

OTROS TRABAJOS DEL AUTOR CITADOS PRECEDENTEMENTE

ORDEN PUBLICO Y PROPUESTA CONCURSAL.

Sumario: Orden público. Concepto. Propuesta. Concepto. Formas de consentimiento. Orden público y propuesta concursal: Hipótesis de conflicto. Novación. Abuso y fraude a la ley. Solución común. Colofón

I.- Orden público. Concepto.-

Enseñaba el profesor Maffía en los claustros de la Universidad Notarial Argentina que ciertas nociones –v.gr: buenas costumbres, orden público, moral- se nos presentaban como difusas o mas bien abstractas ⁽¹⁾, pero que no obstante aparecían como paradigmas sociales que el legislador había incorporado al esquema normativo en grado de principios de derecho.⁽²⁾

En el intento por definir, mas no sea vagamente tales expresiones, seguimos al maestro en la idea que el orden público –que aquí nos interesa- aparece como el entramado de normas a través de las cuales el Estado ejerce su potestad pública por encontrarse involucrados intereses sensibles a su políticas de estado, restringiendo a los particulares el ejercicio de sus derechos en el contexto de su libre albedrío y en la medida que entren en colisión con los fines políticos deseados. Cede aquí entonces otro principio, pero de la esfera privada de los particulares, como el de “autonomía de la voluntad”⁽³⁾, en tanto los mismos no pueden ejercer sus derechos dispositivos, vale decir disponiendo de los derechos de acuerdo a su interés , por estar alcanzadas por leyes “cuya observancia está interesada el orden público y las buenas costumbres”.-⁽⁴⁾, precepto congruente con la esfera de “renunciabilidad” acordada a los particulares de los derechos que sólo miren su interés individual.⁽⁵⁾

¹ (□) Decía Ripert que las buenas costumbres se referían a la moral media de un pueblo en un momento dado, criterio que apodado “sociológico”, es elástico, impreciso y no conduce a ningún resultado positivo, por lo que proponía que se tome como parámetro la moral cristiana

² (□) arts.14,19,21,502,842 953,1071 etc.Cod.Civ., art. 33,1473 Cod.Com., art.59 LS:19551.

³ (□) art.1137 del C.Civil)

⁴ (□) art. 21 C.Civil

⁵ (□) art.19.C.Civil.

En el ámbito de los concursos vemos que el orden público se encuentra ínsito en los distintos “iter” trazados, con lo que sería sobreabundante reseñar sus apariciones, debiendo entonces como contrapartida señalar que los principios de autonomía de voluntad y su complementario de disposición de derechos son “rara avis”, solo vistos en pequeñas facultades procesales ⁽⁶⁾, y sustanciales inherentes a la oferta y aceptación de la propuesta concursal, aún con los límites que luego veremos⁽⁷⁾

II.- Propuesta Concursal: Concepto. Formas de consentimiento.-

Siguiendo al autor Quintana Ferreyra⁽⁸⁾, es acertado presumir que el legislador de la ley 19.551, - y presumimos que igualmente su sucesora la ley 24.522 al mantener similar redacción en el punto - han querido acentuar la naturaleza “contractual” de la propuesta concursal, y ello basado en la disposición del art. 1137 del Código Civil que otorga el carácter de contrato al “acuerdo” sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos, por lo que podemos afirmar que según el sistema legal argentino, estamos frente a un verdadero contrato (sic).-

Se refiere a luego aquellas expresiones que relativizan la certeza científica que significa inteligir la naturaleza jurídica de un instituto legal, citando entre otros a Héctor Alegría cuando predica que la expresión “naturaleza jurídica” constituye un escurridizo giro, difícil de determinar con exactitud⁽⁹⁾, no obstante la calificada doctrina que ha abordado el estudio de la naturaleza jurídica -v.gr: Garcia Martínez, Zavala Rodríguez, Malagarriga- que confluyen en la naturaleza “contractual” del acuerdo concursal.

