

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRESERVACIÓN DE EMPRESAS

Por Khalil Ibraim Ajaime¹

Fecha de recepción: 16 de abril de 2019

Fecha de aprobación: 10 de junio de 2019

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo el estudio del contexto histórico de preservación de empresas. Para ello se utilizará un enfoque descriptivo no experimental, basado en un estudio doctrinal sobre la evolución del derecho concursal, desde los métodos más radicales de ejecución, hasta la materialización del instituto de preservación de empresas. Los objetos principales del trabajo son la evolución del derecho concursal de Argentina y Brasil, en conjunto con derecho comparado que se realizará entre Alemania, Francia y Estados Unidos.

Abstract

This article aims to study the historical context of business preservation. For this, a non-experimental descriptive approach will be used, based on a doctrinal study on the evolution of insolvency law, from the most radical methods of execution, to the materialization of the institute for the preservation of companies. The main objects of the work are the evolution of the insolvency law of Argentina and Brazil, together with

¹ Graduado en Derecho de la Universidad Estatal de Ponta Grossa (Brasil). Se desempeña profesionalmente en Maba y Ajaime comercio textil (filial) Ponta Grossa – PR.

comparative law that will be carried out between Germany, France and the United States.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo o estudo do contexto histórico de preservação de empresas. Para isso, será utilizada uma abordagem descritiva não experimental, com base em um estudo doutrinário sobre a evolução do direito concursal, desde os métodos mais radicais de execução, até a materialização do instituto de preservação de empresas. Os objetos principais do trabalho são a evolução do direito concursal de Argentina e Brasil, em conjunto com direito comparado que será realizado entre Alemanha, França e Estados Unidos.

Palabras clave

Acreedor, deudor, empresa, ejecución, preservación.

Keywords

Creditor, debtor, company, execution, preservation.

Palavras chave

Credor, devedor, empresa, execução, preservação.

1. Introducción

Para entender el origen del instituto de preservación de empresas, se hace necesario realizar un estudio de la evolución histórica de los procesos de ejecuciones.

Para eso, primero, se hace un bosquejo referente a cada período histórico, y cómo las sociedades enfrentaron la cuestión del incumplimiento de las obligaciones, fraudulentas o no, destacando cómo el legislador reguló las sanciones para cada tipo de deudor, el papel de las autoridades judiciales y la actuación de los acreedores durante el proceso que tenía, originalmente, función de satisfacer sus intereses.

Segundo, se hace una breve mención a la ejecución de deudas en las civilizaciones más antiguas, para iniciar el estudio de la historia y de las transformaciones jurídicas, relacionada a las leyes de concursos y quiebras, que ocurrieron en Argentina y Brasil, como principal tema de este trabajo, y de Alemania, Estados Unidos y Francia como países seleccionados al estudio del derecho comparado.

2. Síntesis evolutiva histórica del derecho concursal

2.1 Derecho romano

En el derecho más antiguo, las ejecuciones por deudas eran reguladas por la ley de las doce tablas, que en el entendimiento de Maciel (2017) "... establecía el instituto de la *manus injectio* en virtud del cual si el deudor no pagaba a su acreedor, este lo podía ejecutar *trans tiber*" (p.26). En otras palabras, en la antigua Roma, la ejecución de deudas era de carácter personal, o sea, la propia persona del deudor sufría sanciones, que podrían ser desde esclavitud hasta la condena a muerte.

Graziabile (2016) sostiene que la ejecución patrimonial surgió paulatinamente en el derecho romano y la ejecución sobre los bienes del deudor fue iniciada por la ley

Poetelia Papiria del año 428 (p. 16). Lo mismo sostiene Carvalho de Mendonça (1946) (Fazzio Junior, 2015), que sucintamente describe:

El acreedor o acreedores, provisto de sentencia, buscaban al magistrado que, causa cognitiva, autorizaba por decreto, la 'missio in bona', y en virtud de ésta, entraban en la posesión de todos los bienes del deudor, procediendo después a la venta mediante determinantes formalidades. La misio no desvía al deudor de la propiedad ni a la posesión jurídica de sus bienes; privaba al sólo de la administración, que pasaba al curator, nombrado por el magistrado 'ex consensu majoris partis creditorum'. El patrimonio del deudor constituía una prenda en beneficio de los acreedores (p. 7).

