto que, tal como dispone el art. 313

792

MARTÍNEZ BLANCO no es claro en su posición respecto al título a que se adjudica la cesión. Dice que, en principio, pensaba que era a título de comodato pero en función de que existe la posibilidad de que la cesión se transforme en definitiva, considera que «*se transmutó de figura jurídica*» (sic), sin especificar en qué se habría convertido (MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 450).

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO consideran que se trata de un comodato, aunque no abundan sobre la cuestión (ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 139).

del CGP, el tribunal debe establecer el término de duración de la medida cautelar que se disponga.

No obstante, entendemos que la LC no estableció plazo, puesto que el mantenimiento de la medida dependerá de que, una vez hecho el llamado a acreedores y la notificación personal al deudor, aquellos no se presenten o no consientan la cesión, y este último no se oponga. En ese caso, la medida deja de ser provisional, deviniendo definitiva.

*** Precariedad del uso**

El uso es precario, puesto que se tiene sin título.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 2237, el comodato toma el nombre de precario, si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo.

La atribución del uso en calidad de precario, entonces, implica que el propietario de los bienes podrá exigir que se le restituyan.

c. Compensación de créditos

En función de lo dispuesto en el n° 2 del art. 174 de la LC, los créditos laborales privilegiados que pudieren existir en la masa del concurso serán compensados y computados como aporte de los trabajadores a la cooperativa o sociedad constituida para ser depositaria y cesionaria. Asimismo, se computarán como aportes, las indemnizaciones por seguro de paro, a cuyos efectos el juez dispondrá que sean vertidas por el organismo de seguridad social que corresponda, por orden del juez, sin que se requiera la solicitud expresa de los trabajadores.

De acuerdo con el tenor literal del n° 2 del art. 174 de la LC, la compensación y el aporte de las indemnizaciones que les correspondieren a los efectos de la integración del capital de la cooperativa o sociedad cesionaria, son imperativos. No se trata de facultades opcionales conferidas a los trabajadores. Una vez que los trabajadores solicitan que la cooperativa o sociedad sea designada como cesionaria del uso del establecimiento del deudor, la compensación opera de pleno Derecho – dado el tenor imperativo de la norma – y computados como aporte. Esto es consistente con lo dispuesto en el art. 1498 del CC, según el cual, la compensación se verifica ipso jure, por el solo ministerio de la Ley (art. 1498 CC).

La compensación es un modo de extinguirse las obligaciones (art. 1447, n° 2, CC).

C. Llamado a acreedores y notificación al deudor

En el decreto que se da ingreso a la solicitud, el juez debe ordenar la realización de publicaciones llamando a acreedores y notificar personalmente al deudor.

1. Llamado a acreedores

El art. 238 establece que se deberá realizar un llamado a acreedores mediante publicaciones, pero no dispone dónde deben realizarse las publicaciones ni cuántas deben hacerse.

Alguna doctrina considera que, bajo el supuesto de que el art. 21 de la LC establece un principio general, las publicaciones habrán de ser tres y cumplirse en el Diario Oficial⁷⁹⁴.

En nuestra opinión, el art. 21 de la LC no contiene ningún principio general en materia de publicaciones. Dicha norma regula, exclusivamente, la forma en que debe realizarse la publicación de la sentencia que declara el concurso.

En caso de vacío legal en cuanto a la tramitación procesal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 253 de la LC, debe recurrirse a lo establecido en el CGP. El principio general en cuanto a notificaciones por edictos se encuentra establecido en el art. 89 del CGP, que dispone que su publicación deberá realizarse en el Diario Oficial y otro periódico de la localidad, durante diez días hábiles continuos. Si el interesado goza de beneficio de pobreza, el juez puede disponer que la publicación se efectúe solamente en el Diario Oficial, si no se obtuviere la publicación gratuita en el otro periódico.

2. Plazos

El art. 238 de la LC tampoco explicita cuál sería el plazo de que disponen los acreedores y el deudor para comparecer y, eventualmente oponerse o consentir la designación de una entidad integrada por acreedores laborales como depositaria y la cesión precaria a ésta del uso del establecimiento.

A ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO se les ocurre que lo más razonable y adecuado es conferirles el mismo plazo del que disponen los acreedores para verificar los créditos en los pequeños concursos, o sea: 15 días⁷⁹⁵. No compartimos esta opinión, puesto que no vemos analogía alguna entre ambas situaciones.

HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER consideran que para el trámite rige el principio general del procedimiento incidental (art. 250 LC)⁷⁹⁶.

Por nuestra parte, consideramos que debe distinguirse según se haya presentado la solicitud en el curso de un proceso concursal o se haya planteado como demanda en un proceso independiente, antes de que exista un proceso concursal en trámite. Según ya opinamos en líneas anteriores y en forma coincidente con los autores que acabamos de citar, entendemos que, en el primer caso, debe seguirse el trámite previsto en el art. 250 para los incidentes concursales. En función de lo allí establecido, el juez del concurso es quien debe fijar el plazo. Si el juez es omiso, el plazo será de seis días, por aplicación de lo dispuesto en el art. 321 del CGP.

En el segundo caso, si se le atribuye a la solicitud el carácter de demanda cautelar, la providencia que designa depositario y otorga la cesión precaria del uso, en aplicación del procedimiento establecido en el art. 315 del CGP, será recurrible. Si se entiende que estamos ante un procedimiento concursal, la medida sólo será recurrible con reposición con plazo de seis días (art. 252 LC). Si se entiende que se trata de un procedimiento paraconcursal, contra la medida debería admitirse tanto el recurso de reposición como el de apelación (art. 315 CGP) y por tratarse de una sentencia interlocutoria dictada fuera de audiencia, el plazo para la interposición del recurso será de seis días, al igual que el traslado (art. 254 CGP).

3. Actitudes posibles de otros acreedores y del deudor

794

HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 204; ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 139.

795

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 139.

796

HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., pp. 204 y 205.

a. Hipótesis en que no se presentan otros acreedores ni existe oposición del deudor

Al final del § 2 del art. 238 se establece que en caso de no presentarse más acreedores que los laborales⁷⁹⁷ y si no haber oposición del deudor, la cesión precaria del uso se transforma en definitiva.

*** Conversión de la cesión precaria en definitiva**

Para alguna doctrina, la conversión de la cesión precaria en definitiva supone la transferencia de la propiedad del establecimiento a la entidad integrada por los trabajadores⁷⁹⁸.

No compartimos esa opinión. De la alusión a la transformación de la cesión precaria en definitiva no puede inferirse que la LC haya instrumentado una suerte de procedimiento judicial de expropiación. La cesión del uso no es lo mismo que la transmisión de la propiedad.

Tampoco la adjetivación de esa cesión como «*definitiva*» la permite que se interprete que la cesión del uso alude a una adjudicación judicial de la propiedad del establecimiento abandonado. Ese adjetivo no implica que el uso se concede a perpetuidad. Según se analizó, el adjetivo «*definitiva*» debe ser interpretado por oposición a la *precariedad* de la cesión inicial del uso. Es decir, el uso se cedió precariamente, frente a la mera solicitud de todos o parte de los acreedores laborales, hasta tanto se hiciera un llamado a acreedores y notificara al deudor. Puesto que la medida es decretada *inaudita altera pars*, es lógico que se le atribuya un carácter precario. Luego, no compareciendo ni acreedores, ni el deudor, la confirmación del abandono del establecimiento permite que la medida se consolide; eso es lo que el legislador pretende expresar con la referencia a que la cesión del uso será «*definitiva*». No obstante, el título bajo el cual se está en posesión del establecimiento no varía.

Según ya se mencionó, la entidad referida es meramente un secuestro de los bienes que integran el establecimiento del deudor, al que se le ha conferido un derecho de uso. Es de la esencia del secuestro, que los bienes sean restituidos (art. 2285). Lo dispuesto en el § 2 del art. 238 no altera el título de secuestro, bajo el cual se atribuyó el uso del establecimiento.

Así, por ejemplo, si los bienes cedidos en uso a los acreedores laborales estuvieren prendados, una vez concluida la ejecución correspondiente, deberán ser entregados a quien los adquiera en remate. Del mismo modo, si se promueve el concurso del deudor, sea porque se enajena la empresa en bloque la empresa en funcionamiento (art. 171) o, en su caso, porque se enajenan las diversas unidades productivas (art. 174) o porque se realizan aisladamente los elementos que componen la masa activa, los acreedores laborales deben entregar los bienes a sus adquirentes. La medida solicitada al amparo del art. 238 de la LC, como la promovida con base en el art. 174.2, no implica que se suspendan los procedimientos de liquidación⁷⁹⁹.

797

MARTÍNEZ BLANCO comenta, a este respecto, que «*Ya no sólo el Juez reparte dádivas, sino que también las conceden los acreedores sobre bienes que no son de ellos*» (MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 450).

798

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 139.

799

440

Entonces, puede suceder que acreedores que consientan la cesión del uso definitivo no hayan sido necesariamente desinteresados por los acreedores laborales, sino que admitan que la entidad formada por trabajadores continúe explotando el establecimiento, como una manera de mantener su mayor valor. Del mismo modo, los acreedores laborales que no opten por integrar la entidad cesionaria del uso, pueden preferir promover el concurso necesario de su deudor, de modo de poder ejercer su derecho preferente.

*** Responsabilidad de la entidad cesionaria**

La LC nada dice sobre la eventual responsabilidad del nuevo empresario (cooperativa o sociedad comercial) por las deudas que mantenía el deudor concursado, como sí lo hizo, para el caso de adquirirse la empresa en bloque.

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO consideran que, a pesar de que la norma legal no establezca de modo expreso, dicha entidad no responderá ante acreedores que no se hayan presentado oportunamente ante la convocatoria realizada por el juez. La entidad cesionaria, según estos autores, adquirirá el establecimiento saneado, sin deudas de ninguna clase, salvo aquellas que se hayan denunciado tempestivamente⁸⁰⁰.

En nuestra opinión, la entidad no tiene responsabilidad alguna por las deudas del empresario que abandonó el establecimiento, puesto que es un sujeto diferente y no hay ninguna disposición que lo haga responsable por las deudas de éste. Por otra parte, es adecuado que nada haya sido previsto a este respecto, puesto que la entidad elegida por los acreedores laborales, en nuestra opinión, no adquiere los bienes que integran el establecimiento, sino meramente es un sujeto al que se le adjudica el uso de esos bienes.

b. Hipótesis en que comparezcan otros acreedores

Si frente al llamado comparecen otros acreedores, se abren dos alternativas: consienten expresamente la cesión definitiva o no la consienten.

Si la consienten expresamente, se otorgará la cesión definitiva (art. 238, § 3, LC). Alguna doctrina considera que, previamente, los acreedores laborales deberán desinteresarse o garantizar a los restantes acreedores⁸⁰¹. Obviamente, esto no es un requisito de orden legal, sino una opinión del autor citado respecto a lo que probablemente deba suceder en la práctica para que los restantes acreedores accedan a comprometer bienes que constituyen la garantía de sus créditos.

Si no la consienten, sea porque comparecen a plantear su oposición o sea porque guardan silencio al respecto, entendemos que el juez debe dejar sin efecto la designación como depositario y la asignación del uso precario de los bienes existentes en el establecimiento donde trabajaban los solicitantes, puesto que la inexistencia de acreedores no laborales era uno de los presupuestos de la solicitud.

c. Hipótesis en que se opone el deudor

La cesión definitiva del uso de los bienes no exige el consentimiento del deudor. Sólo

FALCO IRIONDO, op. cit., p. 500.

800

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 141.

801

CREIMER BAJUK, op. cit., p. 103; ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 140.

se requiere que no se oponga.

En el art. 238 no se prevé qué sucede si el deudor se opone. Entendemos que, si la solicitud se hubiera planteado en el proceso concursal, en aplicación de lo dispuesto en el art. 250 de la LC, la oposición debe ser sustanciada por el procedimiento de los incidentes establecido en el CGP, con las peculiaridades previstas en el referido art. 250. Si la solicitud hubiera sido planteada en un proceso autónomo, como petición cautelar, el deudor debe tramitar su oposición mediante los recursos de reposición y apelación subsidiaria (art. 315 CGP).

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO opinan que la oposición debería fundarse en que no existió abandono del establecimiento⁸⁰². No compartimos esta opinión. La LC no limita las causales de oposición. Es más, la LC no exige la invocación de causal alguna; se limita a exigir la oposición del deudor para impedir que la cesión del uso devenga definitiva.

CAPÍTULO DECIMOTERCERO: RÉGIMEN CONCURSAL INTERNACIONAL

Por Carlos E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

I. Modelos normativos

La regulación de la insolvencia transfronteriza ha sido explicada a partir de la contraposición entre dos sistemas o modelos normativos - el modelo territorial y el modelo extraterritorial – en función del alcance que se le atribuye al hecho generador del concurso y a su declaración judicial⁸⁰³.

A. Modelo territorial

1. Descripción del modelo

El modelo territorial, en su formulación más extrema, es un reflejo del fraccionamiento de jurisdicciones: cada país tiene su propio ordenamiento y, en principio, sólo puede garantizar la implementación coactiva de los derechos subjetivos dentro de su territorio. Como consecuencia de este fraccionamiento en el ámbito concursal, cada Estado donde el deudor tiene bienes organiza el concurso según su propio Derecho. El interés del Estado en el cual se funda el concurso del deudor, se detiene necesariamente en las fronteras del mismo⁸⁰⁴.