Por las razones apuntadas obvia seguir tan arduo camino, pero de todos modos conceptualiza jurídicamente la institución, definiéndolo como “ *el contrato solemne celebrado entre el deudor y la comunidad organizada de sus acreedores con el objeto de sistematizar las relaciones jurídicas existentes entre aquel y éstos y tiene por finalidad evitar la declaración de la quiebra*”.-

6

⁷ (□) art.43 LCyQ.

⁸ (□) “Concursos” Tomo 1, pag.486, ED.Astrea.

⁹ (□) Alegría, Algunas cuestiones de derecho concursal, p.180 y El aval

Coligiendo entonces que la propuesta encierra un verdadero contrato, debemos pues asumir que el mismo se inicia con la oferta como presupuesto inicial inductivo del consentimiento que se materializa con la aceptación de la oferta, según el mecanismo establecido en el art. 1144 del Código Civil.-

Tal consentimiento puede ser brindado en forma expresa o tácita, en cuyo caso el art. 1145 establece que se requerirá para el consentimiento expreso *que se manifieste verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, mientras que el consentimiento tácito resulte de hechos o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad, o que las partes hubiesen estipulado que sus convenciones no fuesen obligatorios, sino después de llenarse algunas formalidades*”.-

Y como correlato de ello el s.s. art.1146 establece que el consentimiento tácito se presumirá...”*si una de las partes hiciere lo que no hubiera hecho, o no hiciere lo que hubiera hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta*”.-

Entendemos que el consentimiento a los términos de la propuesta debe exteriorizarse en forma expresa, toda vez que la LCyQ:45 requiere las formas “solemnes” para traslucir la voluntad del acreedor, y de suyo, la solemnidad de un acto debe vincularse a la posibilidad de aprehender los signos inequívocos de voluntad que exteriorizan la aceptación de la oferta, lo cual demanda como antecedente preliminar una proposición asertiva e inequívoca , ya que mal podría el notario recoger una voluntad presunta, implícita o tácita.-

Tal conclusión, además , surge de la casuística entre ambas normas, desde que la manifestación expresa de la voluntad y el cumplimiento de las formalidades exigidas, confluyen en ambos tipos legales de similar modo, por lo que cabe subsumir a la propuesta de acuerdo en el estereotipo legal definido por el Código Civil.-

Por cierto además, ya se encuentran superadas las clásicas doctrinas de la declaración de voluntad que imperaba hasta el siglo XIX en cuanto recogía la voluntad interna -aun no declarada- para discurrir en la verdadera intención del sujeto contratante, momento a partir de la cual los juristas alemanes impusieron la doctrina objetiva llamada de “declaración de la voluntad” que predica recabar la exteriorización formal de la expresión de voluntad, principio que luego se consolidó al aportarle fuerza

obligatoria por mandato legal, según el principio enunciado en el art. 1197 del C.Civil⁽¹⁰⁾

III.- Orden público y propuesta concursal. Hipótesis de conflicto. Novación. Abuso y fraude de ley. Solución Común.-

Ambos conceptos, si bien guardan distinta entidad - ontológico el primero, privatista el segundo- interactúan en el campo del negocio jurídico concursal, produciéndose eventualmente un conflicto de intereses que necesariamente debe ser dirimido por el Juez concursal.-

Tal conflicto, puede manifestarse “ab-initio” en la formulación de la oferta de acuerdo y generar su rechazo por la comunidad de acreedores o ser ponderada y readecuada eventualmente con el “dictum” homologatorio (art. 55 LCyQ), pero también puede aparecer en la instancia de cumplimiento del acuerdo, cuando los efectos del mismo , amparados por la novación que establece la norma citada, obstan aparentemente a cualquier discusión desde que se erige como un axioma legal, impenetrable por cualquier otra obligación que no sea la convenida por las partes (C.Civ:1137 y LCYq:55)

Cabe pues preguntarnos si el efecto novatito tiene tal poder, impermeable al orden público general.-

En un medular trabajo, el Dr. Heredia ⁽¹¹⁾, cita como uno de los efectos de la novación que “ *sólo rige en ausencia de previsión en contrario contenida en la propuesta de acuerdo, ya que no tiene carácter imperativo (no está comprometida el orden público o el interés general)*” refiriéndose, según cabe colegir, a la facultad del deudor de disponer de tal facultad, aún renunciándola por cuanto atiende a su interés y no al orden público general”.-

Asimismo expone entre las conclusiones que “*las obligaciones alcanzadas por la novación concursal son todas las del deudor de causa o título anterior a su*

¹⁰ (□) Borda, G, “Contratos” Ed.Abeledo .Perrot.