A final de este período surgió la asamblea de acreedores, clasificación de créditos, revocación de los actos fraudulentos del deudor y principalmente el par *conditio omnium creditorum*, traducido por trato en igualdad de los acreedores.

Por curiosidad, en este período según Maciel (2017) fue conocida una institución cuyo objetivo era evitar la quiebra del deudor insolvente a través de la liquidación de su patrimonio. Esta institución, conocida como *pactum ut minus solvatur* se refiere a un acuerdo entre acreedores y herederos de deudores. Cuando el pasivo de la herencia era superior al activo, los herederos teniendo como objetivo resguardar la memoria del muerto de infamia pactaban con los principales acreedores la reducción de la deuda (p.27).

El *pactum ut minus solvatur* fue obligatorio para los acreedores ausentes o disidentes. Básicamente el derecho romano hace surgir un sistema concursal donde la mayoría de los acreedores obligan a la minoría y proponen la moratoria para prevenir la quiebra del deudor.

2.2 Derecho Medieval

Es un período, inicio del siglo XIII, caracterizado por el gran desarrollo económico y un intercambio comercial exacerbado. Desde el punto de vista jurídico,

se hace mención al perfeccionamiento del proceso concursal originario del derecho romano.

Los procedimientos de ejecución van a sufrir diversas modificaciones, y en el siglo XIII pasan a ser absolutamente de carácter público:

Con el transcurso del tiempo se van produciendo profundas transformaciones en los procedimientos de ejecución que encuentran su origen en la circunstancia de que la justicia va dejando de ser privada, abriéndose paso la intervención de la autoridad pública para la realización del Derecho; esto acaece tanto en la ejecución contra el deudor solvente como contra el insolvente quien era reducido en una cárcel pública (Riviera, 1998, p. 34).

En 1254 en Francia el Rey Luis abolió el encarcelamiento del deudor. En Verona surgieron los primeros esbozos de reglas inherentes a la ley de quiebras como la ejecución patrimonial. Mismo con la modernización del instituto concursal, las costumbres hacían que el deudor sufriera sanciones crueles, físicas y morales, entonces la solución encontrada muchas veces, a fin de evitar tal tragedia, era la fuga, que en esa época fue considerada hasta el presupuesto del estado de quiebra. Fazzio Junior (2015) aborda el tema detalladamente:

... el presupuesto de la quiebra en la Edad Media era, pues, conforme a la legislación estatutaria, la fuga que, al principio, se confundía con insolvencia. Sólo en los estatutos en que se alcanzó un mayor grado de desarrollo es que se logró llegar a aislar la insolvencia en sus elementos conceptuales precisos. En el momento en que, en la insolvencia, consistía sustancialmente la quiebra en la fuga, y en la insolvencia, bajo el aspecto formal, se revelaba en la legislación estatutaria medieval por el secuestro, el inventario, la apreciación y el cierre de los inscritos (p. 8).

En el siglo XV, la presunción de insolvencia por la fuga del deudor fue erradicada y surge una nueva etapa basada en un acuerdo homologado por autoridad pública, realizado de manera amigable entre los fugitivos y los acreedores, dando libertad para que los primeros regresen para la conclusión del acto.