Como contrapartida, la validez y obligatoriedad del concurso se limitan al territorio del

802

ROSENBAUM RIMOLO y CASTELLO, op. cit., p. 140.

803

GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*, 5ª ed. (1985), p. 514.

804

SEGOVIA, *El Derecho internacional privado y el Congreso Sud-Americano de Montevideo* (1891), p. 159.

Estado en donde ejercen poder las autoridades que las dictaron. El concurso no puede producir efecto alguno, de cualquier naturaleza que sea, fuera del territorio en que ha sido declarado.

Esto implica que, declarado el concurso en un país, esa declaración compromete únicamente al patrimonio ubicado en dicho país, no habilitando de por sí, la apertura de procedimientos similares en otros países en los que el fallido tenga bienes, créditos o deudas. No obstante, eventualmente, el concurso podría ser declarado en cada Estado en el que el deudor tenga activos acreditando el estado de insolvencia del deudor en cada uno de ellos⁸⁰⁵.

En este caso, coexistirán una multiplicidad de procesos concursales diferentes, con distintas consecuencias sobre el estatuto personal del deudor, con una masa pasiva compuesta exclusivamente por los acreedores locales y una masa activa integrada por los bienes existentes en el territorio del Estado donde se declara el concurso y afectada a la satisfacción al menos preferente de los acreedores locales. Puede suceder, también, bajo este modelo, que la insolvencia de una persona determine que sea declarado el concurso en un Estado, mientras que en los demás Estados esa persona no se encontrará concursada, pudiendo administrar y disponer plenamente de los activos que tenga ubicados en el territorio de éstos.

No se debiera reconocer, según algún autor en esta posición, a síndicos designados en el concurso declarado por un juez extranjero⁸⁰⁶. Incluso el fallo de *exequatur* sería impotente para asegurarle efecto alguno sobre territorio extranjero a la declaración de concurso, pues esto implicaría reconocer la eficacia transnacional de la declaración de concurso⁸⁰⁷.

2. Fundamentación del modelo

Tradicionalmente, este sistema se funda en la idea de que el concurso debe ser regido por el estatuto real. El concurso declarado por la justicia local, de acuerdo con la *lex rei sitæ*, produce sus efectos en toda la extensión del territorio nacional, sobre todos los bienes que se encuentran allí, pero solamente sobre ellos.

El concurso, proveyendo al interés de los acreedores, tiene por objeto impedir la pérdida de los bienes y realizar sobre ellos las garantías de los acreedores. Esto no significa que el concurso no afecte, también, a la persona del deudor, pero afecta principalmente a los

805

SCOTTI, «La insolvencia internacional a la luz del Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones...*, año 1, n° 1, p. 161.

806

MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. 2, 2^{da} ed. (1861), p. 79. Contra FOELIX quien, aunque considerado partidario del estatuto real, reconoce la competencia de los síndicos para actuar en el extranjero, no en virtud de la sentencia que declara el concurso, sino como mandatarios en sede de jurisdicción voluntaria (FOELIX, *Tratado de Derecho Internacional Privado o del conflicto de las leyes de diferentes naciones en materia de Derecho privado* [1861], n° 468).

807

Algunos autores retroceden ante las consecuencias de este sistema y recomiendan una distinción análoga a la que la jurisprudencia aplica a la materia de sucesiones, entre bienes muebles e inmuebles. Los primeros se someten a la Ley del domicilio de su propietario y sólo los segundos se mantienen bajo el imperio de la *lex rei sitæ*. Conviene, entonces, en que en cuanto a los muebles, es susceptible de ejecución fuera del país donde ha sido declarado el concurso (STORY, *Comentario sobre el conflicto de leyes* (1891), §§ 383, 403 y ss.).

bienes. La indisponibilidad de los bienes no es una consecuencia de la suspensión o limitación de la legitimación del deudor, sino que, a la inversa, ésta es un resultado de la indisponibilidad que el concurso provoca sobre los activos del deudor.

Modernamente, los partidarios de la territorialidad concursal justifican a este sistema en base a la defensa de los créditos constituidos localmente con vista a bienes radicados en el país, frente a créditos que fueron otorgados en consideración a activos ubicados en el extranjero⁸⁰⁸. Se dice que la extraterritorialidad podría provocar la liquidación de un deudor local, supuestamente floreciente, por la sola razón de poseer en el extranjero un establecimiento insolvente⁸⁰⁹.

Se argumenta, también, que el sistema de territorialidad concursal no impide que los acreedores pidan la declaración del concurso en otros Estados donde el deudor tenga bienes. Sin embargo, tiene la ventaja de que la propagación de la situación concursal sólo se generaría cuando fuese necesario o conveniente, cosa que determinan los acreedores con su iniciativa concursal transnacional⁸¹⁰.

3. Moderación del modelo

En las versiones moderadas de este modelo, se condiciona la apertura de un procedimiento territorial a la existencia de un establecimiento del deudor en el territorio de cada Estado donde se pretenda abrir un concurso (no basta cualquier bien); se admite que a la masa pasiva se incorporen acreedores extranjeros; o se establecen mecanismos de cooperación entre los distintos procedimientos territoriales para asegurar, en la medida de lo posible, una liquidación o reorganización coordinada del deudor concursado⁸¹¹.

B. Modelo extraterritorial

1. Descripción del modelo

El modelo extraterritorial parte del principio de simetría entre la regulación jurídica y la actividad económica. Cuando la actividad económica del deudor se desarrolla en varios mercados y, por consiguiente, quedan afectados una pluralidad de sujetos, los procedimientos colectivos deben ser únicos para toda esa actividad y para todos esos sujetos.

Esto implica que exista un único procedimiento, normalmente en el domicilio del deudor, que alcanza a todos sus bienes, estén donde estén; se aplica un único Derecho procedimental y sustantivo (*lex fori concursus*); a ese procedimiento concurren todos los acreedores, nacionales y extranjeros; y las decisiones que se adopten en ese procedimiento se reconocen y ejecutan en todos los demás Estados.

808

BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, t. 2, 2ª ed. (1983), p. 1252.

809

GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 519.

810

La exposición respecto a este argumento – aunque no lo comparte – puede verse en ALFONSÍN, op. cit., p. 31.

811

VIRGÓS-FRANCISCO GARCIMARTÍN, «Competencia internacional y territorial», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 1 (2004), p. 323.

2. Fundamentación del modelo

Los partidarios de la extraterritorialidad del concurso argumentan que la finalidad de la legislación concursal no es reglar la condición de los bienes del deudor, ni fijar los derechos que pueden gravarlos o su modo de trasmisión, sino la de proteger los intereses de los acreedores y mantener la igualdad entre ellos⁸¹². El concurso es uno por su naturaleza, en el sentido de que, gobernado en sus condiciones intrínsecas y en sus efectos por una misma legislación, sigue a la persona en cualquier lugar en que se encuentre y afecta sus establecimientos y sus bienes en cualquier país en que estén estos situados (tesis de la unidad y universalidad concursal)⁸¹³.

A esos efectos, le legislación concursal impone un determinado estado al deudor que, en lo fundamental, supone una modificación de su legitimación para administrar o disponer de su patrimonio. Naturalmente, la declaración de concurso afecta a los bienes del deudor, pero como una consecuencia de la afectación del estatuto personal del deudor. La indivisibilidad de la persona impone, entonces, según esta posición, la extraterritorialidad del concurso⁸¹⁴.

A los efectos de superar las críticas formuladas por los partidarios del modelo territorial, se ha justificado la idea de la afectación del estatuto personal, asignando una personalidad a la masa del concurso, respecto a la cual los síndicos estarían en una relación de mandato o representación, regida por la Ley del país donde el concurso fue declarado, Ley que sería aplicable extraterritorialmente en otros países⁸¹⁵.

Modernamente, se considera que fundamentar la extraterritorialidad concursal en la extraterritorialidad de los estatutos personales, así como sustentar la territorialidad concursal en la territorialidad de los estatutos reales, implica una inercia mecánica que no atiende a los verdaderos intereses en juego. En sustitución de este debate tradicional, la doctrina maneja otros tipos de argumentos en favor de la extraterritorialidad, relacionados con el principio de universalidad del proceso concursal y la naturaleza del comercio. En términos generales, se sustenta que las necesidades del comercio internacional exigen la concreción de dos principios normativos: que quien es deudor en un Estado debe serlo en todos los demás y que todos los bienes del deudor deben ser garantía de todos sus acreedores, donde quiera que se encuentren (*quicumque se, suum obligat*)⁸¹⁶.

Cuando varios Estados constituyen una región de tráfico mercantil intenso, ninguno de ellos puede desconocer el principio de que el deudor en un Estado debe serlo en todos los

812

LYON-CAEN y RENAULT, *Précis de droit commercial*, t. 2 (1885), p. 931.

813

WEISS, *Manual de Derecho Internacional Privado*, t. 2, 5ª ed. (1912), pp. 679 y 680.

814

LAURENT, *Droit civil international*, t. 6 (1881), p. 180; THALLER, *Des faillites en droit comparé: avec une étude sur le règlement des faillites en droit international*, t. 2 (1887), p. 375.

815

ROLIN, «Des conflits de lois en matière de faillite», *Recueil de Cours*, t. 4 (1926), pp. 27 y ss.

816

ALFONSÍN, *Quiebras: la Doctrina de Montevideo y los Tratados de 1889 y 1940* (1943), pp. 23-25; BOLAFFIO, *Il concordato preventivo* (1932), pp. 6, 13 y 14, y 25-31; CUZZERI y CICU, «De la quiebra», *Derecho Comercial*, t. 18, v. 1 (1954), p. 56.

demás. Es inconveniente al comercio internacional que el empresario que ha sido concursado en un Estado y posee activos importantes en otro, pueda dejar impagas las deudas en el primero y disponer libremente de sus bienes en el segundo, por el solo amparo de una frontera⁸¹⁷.

Se ha dicho que la responsabilidad internacional no emana de una norma estatal, sino de Derecho internacional privado sobrentendida en la contratación internacional, contra la que no cabe aducir que los bienes ubicados fuera de las fronteras donde se declaró el concurso no integran el patrimonio del deudor porque un determinado Estado es un dominio reservado a los acreedores nacionales. Por ello, el sistema que mejor contempla el principio de unidad patrimonial del deudor y la posibilidad de un reparto más equitativo entre sus acreedores, según la doctrina que estamos exponiendo, es el de extraterritorialidad concursal. Si la finalidad del concurso es realizar, prácticamente, el principio de que todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores, es menester darle eficacia extraterritorial a la sentencia que declara el concurso⁸¹⁸.

C. Estado actual de la cuestión

Ninguno de los modelos ha sido consagrado, en su forma pura, ni en las diversas legislaciones que han acometido la tarea de regular la competencia internacional en materia de concursos, ni en los tratados celebrados a este respecto. En algunas legislaciones se asume la posible existencia de una pluralidad de concursos a los que, sin embargo, se les atribuye la condición de universales y, en otros, se asume como punto de partida la existencia de un concurso único y universal, pero se le combina con la posibilidad de iniciar procedimientos de insolvencia de naturaleza territorial⁸¹⁹.

Asumida esta realidad, la doctrina reciente tiende a aceptar que, en casos de insolvencia transfronteriza, necesariamente han de coexistir varios procesos concursales afectando a un mismo deudor. Entonces, sin perjuicio de considerar imprescindible la instrumentación de un tratamiento lo más unitario posible, se admite que esto no ha de lograrse mediante la tramitación de un único procedimiento, sino a través de la coordinación de los distintos concursos iniciados en los diversos países, buscando favorecer las expectativas de los acreedores nacionales⁸²⁰.

II. Competencia internacional para la declaración del concurso

El art. 239 de la LC es una norma de atributiva de jurisdicción de carácter unilateral. Establece cuándo tienen competencia (directa) los jueces nacionales para declarar el

817

ALFONSÍN, id., p. 26.

818

ALFONSÍN, id., pp. 27 y 28; MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, v. 2 (parte especial), 8ª ed. (1979), pp. 406 y 407; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal* (2009), p. 414.

819

ESPLUGUES MOTA, *La quiebra internacional* (1993), pp. 45 y ss.

820

ESPLUGUES MOTA, «La reforma del régimen jurídico de la quiebra en España», *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* (1997), pp. 243 y 244.

concurso, sin pronunciarse acerca de la competencia de los jueces de los demás Estados.

En principio, el punto de conexión elegido para determinar la competencia de los jueces nacionales es el domicilio o el centro efectivo de actividad del deudor se encuentre en territorio nacional. No obstante, aun cuando éstos se encuentren en el exterior, igualmente se atribuye competencia a los jueces nacionales cuando el deudor tenga o haya tenido oficina, establecimiento o explotación en territorio nacional.

I. Criterio principal

Según se acaba de expresar, en principio, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 239 de la LC, tienen competencia para declarar el concurso los jueces uruguayos en el caso en que el «*domicilio o el centro efectivo de actividad del deudor se encuentre en territorio nacional*».