¹¹ (□) Heredia Pablo, J.A. 26/6/02

presentación en concurso que resulten aprehendidas por el acuerdo preventivo homologado sin distinción fundada en su naturaleza o en el objeto de su prestación. En cambio, en el derecho norteamericano se distingue, pues de la discharge están exceptuadas diversas clases de obligaciones en función de su especial naturaleza o por razones de interés u orden público (vgr: obligaciones fiscales, las derivadas de dolo del deudor, etc). Algunas de tales excepciones son del todo razonables, y deberían estar contempladas en la ley argentina”.-

Vale decir que el distinguido autor excluye la posibilidad que tales obligaciones, integrantes del orden público legal, puedan ser incluídas en el nuevo acuerdo si el deudor expresamente no previó su cumplimiento, en defecto de una legislación -como la americana- que resguarde tales preceptos.-

Así entonces se advierte que la exclusión de ciertos tópicos –indisponibles según sostendremos- a los términos del acuerdo generan el conflicto legal y axiológico entre la autonomía de la voluntad –plasmada bajo los efectos de la novación legal- y el orden público general. Veamos algunos ejemplos:

1) El IVA sobre los intereses⁽¹²⁾, dispone que habrán de devengarse con la percepción de los mismos, y por percepción se entiende cuando se produce una real traslación de recursos a favor del perceptor motivada por un pago en efectivo o en especie. En el caso de refinanciaciones , cuando los intereses se hubiesen capitalizado, se producirá cuando se produzca el vencimiento del plazo fijo o bien cuando se perciba, el que fuera anterior. Suele suceder entonces que los intereses del capital adeudado no son admitidos por el Síndico en su informe individual por no haberse aún percibidos , siendo recogido tal criterio en la resolución del art.36 LCyQ. Quedan pues diferidos a la oportunidad de su percepción junto al capital , aunque la concursada no haya tomado la previsión de incorporarlos en la propuesta de pago concursal, ya que ortodoxamente la misma refiere a un porcentaje del capital “verificado” , con mas un interés compensatorio, una espera generalmente y luego plazos de pago. Cuando se hace exigible la primer cuota, con el pago del capital se devenga “ope-legis” el importe correspondiente al IVA de los intereses que han quedado consolidados con el

¹² (□) art. 24 del decreto 692/98 reglamentario de la Ley del Impuesto al Valor Agregado -T.O. 1997 y sus modific.at.4* inc.e)-

capital -en su parte proporcional- y diferidos al momento de percepción según la normativa fiscal, planteándose entonces la oposición de algunos deudores de no asumir los mismos por no encontrarse “expresamente” previstos en la propuesta, vale decir, sobreponiendo el principio de autonomía de voluntad sobre el orden público fiscal.-

2) Otra hipótesis similar sucede con la ley 25.063 llamada de “costo financiero”⁽¹³⁾ en cuanto grava: a) Operaciones de crédito, cualquiera sea su instrumentación, obtenidas en las entidades regidas por la ley 21.526.-

b) Obligaciones negociables emitidas conforme a la ley 23.576...

c) Préstamos otorgados por personas físicas o sucesiones indivisas, domiciliados o en su caso, radicadas en el país.-

En la hipótesis que en la propuesta no se hubiese aprobado a la vigencia de la norma o bien que ya vigente la misma, el deudor pueda desconocer la obligación del acreedor, devenido agente de retención en ciertos supuestos -v.gr:entidades financieras- en percibir tal tributo para cumplir con su obligación fiscal, planteándose entonces la contienda entre ambos principios en pugna.-