Italia fue una gran innovadora en los regímenes de quiebra, pues se sometió el procedimiento concursal a cualquier deudor aunque no comerciante. También fue responsable por el surgimiento del concepto de cesación de pagos y bancarrota, como sostiene Graziabile (2016):

Aparece por primera vez el concepto de cesación de pagos, surgido de la palabra cesante, usado en el Constituto de Siena en 1262. También surge en esta época la palabra bancarrota, en virtud del hecho simbólico que significaba la ruptura del banco del deudor insolvente del mercado (banca rotta), equivalente a la clausura del negocio, primera medida dictaba el juez. Se conoce en esta época, a través de Estatuto de Lucca, el concordato preventivo aprobado por mayoría como etapa anterior a la quiebra, el cual se desarrollaba con convocatoria de acreedores (p.17).

Junior (2009) defiende que en ese período surgieron dos líneas de pensamiento y mecanismos sobre los regímenes de ejecución. Por un lado, seguidora de la anterior ley romana, procesos que reconocían a los acreedores como piezas fundamentales del procedimiento y tenían el derecho sobre el ejercicio de la ejecución, asegurado por el juez, que no tenía gran actuación sino recibir la petición y resguardar el derecho. Por otro lado, un sistema influenciado por el derecho visigótico que tiene al juez como figura central del procedimiento dotado de poderes para actuar sobre la ejecución, con el objetivo de castigar y reprimir al deudor en defensa del interés del acreedor (p. 8).

Graziabile (2016) comparte la misma idea, y nombra las dos corrientes en privatista y publicística. La primera sigue su camino como en el derecho romano, con amplio despliegue activo por parte de los acreedores. La segunda, originaria del derecho visigodo, con importante actuación de autoridad judicial.

2.3 Derecho Moderno

Este es un período comprendido entre los años 1453 y aproximadamente 1789, inicio de la revolución francesa. En la edad moderna el avance comercial fue grande, representado por el mercantilismo y el intervencionismo estatal en las negociaciones.

Por lo tanto, surge el Estado como entidad política y jurídica que pasa a regular las relaciones de crédito, y consecuentemente los casos de insolvencia. Se atribuye al Estado exclusividad en la imposición de penas, además de la función de judicializar situaciones creadas por la insatisfacción obligatoria (Fazzio Junior, 2015, p. 9).

En torno al siglo XVII, las ordenanzas Filipinas regularon sobre la quiebra de los mercaderes, y en 1756 surge la Carta Real, promulgada por Marques de Pombal, una innovación al derecho concursal instaurado para los comerciantes, mercaderes u hombres de negocios (Waldemar Ferreira, 1946). Fazzio Junior sostiene (2015):

...tan pronto como cualquier hombre de negocios faltara de crédito debería presentarse ante una Junta de Comercio, el mismo día en que la quiebra, o a más tardar, en el siguiente para explicitar las causas de la quiebra, entregar las llaves el establecimiento, ofrecer la relación de los deberes, y presentar los libros y papeles de su comercio (p. 9).

En el período moderno, el derecho francés aún no poseía una legislación específica para el comerciante, lo que sólo ocurrió con Napoleón Bonaparte en el siglo XIX, cuando se creó un código comercial.

2.4 Derecho contemporáneo

Este período se destaca por las grandes crisis económicas en el mundo, dos guerras mundiales, diversos desastres financieros y una creciente valorización del derecho concursal, principalmente en los aspectos preventivos, o suspensivos de liquidación.

El carácter social de la empresa gana prestigio en función de la presente actuación del Estado que unió el derecho privado con el derecho público en la búsqueda de resguardar y valorar el interés colectivo identificado en el derecho del consumidor, derecho fiscal, derecho previsional y financiero.

Negrão (2010) orienta el estudio de la evolución histórica del derecho concursal en la edad contemporánea bajo el análisis de tres requisitos: mayor o menor intervención de los acreedores, del deudor o del Estado-Juez en el destino de la empresa en crisis. Basado en estos tres aspectos se destacan tres fases históricas distintas: función liquidadora de la quiebra, vigente antes de la primera guerra mundial; emergente interés del deudor en la conservación de la empresa, desarrollada en el período entre guerras; y la fase de mayor interés e intervención del Estado por la eliminación de la insolvencia de la empresa (p. 44).