A. Domicilio y centro efectivo de actividad: ¿puntos de conexión alternativos?

Según se verá a continuación, existen múltiples definiciones de *domicilio*. De modo que la referencia al domicilio como punto de conexión, sin que la norma especifique en qué sentido está utilizando esa expresión, en vez de brindar un criterio con el que dilucidar claramente cuándo tienen competencia los jueces uruguayos, genera un serio problema. No obstante, tiene la «*ventaja*» de asegurar el máximo volumen de competencia judicial internacional posible al juez del Estado del legislador⁸²¹.

Por otra parte, la expresión domicilio o sede, ha sido entendida como el centro real de la explotación⁸²² o, como en el caso del art. 3 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional (TDCTI) de 1940: «*el lugar donde el comerciante o la sociedad tienen el asiento principal de sus negocios*». Es, entonces, posible que el legislador, al establecer que los jueces uruguayos tienen competencia concursal internacional cuando el domicilio o el centro efectivo de actividad del deudor se encuentre en territorio nacional, le haya allanado la tarea al intérprete indicándole en qué sentido a utilizado la expresión domicilio. De esa manera, habría contribuido a la seguridad jurídica en una cuestión de especial importancia.

La doctrina española, al discurrir respecto al criterio principal de atribución de competencia internacional establecido en el art. 258 de la PALC, fuente directa de nuestro art. 239, interpreta que se trata de dos puntos de conexión alternativos⁸²³ y ésta es, también, la opinión de alguna doctrina nacional⁸²⁴. Esta interpretación es perfectamente consistente con la redacción del art. 258, donde la conjunción disyuntiva «*o*» parece denotar diferencia o alternativa.

Esta interpretación, sin embargo, no es necesariamente trasladable a la norma uruguaya, puesto que – a pesar de que se repiten los puntos de conexión – la redacción es bastante diferente. Mientras la norma de la PALC dispone que los jueces españoles serán competentes para declarar el concurso de acreedores «*cuando el deudor tenga el domicilio o el centro*

821

ESPLUGUES MOTA, id., p. 251.

822

BASTOS y KISS, *Contratos internacionales* (1990), p. 44.

823

ESPLUGUES MOTA, «La reforma del régimen jurídico de la quiebra en España», *Cursos de Derecho Internacional...*, p. 251.

efectivo de sus actividades en España...», en el art. 258 se establece la competencia de los jueces uruguayos cuando «El domicilio o el centro efectivo de la actividad del deudor se encuentre en territorio nacional...».

Puesto que el verbo *encontrar* es utilizado por el n° 1 del art. 239 en singular, entendemos que la conjunción «o», en este caso, denota equivalencia (la misma redacción se repite en el n° 2). Si denotara diferencia o alternativa, el verbo *encontrar* debiera haber estado en plural.

También, contribuye a esta interpretación, que el n° 2 del art. 5 de la LC, al establecer que la declaración de concurso o quiebra en el extranjero constituye una presunción absoluta de insolvencia, menciona como juez competente el del país donde el deudor tenga su domicilio principal, sin hacer mención alguna al centro efectivo de la actividad del deudor.

Se debe reconocer, sin embargo, que en el art. 245 de la LC, al mencionar los casos en que procede la solicitud de concurso como consecuencia de su declaración por un juez extranjero, se refiere al domicilio y al centro efectivo de actividad, junto a otros puntos de conexión, de tal manera que parece considerarlos como puntos de conexión alternativos.

1. Concepto de domicilio

Domicilio es el centro territorial de las relaciones jurídicas de una persona. Supone una relación jurídica entre una persona y un cierto lugar⁸²⁵.

Esa relación puede estar determinada formalmente. Así sucede en el caso de las personas jurídicas, en virtud de una declaración realizada en el acto constitutivo. Respecto de las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública, el CC establece que *domicilio* es el lugar donde está situada su dirección o administración, si en sus estatutos o en la autorización que se les dio no tuvieren su domicilio señalado (art. 37). En el caso de las sociedades mercantiles, el domicilio constituye una de las cláusulas del contrato social (art. 6).

El domicilio, también, puede consistir en una determinada relación real con un lugar. Esa relación estará determinada por la residencia o la habitación en un cierto lugar (lo que vulgarmente se conoce como domicilio *particular*) o por el ejercicio de una profesión u oficio, o por la ubicación del principal establecimiento (domicilio *profesional* o *comercial*) o por la ubicación de la administración (domicilio *social*).

En el caso de las personas físicas no comerciantes, en este sentido, el *domicilio* consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella (art. 24 CC). En el CC se establece que el lugar donde un individuo «*está de asiento*» o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio es el que determina su domicilio civil (art. 25). El CCom distingue entre «*domicilio de un individuo*», al que define como «*el lugar que habita con ánimo de permanecer*», y «*domicilio general del comerciante*». Éste último es el lugar

824

SANTOS BELANDRO afirma que *domicilio* y *centro efectivo de actividad* son conceptualmente diferentes, aunque puedan eventualmente coincidir en un mismo sitio. De allí concluye que los jueces uruguayos pueden asumir competencia tanto si el deudor tiene su centro efectivo de actividad en nuestro país, como si tiene en él su domicilio. El autor no aclara qué debiera entenderse por domicilio a estos efectos (SANTOS BELANDRO, «La quiebra internacional y las nuevas normas nacionales de derecho internacional privado (Ley n° 18.387)», *Revista de Derecho y Tribunales*, n° 10, p. 15).

825

ZALDÍVAR et al., *Cuadernos de Derecho Societario*, v. 1 (1980), p. 228.

448

donde tienen su principal establecimiento (art. 40 CCom). En el caso de las sociedades comerciales, *domicilio* es el departamento, ciudad o localidad donde se establece su administración (art. 13 LSC).

2. El centro efectivo de actividad como punto de conexión

La expresión «*centro efectivo de actividad*» hace referencia al domicilio real del deudor. Su ubicación depende del caso concreto y de la actividad que en particular desarrolle el deudor⁸²⁶.

a. Significado

La palabra *centro*, en una de sus acepciones, indica el lugar en que se desarrolla más intensamente una actividad determinada. A su vez, *efectivo* significa real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal⁸²⁷.

De modo que *domicilio*, a los efectos de determinar la competencia concursal internacional de nuestros jueces, es aquel lugar en el que se desarrolla realmente y con mayor intensidad la actividad del deudor. Es indiferente, a estos efectos, el domicilio que se pueda haber constituido formalmente, sea en el acto constitutivo de una persona jurídica deudora o en cualquier otro documento.

El «*centro efectivo de actividad*» no tiene por qué coincidir con el lugar donde se establece la administración. De modo que el punto de conexión por el que opta la LC es diferente al que se utiliza en la LSC para definir al domicilio social.

Es similar, en cambio, al utilizado por el art. 25 del CC para determinar el domicilio profesional o por el art. 40 del CCom para determinar el domicilio general del comerciante. El lugar donde se ejerce habitualmente la profesión o donde se radica el principal establecimiento son expresiones que, en el fondo, apuntan a determinar el lugar donde efectivamente se desarrolla la actividad del deudor.

b. Fuente

¿Por qué el legislador nacional no adoptó ninguna de las definiciones de domicilio ya existentes en nuestra legislación? Porque los criterios utilizados en la norma que estamos analizando fue simplemente tomados del art. 258 de la PALC. Allí se establece, también, que los jueces españoles son competentes para declarar el concurso de acreedores «*cuando el deudor tenga el domicilio o el centro efectivo de sus actividades en España*».

No es éste el concepto adoptado por la LCE, ni por el Reglamento de la Comunidad Europea nº 1346/2000, ni por la Ley modelo de la CNUDMI. En todas estas normativas, se prefirió la expresión «*centro de intereses principales*». La LCE provee una definición para esa expresión, como el «*lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses*». En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social (art. 10).

De modo que, la LCE abandonó el punto de conexión que aparecía en la PALC. El criterio de la legislación española, cuando el deudor una persona jurídica es, en primer

826

PALAO MORENO, *El traslado del domicilio social de la sociedad anónima europea* (2006), p. 105.

827

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*.

lugar, formal. La LCE les otorga competencia a los jueces del lugar del domicilio de la sociedad que es, en principio, el que se estableció en el acto constitutivo, puesto que se presume que allí está el centro de sus intereses principales. En segundo lugar, la LCE apela a un punto de conexión real, pero que no tiene que ver con la actividad, sino con la sede de la administración. Por lo tanto, *centro efectivo de actividad* y *centro de sus intereses principales* son conceptos diferentes y poco aporta el segundo a la interpretación del primero.

La expresión *centro efectivo de actividad* ha sido utilizada en la Convención

c. Valoración crítica

La expresión *centro efectivo de actividad* constituye un concepto de textura abierta, susceptible de valoraciones reales de tipo económico⁸²⁸. Este carácter abierto le da la ventaja de la flexibilidad. El concepto es susceptible de ser aplicado a cualquier clase de deudor y de responder a cualquier tipo de estructura organizativa de ese deudor. Esto tiene especial sentido en la LC, en la medida que el deudor puede ser tanto una persona jurídica como una persona física con «*actividad empresarial*» (art. 2).

Sin embargo, esa misma textura abierta es su mayor debilidad. Las palabras que componen el concepto – *centro, efectivo, actividad* – carecen de un significado jurídico preciso. Hubiera sido conveniente, que el legislador brindase una definición legal o aportase alguna presunción, tal como hizo la LCE (art. 10).

No obstante, del concepto en análisis podemos deducir ciertas ideas básicas: la consideración de la actividad en lugar de la sede de la administración; el énfasis en la realidad en lugar de la formalidad y la idea de que es posible ubicar un punto donde converge la actividad del deudor («*centro*»).

B. Criterio subsidiario

Sin perjuicio de la competencia atribuida a los jueces nacionales cuando el domicilio o el centro efectivo de actividad del deudor se encuentre en territorio nacional, el n° 2 del art. 239 le atribuye competencia, también, a nuestro jueces, si el deudor tiene o tuvo oficina, establecimiento o explotación en el territorio nacional. Dada esta circunstancia, el hecho de que el domicilio o centro efectivo de actividad del deudor se encuentre en el exterior, no inhibe la competencia del juez nacional.

Alguna doctrina considera que la atribución de competencia a los jueces nacionales en los casos previstos en el n° 2 del art. 239, tiene como finalidad la protección de los acreedores locales. Si estos han realizado negocios con empresarios que desarrollan actividades comerciales o industriales en Uruguay, o al menos mantienen oficinas en nuestro país, sería necesario protegerlos en su buena fe permitiendo la declaración del concurso en nuestro país⁸²⁹.

Especialmente en el supuesto previsto en este n° 2, puede suceder que se declare el concurso de un mismo deudor en diversos países o que, no habiéndose declarado el concurso

828

ESPLUGUES MOTA, «La reforma del régimen jurídico de la quiebra en España», *Cursos de Derecho Internacional...*, p. 250; VIRGÓS-FRANCISCO GARCIMARTÍN, «Competencia internacional y territorial», *Comentario de la Ley Concursal*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, t. 1, p. 323.

829

SANTOS BELANDRO, *op. cit.*, pp. 14-15.

en el país donde el deudor tenga su domicilio o centro efectivo de actividad, los jueces de este país se nieguen a reconocer el concurso declarado en nuestro país y, por ende, a dar trámite a cualquier exhorto con el que se pretende ejecutar diligencias sobre el deudor o sus bienes en el extranjero.. Como se ha señalado en nuestra doctrina, no es creíble pensar que el país extranjero donde el deudor tenga su «*centro efectivo de actividad*» decline intervenir en aras de la cooperación internacional. Por lo tanto, la norma en cuestión difícilmente eluda planteos de incompetencia o falta de jurisdicción⁸³⁰.

III. Eficacia extraterritorial de la declaración de concurso

El art. 240 consagra como principio el de la extraterritorialidad concursal. Si el concurso comprende la totalidad de los bienes y derechos que conformen el patrimonio del deudor, sea donde fuere que se encuentren, significa que el concurso declarado en nuestro país surte efectos en todos los países en que el deudor posea activos. En este punto cabe mencionar el art. 245 de la LC, el cual dispone que declarado por Juez extranjero el concurso de un deudor que tenga o haya tenido su domicilio, centro efectivo de actividad, oficina o establecimiento o explotación en la República, cualquiera de los sujetos legitimados podrá solicitar la apertura del concurso en nuestro país. La declaración de concurso, quiebra o cualquier otra forma de ejecución concursal en el extranjero constituye una presunción absoluta de insolvencia del deudor y el concurso tendrá la calidad de necesario⁸³¹. Esto es lo que se ha denominado por la doctrina como extraterritorialidad limitada ya que la sentencia extranjera que declara el concurso produce efectos en territorio uruguayo sin necesidad de exequátur⁸³².

La declaración de que el concurso comprende todos los bienes y derechos del deudor, incluyendo los que se encuentren en el exterior, contenida en el § 1 del art. 240 de la LC, se diluye en la amplísima excepción prevista en el § 2 del mismo artículo. En éste párrafo se dispone que en el supuesto en el cual el deudor hubiera sido igualmente declarado en concurso, quiebra o similar en otro Estado extranjero donde tuviere su domicilio, centro efectivo de su actividad, oficina, establecimiento o explotación, en relación a los bienes y derechos ubicados en el Estado extranjero, el concurso abierto en nuestro país incluirá únicamente en su masa activa el remanente de los bienes o derechos resultantes luego de concluido el proceso en el extranjero.