3) Un tercer supuesto en el que aparece la colisión de ámbitos en forma mas evidente, es aquel que lleva al acreedor a aplicar intereses moratorios por la mora en el pago de la cuota concursal, según el principio general de recomposición de las obligaciones que emana del art. 622 del C.Civil, en el que el deudor resiste la posibilidad de asumir otros costos que no sean los previstos en la propuesta homologada. Va de suyo que dicha oposición se plantea luego que el acreedor reclamó, el deudor pagó, auto-excluyendo el primero la vía del pedido de quiebra, aunque luego el deudor postula “ex post facto” tal mecanismo como solución legal para instar al cobro tempestivo de la cuota concursal. Es diáfana a mi juicio la posibilidad del acreedor de solicitar la recomposición por habilitarlo una norma de orden público general, confluyendo asimismo el principio romano que si puede pedir la quiebra, - “a maiore ad minus” – puede pedir la recomposición de capital mediante la adición de intereses.-

¹³

(□) ADLA LIX-A, 1999.

Pero volvamos entonces al consentimiento que la deudora concursada afirma haber recabado del acreedor, en el marco de los principios de autonomía de la voluntad y novación de obligaciones ínsito en álea negocial del deudor.-

Sostuvimos que la aceptación debe ser expresa, pero podría conjeturarse que ciertas nociones en forma implícita se encontraban en el acuerdo y tácitamente fueron aceptadas por los acreedores? Siguiendo el enunciado legal del art. 1146 del Código Civil , debería ser así si luego hace lo que no hubiere hecho en caso de no haberla aceptado , vale decir, reclamar la incorporación de los rubros “supra” mencionados. Pero si los reclama luego, revela pristinamente que no tuvo en consideración la cláusula velada , con lo que en tal situación su conducta posterior revelaría que aquella voluntad estuvo viciada y por ende nula de nulidad absoluta.⁽¹⁴⁾

No se trata aquí de reeditar la discusión honorable que mantenían los juristas Llambías y Borda hace mas de treinta años⁽¹⁵⁾ sobre la teoria de los vicios de la voluntad como presupuesto de nulidad del acto jurídico concebido de tal forma, cuando el primero sostenía que la misma, aún con las figuras de “error, dolo y violencia” pecaba, por defecto, de la no inclusión del vicio de falta de discernimiento –vinculado a la capacidad de las personas-, mientras que desde otro ángulo, Borda proponía un análisis restrictivo del error, por cuanto la apreciación de las condiciones subjetivas y objetivas que hacían al negocio jurídico pertenecían a la libertad de elegir del hombre, y como falible que era, estaba sujeto a cometer errores de apreciación y ello podía conducir a someter a revisión a muchos negocios considerados viciados por “error” y por ende nulos o anulables.-

No creemos que tal sea la hipótesis, sino en aquellos casos en donde, pese a la ficción que el derecho se reputa conocido por todos, existe un error de interpretación sobre las normas de alcance general que gravitan sobre el acuerdo, o bien una omisión -generadora igualmente de efectos jurídicos por imperio del art. 945 del C.Civil- sobre la intención futura de respetar ciertas pautas legales indisponibles ,y que apriorísticamente el acreedor de buena fe puede conjeturar

¹⁴ (□) art. 1045 del C.Civil.-

¹⁵ (□) Llambías Joaquin, “Tratado de Derecho Civil, Parte General II, Ed.A.Perrot”

como ínsitas en el contenido de la obligación que conforma la propuesta de pago, cuando luego descubre que no se encontraban previstas en la “oferta” del deudor.-

Nos preguntamos si podría haber advertido el acreedor que ciertas normas de alcance general, signadas por el orden público, podían ser disponibles para el deudor, sin que medie abuso o fraude a la ley, y sin que ello a su vez, importe sujetar la prestación a la voluntad del deudor, premisa que ahora ataca el orden público concursal (art. 43 LCyQ).-

Indudablemente, tal hipótesis puede aparecer abusiva hacia la buena fe creencia del acreedor como noción rectora del negocio⁽¹⁶⁾, obrando con el cuidado y previsión que le exige el art. 1198 del Código Civil, como asimismo en fraude a la ley, por no contemplar el pago de ciertas obligaciones subyacentes a todo acuerdo que son un imperativo legal, indisponibles para él, y sobre las que no puede invocar su ignorancia en virtud al principio general estatuido por el art. 20 del Código Civil.-

Tales infracciones subyacen a la propuesta cuando se advierten inaudibles las nociones de orden público contenidas en el art. 953 del Código Civil , en cuanto define con precisión el objeto y contenido de los actos jurídicos en general, sobre los que se extiende el control de legalidad a la luz del cumplimiento de las pautas enunciadas en dicha norma⁽¹⁷⁾.-

En el caso que éstos vicios se revelan tempranamente, se han aplicado mecanismos de resguardo, a partir de una disposición legal como las contenidas en los textos falimentarios hasta la sanción de la ley 24.522, o por el control de legalidad jurisdiccional, que protegen a los acreedores de éstos desvíos.