Los sistemas legislativos de ruptura más recientes abortaron la idea de distinguir entre procedimientos de recuperación y liquidación, comúnmente denominados concursos y quiebras. Ejemplos de ello son las leyes españolas, alemana y portuguesa que explica y justifica razones:

Por lo tanto, cesa, pues innecesaria, la duplicación de formas de proceso especiales (de recuperación y quiebra) en el CPEREF (Código de Procesos Especiales de Recuperación de Empresa y de quiebra), así como la fase pre ambular que les era común, y que era probable que generara, incluso, demoras inevitables en la tramitación del proceso, en particular por la duplicación concomitante de la llamada de los acreedores, y también en numerosos casos el recurso al proceso de recuperación traducir en un mero expediente para retrasar la declaración de quiebra. La supresión de la dicotomía recuperación / quiebra, a la par de la configuración de la situación de insolvencia como presupuesto objetivo único del proceso, hace también aconsejable el cambio de designación del proceso, que ahora es proceso de insolvencia. La insolvencia no se confunde con la quiebra, tal como actualmente entendida, dado que la imposibilidad de cumplir obligaciones vencidas, en que la primera noción fundamentalmente consiste, no implica la inviabilidad económica de la empresa o la irrecuperabilidad financiera postuladas por la segunda (Negrão, 2010, p. 45).

Actualmente se relata tres generaciones de legislación concursal. La primera corresponde a las dos formas tradicionales que previenen la quiebra mediante concordato o acuerdo preventivo, o mediante liquidación del activo por el procedimiento para la satisfacción de los acreedores. La segunda mantiene distinción entre los institutos de recuperación y quiebra. Se diferencia de la primera modalidad pues aquí busca desjudicializar el proceso y entregar al deudor y acreedores un importante papel de encontrar métodos recuperatorios de actividad empresarial, o si no es posible precede a la quiebra o liquidación. Por último, la tercera, que no reconoce dualidad procedimental y acentúa la precedencia de la declaración de insolvencia, con la inmediata tomada del activo, en la cual pueden estar previstas propuestas de recuperación o liquidación. Es un sistema caracterizado por la supremacía de los acreedores que tiene una amplia intervención en la formalización de las medidas a adoptar.

En el transcurso de los años el legislador sintió la necesidad de promover artificios satisfactorios al interés colectivo, no dejando de resguardar a los privados. El peso de los maleficios causados por la quiebra de una empresa, socialmente hablando, es mucho mayor que la pérdida de posición de sus gestores, o socios, y cada vez más procedimientos preventivos a la quiebra son exaltados en debate, y a los ojos de cualquier legislador. De este pensamiento, cabe compartir lo que dice Riviera (1998):

Hoy en día esos procedimientos preventivos tienen un relieve singular, pues se considera que la quiebra es una solución en muchos casos insatisfactoria, pues produce la desaparición de una fuente de producción de bienes o servicios y, por ende, fuente también de puestos de trabajo. De allí que las soluciones preventivas no se limiten a los deudores honestos pero desafortunados, y sean privilegiadas por las legislaciones concursales modernas (p. 28).

3. En el Mundo Viejo

En las civilizaciones más antiguas, cada pueblo tenía una manera de hacer su cobro y ejecutar sus deudas al deudor insolvente. Variaban de acuerdo con su creencia, sus mandamientos, y sus líderes.

3.1 Pueblos Bárbaros

Incluso después de la invasión de los pueblos bárbaros aún sobre los ciudadanos romanos se aplicaron las leyes del derecho romano. Como defiende Riviera (1998), este sistema fue mantenido porque ya era originario de un pueblo invasor y también porque reconocieron y aceptaron la ejecución patrimonial. De tal modo, el acreedor podía tomar las cosas móviles de la propiedad del deudor solvente, pero cuando el deudor era insolvente, todavía recibía sanciones y castigos personales (p. 34).