Esta norma está aceptando la posibilidad de que exista una pluralidad de concursos en los supuestos en que el fallido tenga su domicilio, centro efectivo de actividad, oficina, establecimiento o explotación en un Estado extranjero pero que conforme el art. 239 de la LC, también, tenga o haya tenido oficina, establecimiento o explotación en nuestro país.

830

MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal...*, (2012), p. 137.

831

Este artículo está en relativa consonancia con el art. 5, n° 2, y art. 11 de la LC. El art. 5, para admitir que la declaración concursal por juez extranjero constituya una presunción absoluta de insolvencia, exige que se trate de un juez del país donde el deudor tenga su domicilio principal. En cambio, el art. 245 no incluye referencia alguna al domicilio principal.

832

ROUILLON, «Rules of International Private Law, Priorities on Insolvency and The Competing Rights of Foreign and Domestic Creditors Under The Argentine Bankruptcy Law (Spanish)», *International Insolvency Institute E-Library*, 2003, <http://www.iiiglobal.org/component>, p. 11.

451

IV. Ley aplicable al concurso

El art. 241 establece que la Ley uruguaya será la aplicable a todos los concursos declarados en la República, con excepción de las normas relativas a los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos celebrados por el deudor que se regirán por la ley aplicable al contrato.

V. Principio de trato nacional

El art. 242 dispone que no existirá ninguna diferencia en el tratamiento de los acreedores nacionales y extranjeros, salvo los créditos laborales con privilegio general, que tendrán preferencia para cobrarse sobre los bienes ubicados en el territorio nacional.

Cuando se acredite que en el Estado del domicilio del deudor los acreedores uruguayos no son admitidos en igualdad de condiciones con los nacionales, se estará al principio de reciprocidad. No se aplicará el principio de reciprocidad en el caso de los créditos prendarios e hipotecarios.

VI. Requisitos enumerados por el art. 243 de la LC para el reconocimiento de la sentencia extranjera que declara el concurso o la quiebra

La LC dispone que la sentencia extranjera que declara el concurso o quiebra será reconocida en nuestro país, siempre que cumpla con determinados requisitos, el deudor haya tenido oportunidad de defensa y exista un pronunciamiento expreso de nuestro juez nacional comprobatorio de los extremos antedichos.

A. Requisitos exigidos para el reconocimiento de la sentencia extranjera

Para que la sentencia extranjera que declara el concurso o la quiebra sea reconocida en nuestro país, debe cumplir con tres condiciones: debe haber sido dictada por un juez competente, debe haber quedado firme y no debe ser contraria al orden público internacional.

En el n° 5 del art. 243 de la LC – al que ya nos referimos - como último requisito para el reconocimiento de la sentencia extranjera que declara el concurso o la quiebra, se efectúa una remisión genérica a «*los demás requerimientos*» contenidos en el capítulo IV del CGP titulado «*Del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras*». Bajo dicho título, sin embargo, únicamente el art. 539 del CGP contiene requerimientos. Mencionaremos estos requerimientos a continuación, sin perjuicio de lo ya dicho respecto a los n°s 5 y 6 de este artículo en párrafos anteriores.

1. Formalidades externas de la sentencia

En el n° 1 del art. 539 del CGP se establece que la eficacia de las sentencias extranjeras en la República, depende de la condición de que «*cumplan las formalidades externas necesarias para ser consideradas auténticas en el Estado de origen.*», esto es, de la *lex causæ*.

2. Legalización

En el n° 2 del art. 539 se condiciona el reconocimiento de la sentencia extranjera a su debida legalización de acuerdo con la legislación de la República. Se exceptúa el caso en que la sentencia fuere remitida por vía diplomática o consular o por intermedio de las

autoridades administrativas competentes.

Es de aplicación el Decreto Ley n° 15.441 de 1° de agosto de 1983 el cual, también, exige la legalización de las sentencias, laudos homologados, escrituras públicas y demás documentos otorgados por las autoridades públicas competentes de los Estados extranjeros o provenientes de organizaciones internacionales y los exhortos y cartas rogatorias. La referencia a autoridades administrativas competentes debe ser entendida a las autoridades centrales.

A partir del 2012 entró en vigor en Uruguay la Convención de La Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros de 1961. Esta convención habilita la autenticación tanto de documentos públicos uruguayos a ser utilizados en el exterior, como extranjeros a ser utilizados en Uruguay, mediante el apostillado del documento por la autoridad competente del país de su origen. La certificación de dicho órgano es suficiente para que el documento sea reconocido en nuestro territorio.

3. Traducción

En el n° 3 se exige la traducción de la sentencia, si correspondiere. Esto es, si la sentencia no se encuentra redactada en idioma español, debe ser debidamente traducida por traductor público. Conforme el art. 7 del Decreto Ley n° 15.441 se consideran, también, válidas las traducciones realizadas por el agente consular de la República del lugar de donde proceda el documento.

4. Comprobantes

El art. 539.2 del CGP impone la presentación de ciertos comprobantes indispensables para solicitar el cumplimiento de la sentencia extranjera. Esto son los siguientes: * copia auténtica de la sentencia; * copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que el deudor ha sido notificado o emplazado en forma legal y que se aseguró su debida defensa; * copia auténtica con certificación de que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

B. Salvaguarda del debido proceso

En el n° 3 del art. 243 de la LC, se incluye como requisito que el deudor «*haya tenido oportunidad de defensa*». Esto no tiene directamente que ver con la sentencia que declara el concurso o la quiebra, sino con el principio de debido proceso.

Este requisito se encuentra reiterado en el n° 6 del art. 539 del CGP, como condición para eficacia en la República de las sentencias extranjeras. Era innecesaria, entonces, su inclusión en el art. 243 de la LC, en virtud de la remisión genérica que realiza su n° 5, a los «*demás requerimientos*» que se establecen en el CGP para el reconocimiento de las sentencias extranjeras.

Por lo demás, el art. 539 del CGP nos brinda una precisión que es relevante a los efectos de precisar cuándo el deudor ha tenido oportunidad de defensa. En el n° 5 de ese artículo se establece que el deudor debe haber «*sido notificado o emplazado en legal forma de acuerdo con las normas del Estado de donde provenga el fallo*» (art. 539.1, n° 5, CGP). La forma de la notificación o la del emplazamiento, entonces, están libradas a la Ley extranjera, en aplicación del criterio de la *lex causæ*⁸³³.

833

El art. 2, lit. e, de la CIDIP-II (Montevideo, 1979) dispone lo siguiente: «*Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efectos.*»

Ahora bien, el debido proceso no solamente supone la notificación o el emplazamiento del demandado, sino una adecuada oportunidad de alegación y de prueba. La adecuación o no del trámite que lleva a la declaración del concurso con el debido proceso, ante la ausencia de disposiciones expresas a este respecto, según la doctrina, ha de ser determinado por el juez nacional que tiene a su cargo el control. Éste sólo está limitado por las concepciones universales respecto a la debida defensa.

C. Sentencia de reconocimiento

El reconocimiento de la sentencia extranjera de declaración de concurso o quiebra, no es automático. Así se desprende de la remisión genérica que el n° 5 del art. 243 de la LCE realiza al capítulo del CGP que regula el reconocimiento de las sentencias extranjeras⁸³⁴.

La resolución extranjera que declara un concurso es, como regla de partida, ineficaz por sí misma en nuestro país. Es necesario, entonces, cuando sólo se tratare de hacer valer los efectos imperativos o probatorios de una sentencia extranjera, que el juez nacional se pronuncie sobre su mérito en relación al efecto pretendido, previa comprobación, con audiencia del Ministerio Público, de que se han cumplido las condiciones legales para su reconocimiento (art. 540 CGP).

VII. Eficacia extraterritorial de la sentencia extranjera

Nuestra legislación concursal le reconoce eficacia extraterritorial a la sentencia extranjera que declara el concurso o la quiebra, al margen del exequatur, cuando sólo se tratare de hacer valer los efectos imperativos o probatorios de dicha sentencia (art. 540 CGP). Se trata de supuestos en los que la resolución extranjera es utilizada en cuanto documento público acreditativo del estado de insolvencia o de la designación de un síndico o interventor y de su legitimación para ejercitar determinadas acciones en el ejercicio del cargo⁸³⁵.

El efecto más evidente del reconocimiento de la sentencia extranjera que declara el concurso o la quiebra, consiste en que ésta servirá como presunción absoluta de la insolvencia del deudor, habilitando a cualquiera de los sujetos legitimados para solicitar la apertura de un procedimiento concursal en nuestro país (arts. 5, n° 2, y 245 LC).

VIII. Declaración de concurso en el país

A. Extraterritorialidad limitada

Tal como ya mencionamos, este artículo admite lo que la doctrina ha denominado como extraterritorialidad limitada ya que la sentencia puede producir efectos propios sin necesidad de *exequatur*, pero que se restringen prácticamente a operar como presunción absoluta de insolvencia⁸³⁶. Es decir, lo que se reconoce es la valoración que el juez extranjero ha hecho respecto de la insolvencia del deudor, que no deberá ser nuevamente dilucidada por el juez nacional. Fuera de eso, la declaración de concurso por un juez extranjero, no provocará en

834

Hubiera sido mejor que, tal como lo hace el art. 265 de la PALC, la LC contuviera una remisión expresa al procedimiento de exequatur.

835

ESPLUGUES MOTA, «La reforma del régimen jurídico de la quiebra en España», *Cursos de Derecho Internacional...*, p. 250.

nuestro país ninguno de los efectos propios de dicha declaración, hasta tanto el concurso no sea, también, declarado en nuestro país.

Quien solicite el concurso en nuestro país, entonces, deberá presentar la sentencia dictada en el extranjero, cumpliendo con los requisitos contenidos en el art. 243 de la LC. Como consecuencia de esta solicitud de concurso existirán al menos dos procedimientos concursales con efectos territoriales, uno en el exterior y otro en el Uruguay.

B. La declaración de concurso en el extranjero como presunción absoluta de insolvencia

La propia sentencia extranjera de concurso importa una presunción absoluta de insolvencia del deudor conforme el art. 5, n° 2, de la LC. Esto significa que una eventual oposición del deudor a la declaración de su concurso, sólo podrá basarse en la falta de legitimación del solicitante, en la inexistencia de la sentencia que se invoca como presunción o que se han omitido las condiciones legales previstas para el reconocimiento de la sentencia extranjera que declara el concurso. La solvencia del deudor en nuestro territorio no tendrá la virtualidad de impedir la declaración de su concurso por el juez nacional.

C. Legitimación activa y carácter necesario del concurso

El art. 245 habilita a cualquiera de los sujetos listados en el art. 6 de la LC a solicitar el concurso. Por disposición expresa del art. 245, el concurso se considerará tendrá la calidad de necesario.

Esta referencia legal a que el concurso tendrá la calidad de necesario, ha hecho considerar a FRESNEDO DE AGUIRRE que el art. 245 no confiere legitimación al propio deudor para solicitar su concurso⁸³⁷.

Eso no es lo que dispone la norma en análisis. Al establecer quiénes están legitimados para solicitar la apertura de concurso local, con base en la presunción absoluta de insolvencia generada por la sentencia extranjera, el art. 245 se refiere a «*cualquiera de los sujetos legitimados*». Luego, puesto que la norma no distingue entre los diversos legitimados, tampoco puede hacerlo el intérprete. El deudor, entonces, también está legitimado para solicitar su concurso en nuestro país, basado en la declaración de concurso en el extranjero⁸³⁸.

Tal como interpreta acertadamente RODRÍGUEZ OLIVERA, lo que el art. 245 de la LC dispone es que el concurso será *siempre* necesario, incluso cuando lo solicite el propio deudor⁸³⁹. Precisamente, el legislador se vio precisado de hacer la aclaración de que el concurso «*tendrá la calidad de necesario*», para que esa calidad alcance al concurso solicitado por el propio deudor. Si no hubiera sido esta su intención, la referencia a la calidad de necesario del concurso solicitado por otros legitimados habría sido redundante,

836

ROUILLON, op. cit., p. 11.

837

FRESNEDO DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. 2, v. 2 (2009), p. 423.

838

Así se entiende, por otra parte, en la doctrina española, sobre la base de lo dispuesto en el art. 211 de la LCE. Por todos ver VIRGÓS-FRANCISCO GARCIMARTÍN, «Título IX, De las normas de Derecho Internacional Privado», *Comentario de la Ley Concursal*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, t. 2 (2004), pp. 2937 y 2940.

455

puesto que la distinción entre concurso voluntario y necesario ya aparece en términos suficientemente claros en el art. 11 de la LC.

La referencia a que el concurso tenga la calidad de necesario implica que, aunque lo solicite el propio deudor, éste verá suspendida su legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, sustituyéndosele en la administración y disposición de sus bienes por un síndico (art. 45), en los términos que establece el art. 46. El síndico sustituirá al deudor, además, en todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en que sea parte, con excepción de aquellos fundados en relaciones de familia que no tengan contenido patrimonial (art. 46, n° 3). Por otra parte, conferirle la calidad de necesario al concurso implicará que el incidente de calificación se forme preceptivamente, pues una de las condiciones para que no proceda es que el concurso sea voluntario (art. 196).