En efecto, se explaya el Dr. Monti⁽¹⁸⁾, en un profundo estudio sobre las facultades homologatorias de los jueces del acuerdo concursal, a partir de establecer un criterio de unidad del sistema normativo, en el que el derecho concursal integra un sub-sistema pero insertado en el sistema jurídico global, para lo cual cita al jurista Orgaz postulando “*el principio de la unidad del orden jurídico de todo el*

¹⁶ (□) E.Danz “La interpretación de los negocios jurídicos” Revista de Derecho privado de Madrid, pag.194

¹⁷ (□) “Impugnaciones de actos del directorio” por Ricardo Nissen, en un viejo artículo publicado en La Ley recurría a similares pautas para el mérito de tales actos ante la ausencia de “iter” impugnatorio

¹⁸ (□) MONTI JOSE L. “El concordato como negocio jurídico, sobre la homologación del acuerdo” L.L.2000 F-1089

país, que rechaza la independencia de cada sector del derecho con respecto a los demás, obliga a los intérpretes y aplicadores de la ley a forzar el enclaustramiento de su respectiva especialidad y a considerar el conjunto de la legislación, en especial las normas que son mas afines s las que constituyen el objeto específico de su examen”.

Luego expone el Dr. Monti que *“un primer límite que parece prevalecer por encima de la parquedad de ésta norma, proviene del propio régimen específico de la ley concursal en la que ella está inserta. El carácter imperativo de sus disposiciones, vinculado con la noción de orden público que predomina en ésta materia, así como el principio inquisitivo que califica la actuación del órgano jurisdiccional una vez abierto el proceso concursal, forman un contexto del que no cabe sustraer el problema relativo a los alcances de las atribuciones del juez en punto a la homologación del acuerdo”.-*

Señala en otro apartado que *“nada obsta a que examine si en el plano funcional que atañe a su ejecución, ella puede afectar la buena fe, la moral o el orden público. Por eso, un acuerdo sujeto a una condición puramente potestativa no podría ser homologado (conf. Art. 542 y su nota C.Civil, y art. 45, tercer párrafo, in limine, ley concursal), enlazando luego la noción con “el respeto por aquellos principios indisponibles que hemos enunciado debe cobrar mayor vigor en éste sector del orden jurídico que, por sus proyecciones en el terreno económico y social, y aún institucional, trasciende el solo interés de los sujetos involucrados y compromete sensiblemente el interés general”.*

Este criterio de valoración de los acuerdos, con vaivenes en la historia concursal como bien lo señala Rubin⁽¹⁹⁾, se ha visto reeditado recientemente a partir del precedente “Línea Vanguard”⁽²⁰⁾, el que cobra importancia por haber abierto una nueva brecha de examen axiológico en un terreno que parecía haber cerrado la ley 24.522, y que reabriera la reforma introducida por la ley 25.589 al art. 52 de la ley 24.522 en cuanto faculta a los magistrados a revisar la propuesta en caso de

¹⁹ (□) RUBIN, MIGUEL E. “Las nuevas atribuciones del Juez del concurso respecto del acuerdo preventivo según la ley 25.589” ED: 196-1021.

²⁰ (□) CNCom Sala C Set.4-2001 ED 197-206

“abusiva o en fraude a la ley” estableciendo una nueva “ratio” para la justipreciación de su adecuación a los parámetros del orden público.