3.2 Hebreos

Araújo (2009) enseña que las ejecuciones entre los hebreos no se limitaban a las personas, y a pesar de ser inalienable la propiedad, la percepción de los frutos de ella podrían ser utilizados para compensar la deuda. Con la anticresis ese pueblo evitó aplicar penas severas y odiosas sobre el cuerpo del deudor y la ejecución de divisiones pasó por un proceso de humanización, probablemente basado en normas religiosas (p.6).

3.3 Grecia

En Grecia, inicialmente, las medidas de ejecución se basaban en castigos corporales, prisión y esclavitud, principalmente con la vigencia de las leyes draconianas. Posteriormente todo cambió:

Después que Solón, en Grecia, mandó soltar a todos los deudores que estuvieran presos, por deudas, el derecho griego, de hecho, tomó un rumbo nuevo, especialmente en Atenas. Cuando el deudor entraba en mora, el acreedor se valía de los bienes muebles, si no había éstos, de los inmuebles, prevaleciendo de una especie de acción judicat, por la cual obtenía una verdadera posesión (Almachio Diniz, 1930) (Araújo, 2009, p. 7).

3.4 Egipto

En Egipto la gran preocupación del pueblo era prepararse para la muerte. Explica Araujo (2009): “La ejecución personal no se hacía durante la vida de lo que vivía. Entonces, el acreedor tenía el derecho de tomar en prenda el cadáver del deudor, privando al de los honores fúnebres, hasta que los herederos asumieran la responsabilidad de las deudas” (p. 6).

3.5 Persia

En el pueblo persa el acreedor tomaba al deudor en prenda, pudiendo el deudor sufrir diversas sanciones corporales. Sus bienes también podrían ser tomados. La Ley de Manu fue frenada por los persas ante la introducción de la prenda sobre el deudor.

3.6 India

El pueblo hindú, como los persas, eran orientados por las Leyes de Manu, pero allí el deudor se mantuvo en un círculo del que no podía salir, bajo la pena de muerte,

hasta que el acreedor fuera completo y definitivamente reembolsado, pudiendo entonces, liberarse. También era común al deudor quedarse atrapado en planchas y trabajar como esclavo para el acreedor (Araujo, 2009, p. 6).

4. En Argentina

La primera reglamentación sobre quiebras en Argentina aparece en las Ordenanzas de Bilbao, oriundas de un derecho jerárquico de normas dictadas por Carlos IV, en 1794 (Graziabile, 2016, p. 19).

Dichas ordenanzas clasificaban a los deudores en tres categorías diferentes: los deudores atrasados, que no pagaban sus obligaciones en el tiempo correcto, pero no dejaban de cumplirlas y no tenían su fama comprometida; los simples quebrados, que, por hechos ajenos e inculpables, estaban obligados a cerrar sus negocios; y los quebrados culpables, fraudulentos, que causaban notables perjuicios a comerciantes de buena fe (Vítolo, 2016, p. 43).

Los quebrados culpables, como escribe Vítolo (2016): "...eran sometidos a la autoridad del Consulado, el que iniciaba el concurso, practicaba inventario - con intervención de Escribano-, publicaba edictos y disponía el desapoderamiento de los bienes" (p. 44).

Posteriormente, el 29 de marzo de 1836, Juan Manuel de Rosas decretó la abolición de todos los juicios de esperas y quitas. Riviera (1998) explica que Rosas, utilizó como fundamento el aprovechamiento que los deudores de mala fe hacían de este artificio legal (p. 60).

El decreto de Rosas fue derogado por el gobierno de la provincia de Buenos Aires, que reimplantó las Ordenanzas de Bilbao.