IX. Pluralidad de concursos

A. Deber de coordinación

Puede suceder que una legislación extranjera, tal como la nacional (art. 240 LC), declare que el concurso declarado por su propio juez, también, comprenda la totalidad de los bienes y derechos que formen el patrimonio del deudor, incluyendo los ubicados en el exterior. En ese caso, habrá un juez local en el Estado A para liquidar el patrimonio allí existente y un juez en el Estado B para liquidar los bienes radicados en su país pero respecto de los bienes ubicados en los Estados C, D y E en los que no existió una declaración de quiebra existirá una colisión de competencias entre el juez del Estado A y el juez del Estado B, en cuanto los dos querrán «atrapar» o «capturar» los bienes existentes en C, D y E para obtener la satisfacción íntegra de las pretensiones de los acreedores que se han presentado en sus sedes. Habrá así una puja entre los jueces que el art. 246 de la LC trata de solucionar.

El artículo bajo análisis es directa consecuencia del art. 245 de la LC antes analizado ya que, como mencionamos, en virtud del mismo existirán al menos dos procedimientos de concurso del deudor, uno en el extranjero y otro en la República.

En este sentido, en el § 1 la norma dispone que el juez del concurso, el síndico o el interventor, actuarán en forma coordinada con sus similares del exterior aplicando las normas que rigen la cooperación internacional.

B. Paridad de los dividendos

Por su parte, el § 2 establece lo que se ha denominado en la doctrina argentina como la regla de «paridad en los dividendos»⁸⁴⁰. Dicha regla provoca una suerte de retorsión, no mediante exclusión de la verificación, sino a través de la retención de dividendos respecto de aquellos acreedores que hubieran satisfecho créditos propios, luego de la fecha de apertura del concurso nacional, mediante procedimientos seguidos en otro país. Se afecta así la paridad de los acreedores, que es uno de los principios generales del Derecho concursal⁸⁴¹.

839

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 420.

840

Art. 4, párrafo final, Ley n° 22.917.

841

ROUILLON, *op. cit.*, p. 17.

La norma establece como excepción los créditos con privilegio especial, porque éstos no reciben un dividendo, sino que se cobran con la ejecución del bien afectado en garantía⁸⁴².

BIBLIOGRAFÍA

- ABAL OLIÚ, A. «Ley de concursos y reorganización empresarial 18.387 desde el Derecho Procesal (Lineamientos generales, naturaleza y sujetos del proceso concursal)», *LL Uruguay*, v. 2, n° 12, pp. 1422-1448. Montevideo: LL, 2009.
- ABRIANI, N. «*Gli amministratori di fatto delle società di capitali. Quaderni dei Giurisprudenza Commerciale*, n° 182. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998.
- ACOSTA PITETTA, L. «Responsabilidad de los directores por los hechos de la sociedad y del dependiente», *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales*. Coord. A. FERRER MONTENEGRO y G. CAFFERA MORANDI. Montevideo: FCU, 2006.
- ALCOVER GARAU, G. «Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, pp. 487-501. Dir. R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA. Madrid: Dilex, 2003.
- ALFARO BORGES, J., y POZIOMEK ROSEMBLAT, R. «Alternativa concursal no judicial para la crisis empresarial en el Derecho uruguayo», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal. Crisis de la Economía Mundial y Concurabilidad*, pp. 115 y ss. Montevideo: FCU, 2008.
- . «El fin de la par conditio creditorum en los procesos concursales preventivos regulados por el Derecho uruguayo», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Crisis de la economía mundial y concurabilidad*, pp. 123-129. Montevideo: FCU, 2008.
- ALFONSÍN, Q. *Quiebras. La Doctrina de Montevideo y los Tratados de 1889 y 1940*. Montevideo: Peña & Cía., 1943.
- ALGORTA MORALES, «Los títulos valores abstractos en la verificación concursal», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, pp. 463-472. Montevideo: FCU, 2010.
- ALONSO ESPINOSA, F.J. *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.
- ALONSO LEDESMA, C. «Delimitación de la masa pasiva», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003, para la Reforma Concursal*. Dir. GARCÍA VILLANUEVA, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA, pp. 1583-1598. Madrid: Dilex, 2003.
- ALONSO UREBA, A. «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso», *Comentarios a la legislación concursal*, pp. 1432-1448. Dir. J. PULGAR EZQUERRA, A. ALONSO UREBA, C. ALONSO LEDESMA y G. ALCOCER GARAU. Madrid: Dykinson, 2004.

842

RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), op. cit., p. 420.

- . «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación de concursal (el art. 172.3 de la Ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, pp. 505-576. Dir. R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA. Madrid: Dilex, 2003.
- AMADEO, J.L. «Verificación del cheque y pagaré, prueba de la causa», *LL, D*, pp. 732. Buenos Aires: 1984.
- AMORÍN, M., y ALGORTA MORALES, P. *Sociedades cooperativas, sistema y Derecho cooperativo*. Montevideo: LL, 2010.
- AMÉZAGA, J.J. de. *Culpa contractual. Lecciones de Derecho Civil*. Montevideo: 1938.
- ANTÚNEZ GONZÁLEZ, N. «¿Existen alternativas al principio de la par o pars conditio creditorum?», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Crisis de la economía mundial y concursalidad*, pp. 17-22. Montevideo: FCU, 2008.
- ARAGONE RIVOIR, I. «Sobre el proceso ejecutivo», *Revista Jurídica LJU*, t. 107. Montevideo: LJU, 1993.
- ARIAS VARONA, F.J. «La liquidación (ii): operaciones de liquidación. Pago a los acreedores», *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*, pp. 857-893. Dir. F. MARTÍNEZ SANZ, coord. A. PUETZ. Madrid, Tecnos, 2012.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. «La responsabilidad», *Manual de Derecho civil*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- ÁVILA DE LA TORRE, A., y CURTO POLO, M. «La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 4, pp. 3537-3567. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- BACCHI ARGIBAY, A. «Al rescate del fideicomiso de garantía», *Economía & mercado, El País*, 27 de febrero. Montevideo: El País, 2012.
- . *Síndicos e Interventores en la Ley N° 18.387*. Montevideo: FCU, 2009.
- . «La rehabilitación de los contratos en el proyecto uruguayo de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial», *Cuarto congreso iberoamericano de Derecho concursal. Crisis de la economía mundial y concursalidad*, pp. 329 y ss. Montevideo: FCU, 2008.
- BACIGALUPO SAGGESE, S. «Insolvencia y Derecho Penal», *RDCP*, n° 13, pp. 123-138. Madrid: La Ley, 2010.
- BADO CARDOZO, V.S. «La Ley 18.593. Nueva oportunidad de cobro para los acreedores laborales afectados por el concurso», *LL on line*. Montevideo.
- BADO CARDOZO, V.S., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.E. «Capítulo I: Presupuestos del concurso», *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial, Análisis exegético*, t. 1, pp. 62-66. Dir. C.E. LÓPEZ RODRÍGUEZ. Montevideo: LL, 2012.
- BALMACEDA, M. «Los acreedores laborales y el instituto del abandono de la empresa: procedencia temporal», *Tres pilares del moderno Derecho comercial, Semana Académica 2011*, pp. 427-432. Montevideo: FCU, 2011.
- BARRIOS DE ANGELIS, D. «La excepción de caducidad», *Revista Jurídica LJU*, t. 55, pp. 83-89. Montevideo: LJU, Montevideo: 1967.

- BASTOS, C.R. y KISS, E.A. *Contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BAUCHE GARCIADIEGO, M. *La empresa: nuevo derecho industrial, contratos comerciales y sociedades mercantiles*. México: Porrúa, 1977.
- BÉDARRIDE, J. *Traité du dol et de la fraude en matière civile & commerciale*, t. I, 4ª ed. rev. par RIVIÈRE, H.F. Paris: Chevalier-Marescq & Cie., Editeurs, 1887.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. «En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad concursal», *ADCo*, n° 13, pp. 329-372. Madrid: Civitas, 2008.
- . «Pago de créditos contra la masa», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, pp. 2427-2440. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Madrid: Civitas, 2004.
- . «La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores», *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 4, pp. 1197 y ss. Barcelona: Il.ltre Col·legi d'Advocats de Barcelona, 2004.
- . «La liquidación», *Revista del Poder Judicial. Número especial. La Ley concursal*, pp. 409 y ss. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- . *Las deudas de la masa*. Prólogo de Á. Rojo. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., y MERCADER, J. «Reglas legales supletorias», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, pp. 2378-2395. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Reimpresión de la 1ª ed. (2004). Madrid: Civitas, 2008.
- BENAVIDES VELASCO, P., y GUERRERO PALOMARES, S. «La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable», *RDCP*, n° 13, pp. 175-199. Madrid: LL, 2010.
- BENÍTEZ PREVE, C. «Las inverosímiles sanciones al quebrado», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios, Semana académica 2010*, pp. 597 y 598. Montevideo: FCU, 2010.
- BERRO, F. «Irretroactividad y retroactividad en el Derecho tributario-sancionatorio», *Revista Tributaria*, v. 36, n° 213, pp. 957-972. Montevideo: 2009.
- BLANC DA COSTA, C., y CREIMER BAJUK, I. «Cooperativas de trabajadores», *ADCom*, t. 10, pp. 51-59. Montevideo: FCU, 2004.
- BLANCO, A. «Infracción de mora: naturaleza jurídica y aplicación temporal de las modificaciones normativas a su régimen», *Revista Tributaria*, t. 25, n° 142, pp. 5-42. Montevideo: Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, 1998.
- BLASCO GASCÓ, F. de P. «El embargo de bienes de los administradores en el concurso», *ADC*, n° 13, pp. 293-328. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2008.
- BLENGIO MASSOLO, J.E. «La cuestión de la administración de hecho en materia societaria», *ADCU*, t. 36, pp. 547-560. Montevideo: FCU, 2006.
- BOGGIANO, A. *Derecho Internacional Privado*, t. 2, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1983.
- BOLAFFIO, L. *Il concordato preventivo*. Torino: Utet, 1932.
- BONELLI, *Del fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, v. 2, Milano: Francesco Vallardi, 1923.
- BOSCH, F.M. «La causa del crédito del acreedor concursal y la interpretación del plenario», *LL, C*, pp. 187 y ss. Buenos Aires: 1987.
- BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, 2 v., 20 ed. a cargo de F. MARTÍNEZ SANZ. Madrid: Tecnos, 2013.

- . «Responsabilidad de los administradores», *III Simposio sobre Problemas de Sociedades*, Bogotá: pp. 247-263. Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional de México, www.bibliojuridica.org/libros/2/644/
- BUGALLO MONTAÑO, N.B. *Derecho concursal uruguayo, Serie Manuales*, n° 2, <http://www.beatrizbugallo.com>, 2012.
- . *Títulos valores. Cheques, vales, letras de cambio*. Prólogo de J. PEIRANO FACIO. Montevideo: Del Foro, 1998.
- BRUNETTI, A. *Diritto fallimentare italiano*. Roma: Foro Romano, 1932.
- CABRERA DAMASCO, F. «La actuación del interventor o síndico en la verificación de créditos garantizados con prenda o hipoteca», *Dinamismo y desafíos del Derecho comercial, Semana Académica 2013*, p. 487-489 Montevideo: FCU, 2013.
- CAFFERA MORANDI, G., y MANTERO MAURI, E. *Protección extracontractual del crédito*. Montevideo: FCU, 2009.
- CÁMARA, H. «La letra de cambio y el pagaré ¿se transforman en simple quirógrafo para admisión al pasivo concursal?», *Homenaje al Profesor Rodolfo Oscar Fontanarrosa*, pp. 59 y ss. Rosario: Universidad Nacional de Rosario, 1981.
- . *Letra de cambio y vale o pagaré*, t. 1 y 3. Buenos Aires: Ediar, 1980.
- . *El concurso preventivo y la quiebra*, v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- CÁMARA ÁGUILA, M.P. «De la calificación del concurso. Disposiciones generales», *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 2, pp. 1747-1770. Coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid: Tecnos, 2004.
- CARNELLI, S. «El desistimiento unilateral del contrato», in: GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 14, pp. 233-255. 3ª ed. Montevideo: 1981.
- CARRASCO PERERA, Á. *Derecho de contratos*. Cizur Menor-Navarra: Aranzadi- Thomson Reuters, 2010.
- CARRAU, M. «Junta de acreedores», in: RODRÍGUEZ MASCARDI, T., et al., *Cuaderno de Derecho Concursal*. 2ª ed. Montevideo, FCU, 2010.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, t. 3, 9ª ed. Madrid: Reus, 1958.
- CASTRO MORENO, A. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*. Madrid: Marcial Pons, 1988.
- COLINA GAREA, R. «La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial o profesional del deudor», *AC*, n° 10. Pamplona: Aranzadi, 2009.
- . «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso», *Revista AC*, n° 7, pp. 1999-2039. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*, 3ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- COSACK, C. *Traité de Droit Commercial*, t. 1. Trad. de la 6ª ed. por L. MIS. Paris: V. Giard, E Brière, 1905.
- COUTURE, E. *Vocabulario jurídico*. 3ª ed. al cuidado de J. Peirano Facio y J. Sánchez Fontáns. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires, Depalma, 1958.