Truffat ⁽²¹⁾, ha desarrollado una hermenéutica para ponderar cuando una propuesta es abusiva, sugiriendo al Juez la implementación de criterios –ya desde la “ephisteme”- para semblantar a una propuesta cuando es tildada de tal, contribuyendo con su acostumbrada agudeza a sembrar pautas concretas que enervan el vacío legal y conceptual.-

En cuanto al fraude a la ley, los autores Junyent Bas y Molina Sandoval, manifiestan que la doctrina ha logrado consenso en cuanto a los recaudos que conforman dicha noción: 1) Existencia de una norma obligatoria e imperativa (no disponible) por las partes; 2) Intencionalidad en la elusión del precepto imperativo (fin fraudulento), 3) Utilización formal de otra alternativa eficaz. Concluyen su comentario anotando que “Importa una actividad dolosa en la que se pretende quebrantar un precepto legal que los hechos demuestren la evidencia de la ilicitud. Se busca alterar la formalidad de los actos y mostrar un acto que no es tal, para eludir la aplicación de una norma imperativa” ⁽²²⁾.-

Ello así en virtud a la íntima vinculación que debe existir entre un consentimiento eficaz y el orden legal, desde que el mismo no puede otorgarse para consumir actos ilícitos -bajo sanción de nulidad- por ser un acto jurídico ineficaz el que contraría el objeto lícito conforme el paradigma establecido por el art. 953 del Código Civil.-

Pensamos entonces que en la descripción del fraude se halla ínsita la imposibilidad de desconocer ciertas pautas imperativas, resultando entonces improponible por el deudor la omisión en el cumplimiento de las obligaciones de tal carácter, y menos aún predicar que los efectos de la novación pueden extenderse más allá de la esfera propia en que rige -la esfera “inter-pars”- para exorbitarlas al orden normativo general.-

²¹ (□) TRUFFAT, E. DANIEL “Algunas pautas para el ejercicio no homologar un concurso por presentación de propuesta abusiva” ED.198-760

²² () JUNYENT BAS, MOLINA SANDOVAL, “Ley de concursos y quiebras comentada”, Ed.Lexis-Nexis, Depalma

En tal caso, en el que apartamiento de las pautas imperativas se exterioriza durante el cumplimiento del acuerdo, por análogas razones a las empleadas por los jueces para morigerar los concordatos abusivos o contrarios a la ley, deberán ser objeto de control jurisdiccional en orden a recomponer el sinalagma del acuerdo, quebrantado cuando una de las partes vio defraudada su confianza por la no inclusión de normas legales indisponibles -

IV) Colofón

Para finalizar debo citar, a la opinión del distinguido jurista Ricardo Lorenzetti⁽²³⁾, quien refiriéndose a la oferta como apariencia en el marco de los contratos de bienes y servicios hacia un público masivo -análogo al negocio jurídico bajo examen-, destaca que *“Como regla general debe partirse del principio de la autonomía privada, que es un derivado de la autodeterminación de la persona. El fundamento debe ubicarse en los derechos humanos como límite al poder, en la necesidad de preservar un ámbito de libertad individual, que sólo se extiende cuando hay consenso: sólo cuando el sujeto quiere puede existir obligación. El principio anterior es corregido, limitado, por la seguridad jurídica como expectativa de cumplimiento. Por derivación de la seguridad y confianza en el tráfico, sabemos que hay situaciones objetivas en las que la apariencia creada y la actuación en base a la confianza, autorizan a imputar obligaciones, allí donde el sujeto no las estableció expresamente”*.-

Coincidimos con el prestigioso autor en el sentido que elementales razones de seguridad jurídica, en la que se apoya el orden público legal, no pueden ser desatendidas por la apariencia generada de subsumir en el acuerdo todas las obligaciones inherentes al crédito verificado, que en ningún modo pasan a desligarse de sus cargas públicas por el mero tamiz concursal.-

Deberían pues los Jueces velar por el respeto a éstos paradigmas, coetáneamente con la homologación del acuerdo o bien cuando la disputa se presenta “a-posteriori” por hallarse oculta, en orden a preservar la seguridad jurídica

²³ (□) “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza” L.L.2000-D-1155.-

transaccional y en definitiva la buena fe creencia de los acreedores y público en general sobre las bondades del concurso como remedio legal , mas no como refugio en contra del orden público legal .-