- CREIMER BAJUK, I. «Verificación de créditos», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, pp. 485 y 486. Montevideo: FCU, 2010.
- . *Concursos, Ley n° 18.387 de 23 de octubre de 2008*. Montevideo: FCU, 2009.
- CUSNIR, A.R. «Directores de facto y teoría de la apariencia», *RDCO*, año 3, n° 14, pp. 239 y ss. Buenos Aires: Depalma, 1970.
- CUZZERI, E., y CICU, A. *De la quiebra*, v. 1. *Derecho Comercial*, coord. L. BOLAFFIO, A. ROCCO y C. VIVANTE, t. 18. Trad. J. RODRÍGUEZ AIME y S. SENTÍS MELENDO. Notas por R.O. FONTANARROSA. Buenos Aires: Ediar, 1954.
- CHALAR SANZ, L. «La obligación del administrador de solicitar el concurso de la entidad en la Ley 18.387», *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales, a los 20 años de su promulgación*. Montevideo: FCU, 2009.
- CHALAR SANZ, L., y MANTERO MAURI, E. «La calificación del concurso», *ADCom*, n° 13, pp. 185-204. Montevideo: FCU, 2010.
- CHALAR SANZ, L., y OLIVERA GARCÍA, R.M., «Ley N° 18.387 de concursos y reorganización empresarial: Breve aproximación al nuevo régimen», *LL Uruguay*, v. 2, n° 1. Montevideo: La Ley, 2009.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. «Responsabilidad de la administración concursal», *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, sección doctrina, des. 3/6/2011, de <http://www.asociacionabogadosrcs.org>.
- . *La responsabilidad civil*. 2ª ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1988.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., GÓMEZ MARTÍN, F., y MENDÍVIL, J.H., «De la administración concursal», *Tratado Práctico Concursal*, t. 1, pp. 581-871. Dir. P. PRENDES CARRIL. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.
- DE LOS MOZOS, J.L. *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*. Barcelona, Bosch, 1965.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L. *El administrador de hecho de las sociedades*. Cizur Menor [Navarra]: Aranzadi, 2002.
- . *La responsabilidad penal de los socios y administradores*. Madrid: Montecorvo, 1997.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. 5, *La responsabilidad civil extracontractual*. Cizur Menor [Navarra]: Aranzadi, 2011.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. «El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, pp. 137-160. Dir. R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA. Madrid: Dilex, 2003.
- EMBED IRUJO, J.M. «Perfil jurídico de la responsabilidad social corporativa», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n° 12, t. 3, pp. 51-75. Valencia: Generalitat Valenciana, 2004.
- ESCUTI, I.A., y JUNYENT BAS, F. *Derecho concursal* Buenos Aires: Astrea, 2006.
- ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, Á. *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Bosch, 2005.

- ESPLUGUES MOTA, C. «La reforma del régimen jurídico de la quiebra en España», *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*. Vitoria Gasteiz: Tecnos, 1997.
- . *La quiebra internacional*. Barcelona: Bosch: 1993.
- FALCO IRIONDO, E. «Algunos de los problemas que se pueden generar cuando se otorga a cooperativas, sociedades comerciales u otra modalidad empresarial, integradas por trabajadores, el uso de los bienes de la empresa», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios, Semana académica 2010*, pp. 497-505. Montevideo: FCU, 2010.
- . «El pago anticipado de los créditos laborales en la Ley 18.387», *Revista de Derecho Comercial*, 3ª época, n° 3, pp. 13 y ss. Montevideo: FCU, 2009.
- . «Algunos aspectos en materia de créditos laborales en el proyecto de ley concursal», *Revista de Derecho Comercial*, tercera época, n° 1, pp. 173-179. Montevideo: FCU, 2008.
- FASSI, S.C., y GEBHARDT, M. *Concursos y quiebras, Comentario exegético de la Ley 24.522, Jurisprudencia aplicable*. 6ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.
- FERNÁNDEZ, R.L. *Fundamentos de la quiebra*. Buenos Aires: Compañía Impresora Argentina, 1937.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *El administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», *Comentarios a la Ley Concursal*, pp. 701-721. Madrid [etc.], Marcial Pons, 2004.
- FERRARIO, C. «Estructura de la insinuación de acreedores», *ED*, 100, pp. 1007 y ss.
- FERRÉ FALCÓN, J. *Los créditos subordinados*. Cizur Menor [Navarra]: Aranzadi, 2006.
- FERREIRA TAMBORINDEGUY, H. «El director o administrador de hecho en el Derecho uruguayo. Algunas reflexiones sobre su régimen de responsabilidad», *Estudios jurídicos*, n° 1, pp. 197-213. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2006.
- FERRER BARRIENDOS, A. «Comentario al art. 164 LC», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*. Coord. J. Mª SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS y A. FERRER BARRIENDOS. Barcelona: Bosch, 2003.
- FERRER MONTENEGRO, A. «Verificación de créditos. El problema de la causa», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios, Semana académica 2010*, pp. 515-517. Montevideo: FCU, 2010.
- . «Conservación vs. liquidación. ¿La alternativa en los concursos?», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal. Crisis de la Economía Mundial y Concursalidad*, pp. 223 y ss. Montevideo: FCU, 2008.
- FOELIX, J.J.G. *Tratado de Derecho Internacional Privado o del conflicto de las leyes de diferentes naciones en materia de Derecho privado*. 2 vv. 3ª ed. corr. y aum. por C. Demangeat. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación a cargo de J. Morales, 1860-1861.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, C. *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. 2, v. 2. Montevideo: FCU, 2009.
- FUENTES NAHARRO, M. «Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la

- funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades», *Gobierno corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, pp. 289-310. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- FUSARO, B. *Concursos: teoría y práctica de la Ley 19.551*. Buenos Aires: Depalma, 1981.
- GALÍNDEZ, O.A. *Verificación de créditos*. Buenos Aires: Astrea, 1990.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E. «Calificación del concurso», *Concurso e insolvencia punible*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- GALLEGO SOLER, J.I. «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal», *Derecho penal de la empresa*, pp. 147-175. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002.
- GALLESIO-PIUMA, M.E., y POLLERI, V. *Elementi di Diritto Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1992.
- GAGGERO ERRECART, E.D. «Las clases de acreedores y su tratamiento en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho Comercial*, tercera época, n° 3, pp. 25 y ss. Montevideo: FCU, 2009.
- . «Los claroscuros de una nueva reforma concursal», *Revista de Derecho Comercial*, 3ª época, n° 1, pp. 181-192. Montevideo: FCU, 2008.
- GAMARRA, J. *Responsabilidad contractual*. 1: El incumplimiento. Montevideo: FCU, 1996.
- . *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 1, Montevideo: FCU, 1995.
- GAMARRA, J., et al., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 4, *Contratos*. 5ª ed. act. con la colab. de E. MUÑOZ y G. COLLAZO. Montevideo: FCU, 2006.
- GAMBINO CREVANI, H. *Personas jurídicas*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo: 1958.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. *Los delitos societarios, un enfoque mercantil*. Madrid: Civitas, 1996.
- GARCÍA GALÁN SAN MIGUEL, M.J. «Comentario al art. 61», *La nueva regulación concursal*, dir. por JIMÉNEZ SAVURIDO, C., pp. 201-204. Madrid: Colex, 2004.
- GARCÍA VICENTE, J.R. «La inconsistencia de la prenda y la cesión de créditos futuros en el concurso del pignorante o cedente (Comentario SJM 2 Barcelona 30-9-2008)», *ADC*, n° 18, pp. 399-419. Madrid: Civitas, 2009.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. «Concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)», *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5, pp. 4913-4946. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- . «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2 Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Madrid: Civitas, 2004.
- . *La calificación del concurso*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004.
- . «El problema de la represión de la conducta del deudor común», *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002, dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, pp. 248-322. Madrid [etc.]: Marcial Pons [etc.], 2003.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1 Madrid: Sat, 1982.

- . *Dictámenes de Derecho Mercantil*, t. 2. Madrid, Imp. Aguirre, 1976.
- GELSI BIDART, A. «Ordenación general de la empresa agraria», *LJU*, t. 94. Montevideo: 1987.
- GIORGI, J. *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, t. 8. Reus, Madrid: 1928.
- GIRGADO PERANDONES, P. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- GOLDSCHMIDT, W. *Derecho internacional privado, Derecho de la tolerancia*. 5ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- GÓMEZ MARTÍN, F. «De la fase de liquidación», *Tratado práctico concursal*, t. 3, pp. 1325-1644. Dir. P. PRENDES CARRIL. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009.
- GÓMEZ PORRÚA, J.M. «La masa pasiva del concurso. Clase de créditos», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos (ciclo de conferencias sobre la Ley concursal: Sevilla, del 4 al 11 de mayo de 2005)*, pp. 119-140. Coord. F. ELORZA GUERRERO y M.J. GUERRERO LEBRÓN. Sevilla: s.n., 2009.
- GONZAGA SERRANO DE TOLEDO, L. «Especialidades del tratamiento de la administración pública en la Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 3, pp. 3245-3278. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GONZÁLEZ CABRERA, I. «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172 bis del proyecto de reforma de la Ley Concursal», *RDCP*, nº 15, pp. 355-365. Madrid: La Ley, 2011.
- GORFINKIEL, I.J. «La prescripción en los vales luego de la sentencia», *LJU Online*, UY/DOC/368/2009.
- . *Los intereses de mora en las obligaciones civiles y comerciales*. Montevideo: Del Foro, 2000.
- GOZALO, V. «Lista de asistentes», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, 2ª reimp. (2008), pp. 2072-2075. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. Madrid: Civitas, 2004.
- GRAZIANI, A. *Manuale di Diritto Commerciale*. 6 ed. Napoli: Morano, 1961.
- GUASCH MARTORELL, R. «El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal», *RDM*, nº 253, pp. 1417-1453. Madrid: Civitas, 2004.
- GUERRA PÉREZ, W.D. «Pequeños concursos. Aspectos procesales de su regulación en el proyecto de Ley Concursal y de Reorganización Empresarial a estudio del parlamento uruguayo», *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Crisis de la economía mundial y concursalidad*, pp. 461-470. Montevideo: FCU, 2008.
- GUERRERO LEBRÓN, M.J. «La sección sexta del concurso: la calificación», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos (ciclo de conferencias sobre la Ley concursal: Sevilla, del 4 al 11 de mayo de 2005)*, pp. 413-441. Coord. F. ELORZA GUERRERO y M.J. GUERRERO LEBRÓN. Sevilla: s.n., 2009.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «Comentario al art. 154», *Comentarios a la legislación concursal*, t. 3, pp. 2627 y ss. Dirs. J. SÁNCHEZ-CALERO y V. GUILARTE GUTIÉRREZ. Valladolid: Lex Nova, 2004.
- GUYON, Y. *Droit des affaires*. 2 v. 8ª ed. Paris: Économica, 1993.
- HAMEL, J., y LAGARDE, G. *Traité de Droit Commercial*, t. 1. Paris: Dalloz, 1954.
- HEUER NOTAROBERTO, F., y RODRÍGUEZ MASCARDI, T. *Las pericias en materia concursal*.

- Montevideo: Idea, 2012.
- HOLZ BRANDUS, E.R. «La resolución y revocación de contratos anteriores a la apertura del concurso. Una interpretación contextual», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, pp. 403-406. Montevideo: FCU, 2010.
- . «Opciones de conservación y liquidación de los bienes del deudor en el Derecho uruguayo vigente. El caso de las sociedades anónimas», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal. Crisis de la Economía Mundial y Concursalidad*, pp. 65 y ss. Montevideo: FCU, 2008.
- HOLZ BRANDUS, E.R., y RIPPE KÁISER, S. *Reorganización empresarial y concursos, Ley 18.387*. Montevideo: FCU, 2009.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA BUZO, M. «Las acciones de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima», *Temas de Derecho societario, 10 años de la ley de sociedades comerciales, análisis y perspectivas*. Montevideo: FCU, 2000.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L., RODIÈRE, R., y HOUIN, R. *Droit commercial et droit fiscal des affaires*, t. 2. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1962.
- JUNYENT BAS, F. «Principios del Derecho concursal argentino», *Cuarto congreso iberoamericano de Derecho concursal. Crisis de la economía mundial y concursalidad*, pp. 69 y ss. Montevideo: FCU, 2008.
- JUNYENT BAS, F., y RICHARD, E. «La concursalidad», *RDCO*, año 28, ns. 166-168, pp. 123-152 y ss. Buenos Aires, Depalma, 1995.
- JUSTE MENCÍA, J. *Factor de comercio, gerente de empresa, director general*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2001.
- . «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad (Nota a las SSTs de 26 de mayo de 1998 y 7 de junio de 1999 y de la AP de Valencia de 27 de setiembre de 1999)», *RDS*, n° 14, pp. 441-457. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2000.
- LARENZ, K. *Derecho civil, parte general*. Madrid: Edersa, 1978.
- LATORRE CHINER, N. «Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)», *RDS*, n° 32, pp. 389-398. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009.
- . *Los administradores de hecho en las sociedades de capital*. Albolote (Granada): Comares, 2003.
- . «El administrador de hecho en las sociedades de capital», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado: actas del Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil*. Dir. D.R. VÍTOLO y J.M. EMBID IRUJO. Albolote (Granada): Comares, 2003.
- LAURENT, F. *Droit civil international*, t. 6. Paris: Bruylant-Christophe & Cie, 1881
- LEVENEUR, L. *Situations de fait et droit privé, Bibliothèque de droit privé*, t. 212. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990.
- LIGHTMAN, J. «The challenges ahead: address to the Insolvency Lawyers Association», *Journal of Business Law*, v. 113. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 1996.
- LÓPEZ APARCERO, A. *Concepto de grupo de sociedades y concurso, ADCo*, n° 26, pp. 251-

272. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012.
- . *Doctrina judicial sistematizada sobre la Ley Concursal, selección jurisprudencial de los Juzgados de lo Mercantil*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006.
- LYON-CAEN. C.L., y RENAULT, L. *Précis de droit commercial*, t. 2. Paris: Cotillon, 1885.
- MAFFÍA, O.J. *Manual de concursos*, t. 1. Buenos Aires: La Rocca, 1997.
- . «Verificación del crédito sustentada en una sentencia pronunciada en juicio ejecutivo», *LL*, 1993-E, pp. 1040 y ss. Buenos Aires: LL.
- . «El deber de indicar la causa del crédito», *LL*, t. 1978, C, sección doctrina, pp. 801 y ss. Buenos Aires: LL.
- MAMBRILLA RIVERA, V. «Formación y tramitación de la sección sexta (de calificación) en la nueva Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5, pp. 4947-4997. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- MARTÍN REYES, M.A. «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», *RDM*, n° 277, pp. 835-898. Madrid: Civitas, 2010.
- MARTÍNEZ BLANCO, C. *Manual de Derecho Concursal. De las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal (Ley N° 18.387 de 23/10/2008)*. 2ª ed. Montevideo: FCU, 2012.
- . *Manual del nuevo Derecho Concursal. De los orígenes de las crisis empresariales a la Ley N° 18.387 de 23/10/2008*. Prólogo S. RIPPE KÁISER, apéndice forense F. CABRERA DAMASCO. Montevideo: FCU, 2009.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «Facultades patrimoniales del deudor» (art. 40), *Comentario de la Ley Concursal*, t. 1. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. 2da reimp (2008). Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- MARTÍNEZ SANZ, F. «Los administradores responsables», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 55-87. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- MARTORELL, E.E. *Los directores de las sociedades anónimas: derechos, obligaciones, responsabilidades*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- MARX, J.M. *De la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes*. Bruxelles: Larcier, 1932.
- MARRERO, J.M. «Responsabilidad de los administradores ante el concurso de acreedores», *Revista Know Tax & Legal*, abril-marzo, pp. 2-4. Descarg. de <http://194.224.54.182>. KPMG Abogados, 2008.
- MASSÉ, M.G. *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. 2, 2ª ed. rev. y aum. Paris: Guillaumin et Cie, 1861.
- MAYO CALDERÓN, B. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta «de lege ferenda»*. Albolote (Granada): Comares, 2005.
- MAZZ, A. *Curso de Derecho Financiero y Finanzas*, t. 1, v. 2. Montevideo: FCU, 1991.
- MELLADO RODRÍGUEZ, M. «Efectos de la declaración judicial de concurso. Especial referencia

- a la problemática relativa a la representación», *La reforma del Derecho Concursal. Cuadernos de Derecho y Comercio*. Madrid: Dykinson, 1997.
- MERLINSKI GOLDSTEIN, R., y ARAMBEL, N. «Cláusulas no previstas expresamente en los vales, conformes o pagarés», *Títulos valores, problemática vigente*, pp. 33-43. Montevideo: FCU, 1994.
- MEZZERA ÁLVAREZ, R.V. *Curso de Derecho Comercial*, t. 5: *Quiebras*. 4ª ed. act. y amp. por S. RIPPE KÁISER, sobre anterior act. por C. PAYSÉE CASH, F. BERRO. Montevideo: FCU, 1997.
- . *Curso de Derecho Comercial*, t. 2, v. 2 *Sociedades*, ed. act. Montevideo: FCU, 1999.
- . *Curso de Derecho Comercial*, t. 1, *Primera Parte: Generalidades; Segunda Parte: El comerciante*, 2ª ed. Montevideo: Medina, 1951.
- . «Síndicos», in: ROCCA, *De la quiebra*, pp. 157-170. Montevideo: s/d.
- MIAJA DE LA MUELA, A. *Derecho Internacional Privado*, v. 2 (parte especial), 8ª ed. Madrid: Lope de Vega, 1979.
- MIGLIARDI, F. *Concursos y procedimiento concursal*. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MILLER ARTOLA, A. «La actuación del síndico como administrador», *Tribuna del abogado*, n° 163, pp. 22-26. Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, 2009.
- . «Alcance de la venta en bloque de la empresa», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal. Crisis de la Economía Mundial y Concursalidad*, pp. 99 y ss. Montevideo: FCU, 2008.
- . *Sociedades anónimas: directorio, síndico*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2005.
- . «De la administración y de la representación de las sociedades anónimas», *Análisis exegético de la Ley 16.060: sociedades comerciales*, t. 2, pp. 143-214. Montevideo: FCU, 1993.
- MONTALENTI, P. «Le traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i *management contracts*», *Contratto e impresa*, n° 2, año 3, pp. 436-467. Padova: CEDAM, 1987.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. «De las operaciones de liquidación», *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 2, pp. 1587-1642. Coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid: Tecnos, 2004.
- MORILLAS JARILLO, M.J. *El concurso de las sociedades*. Madrid: Iustel, 2004.
- MOSSA, L. *Derecho mercantil*, 2ª parte. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1940.
- . «I problemi fondamentali del diritto commerciale», *RivDirComm*, v. 24, 1ª parte, pp. 250 y ss. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1926.
- MULET ARIÑO, E. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, G. *Suspensión de pagos y quiebra. Procedimiento y casuística*. Barcelona: Atelier, 1998.
- MUÑOZ PÉREZ, A.F. *El proceso de liquidación de la sociedad anónima. La posición jurídica del liquidador*. Elcano: Aranzadi, 2002.
- NAVARRINI, U. *Trattato di diritto fallimentare: secondo la nuova legislazione*. 2 v. Bologna: Nicola Zanichelli, 1935.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Responsabilidad penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

- OLAVARRÍA IGLESIA, J., MARIMÓN DURÁ, R., VICIANO PASTOR, J., *Legislación mercantil básica*, 6ª ed. act. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.
- OLIVERA GARCÍA, R.M. «Repensando los créditos con privilegio especial en caso de la venta de la empresa en bloque», *Hacia un Nuevo Derecho Comercial, Semana Académica 2012*, pp. 555-562. Montevideo: FCU, 2012.
- . «Cesiones de créditos en garantía en los procedimientos concursales», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, pp. 523-528. Montevideo: FCU, 2010.
- . *Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial*. Montevideo: FCU, 2008.
- ORDOQUI CASTILLA, G. *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, t. 3, v. 1, *Doctrina general del contrato, sus efectos*. Montevideo: Del Foro, 1999.
- PADILLA (h), R.E. «Algunas cuestiones sobre la eterna discusión respecto a la causa en la verificación de créditos con títulos cambiarios y la preferencia por exclusión concursal», *Derecho concursal*, pp. 619-629. Buenos Aires: LL, 2005.
- PALAO MORENO, G. *El traslado del domicilio social de la sociedad anónima europea*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.
- PANISELLO MARTÍNEZ, J. y FERNÁNDEZ ROZADO., M. «La fase de liquidación en la nueva ley concursal», *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 1, pp. 85 y ss. Barcelona: II.ltre Col·legi d'Advocats de Barcelona, 2006.
- PAOLANTONIO, M., y MOCCERO, E.M. «Causa y verificación», *LL, D*, pp. 507-512. Buenos Aires: LL, 1991.
- PAOLILLO, A. *Las fundaciones en el Derecho uruguayo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1956.
- PARDESSUS, J.M. *Cours de Droit commercial*, 4ª ed., t. I. Paris: Nève, Librairie de la Cour de Cassation, 1831.
- PARRY, A.E. *Tutela del crédito en la quiebra y en el concurso*, t. 3. Buenos Aires: La Ley, 1948.
- PEIRANO FACIO, J. *Curso de obligaciones*, t. 3. Montevideo: Centro de Estudiantes de Derecho, 1966.
- . *Curso de obligaciones*, t. 2. Montevideo: Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, 1957.
- PÉREZ FONTANA, S.F. *Manual de Derecho Comercial*, t. 1. Montevideo: FCU, 1995.
- . *Sociedades anónimas, comentarios a la Ley 16.060*, v. 1. Montevideo: FCU, 1991.
- . *Títulos-valores, obligaciones cartulares*, t. 3: *Letra de cambio, vales, pagarés*. Montevideo: FCU, 1985.
- . *Concordato preventivo de las sociedades anónimas*. Montevideo: FCU, 1982.
- . *Títulos-valores*, t. 2. Montevideo: FCU, 1982.
- . *Títulos-valores, obligaciones cartulares*, t. 1, *Parte dogmática*. Montevideo: FCU, 1980.
- . «Las sociedades anónimas y el concordato privado», *Sociedades anónimas, Revista de Derecho Comercial*, v. 4, n° 43, pp. 491-501. Montevideo: s.n., 1949.

- PÉREZ IDIARTEGARAY, S. «Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y de la Integración*, n° 4. Montevideo: FCU, 2004.
- PÉREZ RAMOS BOLOGNA, G. «Formación de la masa pasiva», *Curso de Derecho Comercial*, pp. 484-490. 2^{da} ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2013.
- . «Junta y comisión de acreedores», *Curso de Derecho Comercial*, pp. 490-494. 2^a ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2013.
- . «El nuevo Derecho concursal español», *ADCom*, t. 10, pp. 173-221. Montevideo: FCU, 2004.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cómo y quién», *AC*, n° 1, pp. 2235-2270. Pamplona: Aranzadi, 2009.
- PIPIA, U. *Dell fallimento*. Torino: UTET, 1931.
- PLANIOL, M. y RIPERT, G. *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. 11, 2^a parte, trad. por DÍAZ CRUZ, M. La Habana, Cultural, 1940.
- *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. 6, 1^a parte, trad. por DÍAZ CRUZ, M. La Habana, Cultural, 1936.
- POSADAS BELGRANO. *Derecho tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1959.
- PRENDES CARRIL, P. «De la clasificación de los créditos», *Tratado práctico concursal*, t. 3, pp. 559-845. Dir. P. PRENDES CARRIL. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.
- PROVINCIALI, R. *Manuale di Diritto Fallimentare*, v. 1, 5^a ed. Milano: Giuffrè, 1969.
- PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*. Madrid: LL, 2005.
- PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B. «La responsabilidad concursal de los administradores», *Corporate governance conflicts and corporate insolvency*. Second Harvard-Complutense Seminar on Business Law, 2004.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *RDCP*, n° 10, pp. 19-48. Madrid: LL, 2009.
- RAJAK, H.H., P.; BANNISTER, J.; y WHITE DURRANT, L. «Corporate insolvency law in the United Kingdom», *European corporate insolvency: a practical guide*, pp. 723-812. Chichester - West Sussex: John Wiley & Sons, 1995.
- RAMÍREZ, J.A. *La quiebra*. Barcelona: Bosch, 1959.
- RAMOS. «Venta en bloque de establecimiento comercial en un concurso: La Ley n° 18.387 terminó con la responsabilidad solidaria del adquirente», *ADCom*, n° 13, pp. 157-184. Montevideo: FCU, 2010.
- REVILLA GONZÁLEZ, J.A. «Procesos incidentales concursales con tramitación específica y calificación del concurso», *Tratado de Derecho Mercantil, Derecho concursal, Derecho procesal concursal*, v. 7, pp. 292-346. Dir. M. OLIVENCIA, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, R. JIMÉNEZ DE PARGA. Coord. G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Madrid: Marcial Pons, 2004.

- RIBERA, C.E. *Estado actual de la jurisprudencia sobre la verificación de títulos de crédito abstractos*. Buenos Aires: Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de San Isidro. Descarg. el 20 de octubre de 2011. www.casi.com.ar/micrositios_institutos/13/
- RIECHERS, A. *Das Unternehmen an sich*. Tübingen: J.C.B. Mohr-Paul Siebeck, 1996.
- RIPERT, G. *Tratado de Derecho Comercial*, t. 4. Buenos Aires: TEA, 1954.
- . *Traité élémentaire de Droit commercial*, 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.
- RIPPE KÁISER, S. *Sociedades comerciales, Ley n° 16.060*. 7ª ed. amp. y act.. Montevideo: FCU, 1997.
- . «Los libros de comercio en la legislación social y procesal», *Revista Judicatura*, n° 34, pp. 69 y ss. Montevideo, 1992.
- . «De la oponibilidad relativa de las excepciones causales en el juicio ejecutivo cambiario». *ADC*, t. 3, pp. 53-66. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1986.
- RIPPE KÁISER, S., et al. *Instituciones de Derecho comercial uruguayo*. 2ª ed. act. y amp. Montevideo: FCU, 1999.
- RITTNER, F., et al. *Unternehmerfreiheit und Unternehmensrecht*. München: Beck, 1998.
- RIVERA, J.C. *Instituciones de Derecho Concursal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1997.
- RIVERO DE ARHANCET, M., y RAMOS CABANELLAS, B. *El concurso y su incidencia en el Derecho de familia personal, la sociedad conyugal, la unión concubinaria y las sucesiones*. Montevideo: FCU, 2009.
- ROCCA, M.U. *Curso de Derecho Comercial*, t. 4, *De las quiebras*. Montevideo: Medina, 1947.
- ROCCO, A. *Il fallimento, teoria generale e origine storica*. Milano: Giuffrè, 1962.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. «La reclamación de créditos contra la masa en el concurso», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 1. BIB 2009/236. Pamplona: Aranzadi, 2009.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. «La liquidación, la clasificación y la conclusión del concurso», *Derecho mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), v. 2, 11 ed., pp. 906 y ss. Barcelona: Ariel, 2008.
- RODRÍGUEZ MASCARDI, T. «La causa del crédito del acreedor concursal», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, pp. 551-558. Montevideo: FCU, 2010.
- . «Sobre el régimen de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas y la reciente doctrina jurisprudencial», *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a los 20 años de su promulgación*, pp. 603-608. Montevideo: FCU, 2009.
- RODRÍGUEZ MASCARDI, T., et al., *Cuaderno de Derecho Concursal*. 2ª ed. Montevideo: FCU, 2011.
- RODRÍGUEZ MASCARDI, T., y FERRER MONTENEGRO, A. *Los créditos y el concurso. Ley N° 18.387 de 23-X-2008*, 2ª ed. ampl. Montevideo: FCU, 2009.
- RODRÍGUEZ MASCARDI, T., y HEUER NOTAROBERTO, F. *Las pericias en materia concursal*. Montevideo: Idea, 2012.
- RODRÍGUEZ MASCARDI, T., y VENTURINI, B. «Sobre la naturaleza de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas frente a terceros», *RDC*, tercera época, n° 1, pp. 101-112. Montevideo: FCU, 2008.

- . «Un tema de actualidad: la responsabilidad de los administradores de empresas insolventes», *ADCU*, t. 29, pp. 573 y ss. Montevideo: FCU, 1999.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*. Madrid: McGraw Hill de España, 1997.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, N.E. *Responsabilidad de los administradores y directores de sociedades anónimas*. Montevideo: LL, 2011.
- . *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal*. Montevideo: FCU, 2009.
- . «Presupuesto subjetivo del concurso en el proyecto de Ley de Concursos», *RDC*, 3ª época, n° 1, pp. 193-218. Montevideo: FCU, 2008.
- . *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 5, *Derecho cambiario uruguayo*, t. 2, Cheques. Montevideo: FCU, 2005.
- . *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*, t. 1, Quiebra. Montevideo: FCU, 2004.
- . *Concordatos y moratorias*. 2ª ed. Montevideo: FCU, 1990.
- . *Acciones y excepciones cambiarias*. Montevideo: FCU, 1987.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, N.E., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.E. *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. 5: *Derecho cambiario uruguayo*, t. 1: *Títulos valores*. Montevideo: FCU, 2010.
- . «El comercio», *Manual Virtual de Derecho Comercial I*, <http://www.derechocomercial.edu.uy>, descargado el 29/11/2009.
- . *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 4: *Derecho societario uruguayo*, t. 4: *Órganos sociales*. Montevideo: FCU, 2007.
- . *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. 4: *Derecho societario*, t. 4: *Órganos sociales*. Montevideo: FCU, 2006.
- . *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. 6: *Derecho concursal uruguayo*, t. 3: *Regímenes concursales aplicables a las sociedades anónimas, entidades de intermediación financiera y grupos económicos*. Montevideo: FCU, 2006.
- . *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. 4: *Derecho societario uruguayo*, t. 1: *Introducción al Derecho societario, normativa aplicable, intereses tutelados y principios, disposiciones generales de la Ley 16.060, concepto de sociedad*. Montevideo: FCU, 2006.
- . *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. 2: *Obligaciones y contratos comerciales*, t. 1: *Régimen general de las obligaciones comerciales. Compraventa y distribución mercantil*. Montevideo: FCU, 2005.
- . *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. 1: *Parte general*, t. 1: *El Derecho comercial y los actos de comercio*. Montevideo: FCU, 2004.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á.J. *El establecimiento mercantil*, in: URÍA, R., y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, pp. 101 y ss. 1999.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á.J., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El Derecho concursal», *Lecciones de Derecho mercantil*, MENÉNDEZ, A. (dir.), 6ª ed., pp. 923 y ss. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2008.
- ROITMAN, H., y DI TULLIO, J.A. «Prueba de la causa de los títulos de crédito en los concursos. Evolución jurisprudencial», *RDPC*, n° 14, Prueba II, pp. 221 y ss. Santa Fe:

- Rubinzal Culzoni, 1997.
- ROLDÁN SANTÍAS, F. «De la clasificación de los créditos», *La nueva regulación concursal*, pp. 292-302. Dir. C. JIMÉNEZ SAVURIDO. Madrid: Colex, 2004.
- ROLIN, A. «Des conflits de lois en matière de faillite», *Recueil de Cours*, t. 4, pp. 27 y ss. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 1926.
- ROMANO, S. *La revoca degli atti giuridici privati*. Padova: Cedam, 1935.
- ROMERO MATUTE, B. *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2005.
- ROSENBAUM RIMOLO, J.W., y CASTELLO, A. *Aspectos laborales de la Ley de Reforma Concursal y de Reorganización Empresarial, Ley 18.387*. Montevideo: FCU, 2010.
- ROUILLON, A.A.N. «Prólogo», in: GEBHARDT, M., *Prevención de la insolvencia*, pp. IX-XV. Buenos Aires: Astrea, 2009.
- . «Rules of International Private Law, Priorities on Insolvency and The Competing Rights of Foreign and Domestic Creditors Under The Argentine Bankruptcy Law (Spanish)», International Insolvency Institute *E-Library*, 2003, <http://www.iiiglobal.org/component>.
- . «El problema de la 'causa' en la verificación de créditos. Evolución de la doctrina judicial», *Derecho Económico*, año II, n° 13, agosto-setiembre, pp. 19-27. Buenos Aires: 1990.
- RUBIO GARCÍA-MINA, J. *La responsabilidad civil del empresario*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1971.
- RYN, J. van, y HEENEN, J., *Principes de Droit Commercial*, t. 1. 2ª ed. Bruxelles: Bruylant, 1976.
- SALVAT, R. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, v. 1: parte general, t. 1: Introducción, títulos preliminares, de las personas, 1947.
- SAMUELSON, P.A. *Curso de economía moderna*. Trad. de la 9ª ed. Madrid: Aguilar, 1978.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. «Los grupos de sociedades y el concurso de acreedores en la jurisprudencia española (un diálogo con la jurisprudencia)», *Crisis empresarial y concurso, comentarios legales*, pp. 944-984. Coord. M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ y A. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- . «Los liquidadores y el liquidador», *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. 5, pp. 5173-5207. Madrid: McGraw-Hill, 2002.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho mercantil*, v. 2, 33 ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2010.
- SANTORO PASSARELLI, F. *Doctrinas generales del derecho civil*. Trad. por A. Luna Serrano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964.
- SANTOS BELANDRO, R. «La quiebra internacional y las nuevas normas nacionales de derecho internacional privado (Ley n° 18.387)», *Revista de Derecho y Tribunales*, n° 10, Montevideo: Amalio M. Fernández, 2009.
- SANTOS BRIZ, J. «La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores», *Estudios de Derecho Judicial*, n° 24, pp. 327-353. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SAYAGUÉS LASO, E. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2. 6ª ed. puesta al día por D.H.

- Martins. Montevideo: FCU, 1998.
- SCARANO, E. *Tratado teórico-práctico de la quiebra*, t. 1. Montevideo: Claudio García & Cia, 1953.
- SCIALOJA, A. «Osservazioni sull'impresa, come atto obiettivo di comercio», *Il foro italiano, raccolta general di giurisprudenza*, v. 33, pp. 157 y ss. Roma: Foro Italiano, 1908.
- SCOTTI, L. «La insolvencia internacional a la luz del Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»*, año 1, n° 1. Buenos Aires: 2007, <http://www.derecho.uba.ar>, descarg. el 23/01/2013.
- SEGOVIA, L. *El Derecho internacional privado y el Congreso Sud-Americano de Montevideo*. Buenos Aires: Imp., Lit. y Enc. Mariano Moreno, 1891
- SEMIANI BIGNARDI, F. *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*. Milano: Giuffrè, 1965.
- SENENT MARTÍNEZ, S. «Comentarios», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. Barcelona: Bosch, 2004.
- SENÉS MOTILLA, C. «Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable, comentario STS 22.4. 2010», *ADCo*, 2011-2, pp. 297-319. Madrid: Civitas, 2001.
- SIERRA NOGUERO, E. «De la fase de liquidación», *Proceso concursal*, pp. 774-854. Coord. SALA REIXACHS, A., et al. Barcelona: Bosch, 2013.
- STORY, J. *Comentario sobre el conflicto de leyes*. Buenos Aires: Felix Lajouane, 1891.
- TARIGO VÁZQUEZ, E. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. 2. Montevideo: FCU, 1995.
- TEITELBAUM, J.W. *Juicio ejecutivo cambiario, Letras de cambio - vales, conformes o pagarés - cheques*. 2ª ed. (con apéndice sobre incidencia del CGP en el proceso ejecutivo cambiario). Montevideo: Idea, 1986.
- . «Aspectos procesales», *Títulos valores, problemática vigente*, pp. 143-148. Montevideo: FCU, 1994.
- . «Proceso monitorio y ejecutivo», *Curso sobre el Código General del Proceso*, t. 3, pp. 129-142. Montevideo: FCU, 1990.
- . «Juicio ejecutivo cambiario», *Curso de Derecho Procesal*. 2ª ed. act. Montevideo: FCU, 1987.
- THALLER, E. *Des faillites en droit comparé: avec une étude sur le règlement des faillites en droit international* Paris : A. Rousseau, 1887.
- TIRADO MARTÍ, I. *Los administradores concursales*. Prólogo de Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2005.
- TOESCA DI CASTELLAZZO, F. «La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali», *Giust.Pen.*, 1937, v. 2, pp. 1129 y ss. Roma: sn, 1937.
- TOMILLO, J., y GOZALO, V. «De la junta de acreedores», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, 2ª reimp. (2008), pp. 2044-2052. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. Madrid: Civitas, 2004.
- TONÓN, A. *Derecho concursal. Instituciones generales*, v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1992.

- TRABUCCHI, A. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937.
- TRIAS, R.I. «La responsabilidad civil extracontractual», *Derecho de obligaciones y contratos*, pp. 472-486. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- TUHR, A. von. *Teoría general del Derecho civil alemán*, v. 3, t. 2. Trad. de Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts por T. Ravá. Madrid [etc.]: Marcial Pons, 2005.
- URÍA, R. *Derecho mercantil*. 28^a ed., rev. y puesta al día con la colaboración de M.L. APARICIO. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- VALERI, G. *Manuale di Diritto Commerciale*, v. 1. Firenze: Casa Editrice Del Dott. Carlo Cya, 1948.
- VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. Monografía asociada a la RDCP, n° 8. Las Rozas: LL, 2008.
- VÉSCOVI, E. *Derecho procesal civil*, t. 6, 2^a parte, *Recursos, otros medios impugnativos*. Montevideo: Idea, 1985.
- . «La interversión de la prescripción en nuestro Derecho comercial», *LJU*, t. 16, pp. 453 y ss. Montevideo.
- . *Introducción al Derecho*. 10 ed. Montevideo: Idea, 1979.
- . *Código General del Proceso*. Montevideo: 1979.
- VICENT CHULIÁ, F. «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», *DN*, v. 114, septiembre, pp. 1-23. Madrid: LL, 2002.
- VILATA MENADAS, S. *Manual breve de Derecho concursal*. Valencia: Consejo Valenciano de Colegio de Abogados, 2008.
- VIÑUELAS SANZ, M. *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VIRGÓS-FRANCISCO GARCIMARTÍN, M. «Competencia internacional y territorial», *Comentario de la Ley Concursal*, dir. A. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. A.B. CAMPUZANO, t. 1, pp. 319-343. Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- . «De las normas de Derecho Internacional Privado», *Comentario de la Ley Concursal*, dir. A. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. A.B. CAMPUZANO, t. 2, pp. 2861-3026. Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- VIVANTE, C. «Un nuovo raggruppamento degli atti obbiettivi di comercio», *RivDirComm*, v. 17, 1^a parte. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1919.
- WEISS, A. *Manual de Derecho Internacional Privado*, t. 2, 5^a ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et Arrêts, 1912.
- WONSIK ZABIELOWIEZ, M. «Legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso regulada por la ley 18.387», *LL Uruguay*, n° 9, año II, pp. 1020 y ss. Montevideo: La Ley Uruguay, 2009.

- XAVIER DE MELLO FERRAND, E. «Directores de SA en problemas», *Economía y mercado*. Montevideo: El País, 18 de mayo. Montevideo: El País, 2009.
- XAVIER DE MELLO FERRAND, E. y SORONDO PEYRE, A. «La carga de presentarse a verificar los créditos. Situación de los acreedores que no se presentan», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, pp. 567-573. Montevideo: FCU, 2010.
- ZALDÍVAR, E. et al. *Cuadernos de Derecho Societario*, v. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.
- ZURRILLA CARIÑANA, A. «Comentarios», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. Barcelona: Bosch, 2004.