En 1859 fue sancionado en la provincia de Buenos Aires el Código de Comercio, proyecto de Acevedo y Vélez Sarsfield, que en 1862 fue declarado ley nacional. En la búsqueda de la satisfacción de los acreedores, este código ya preveía

la continuación del comercio quebrado. Rubin (1991) dispone en su obra que el artículo 1573 contempla tal idea:

A instancias de los síndicos y oído el dictamen del juez comisario podrá el tribunal ordenar, en el interés del concurso, que las operaciones del fallido no se suspendan súbitamente, sino que continúen durante algún tiempo en favor de la masa, o por los síndicos o por un tercero, bajo la inspección y responsabilidad de aquellos. El tribunal podrá siempre, conforme el dictamen del juez comisario, y después de oídos los síndicos revocar o modificar la autorización conferida (p.101).

Para Riviera (1998) el código de 1862:

Legisló la materia de fondo y de forma; estableció un sistema de reconocimiento de créditos muy simplificado, y se le reconoce un gran acierto en la legislación del período de sospecha, de la graduación de los créditos, la liquidación y la distribución y la organización de los funcionarios (p. 63).

Por más innovador que fuera el Código de Comercio de 1862 necesitó ser reformado, principalmente por la deficiencia en la regulación de las moratorias. Luego, en 1889, el código pasa por una nueva reforma. De estas reformas para el presente trabajo cabe resaltar la eliminación del texto de la regulación de la continuación de la actividad empresarial. Explica Rubin (1991): "Si bien no prohibió a los jueces permitir continuaciones, liquidó los textos que la regulaban, prefiriendo, sin retaceos, la venta o adjudicación directa de bienes a los acreedores" (p. 102).

Con poco tiempo en vigor el Código de Comercio de 1889 fue derogado por la ley 4.156 de 1902, apurada principalmente por la crisis de 1890.

La ley 4.156 introdujo institutos interesantes: elaboró un régimen de procedimiento preventivo con el concordato y la adjudicación de bienes, suprimió las moratorias, y se apartó del sistema oficial para dejar que los acreedores resolvieran voluntariamente bajo régimen de mayorías una gran cantidad de cuestiones (Vítolo, 2016, p. 48).

La referida ley fracasó por algunas dificultades como la verificación de créditos y excesivas facultades de los acreedores que eran dueños de las decisiones fundamentales mientras que el juez era mero fiscalizador de normas.

Siguiendo, 1933, caracteriza un período pertinente para la legislación argentina de quiebras, por un proyecto del Dr. Ramón S. Castillo se sanciona la nueva ley de quiebra, 11.719, basada en los ordenamientos italiano y francés. Esta ley se vuelve muy importante para la evolución de los procesos de continuación de la actividad empresarial, pues ahora la ley trata este procedimiento como de interés estatal y social, y no sólo intereses privados como de los acreedores y deudores, como mejor explica Graziabile (2016):

Se vuelve al sistema del publicismo, otorgándoles a los jueces sus poderes originarios a fin de evitar fraudes de inescrupulosos deudores, y, por qué no, también de acreedores. Así, el legislador entendía que en las falencias no estaban en juego solamente intereses privados sino también intereses estatales y sociales superiores que no podían dejarse de lado; se convirtió a la ley en una ley de orden público, siendo su pilar fundamental la defensa del crédito y la conservación de la empresa (p. 21).

El gran paso procesal dado por la ley 11.719, Ley de Castillo, fue colocar al juez como centro del proceso y dueño de las decisiones y no más de los acreedores, que siempre buscaban alcanzar su propio interés. En el régimen de la ley 11.719 se dejaba de lado el sistema del voluntarismo y el carácter privado del proceso para otorgarle un nuevo tinte publicístico con intervención personal del juez en los aspectos primordiales y críticos del proceso; la verificación de los créditos reclamados al deudor era resuelta por el juez; y era el juez también, quien designaba a los liquidadores y martilleros (Vítolo, 2016, p. 48).

A pesar de los grandes avances y beneficios legales, la ley de Castillo, como argumenta Riviera (1998), también tenía algunos desaciertos. Entre los desaciertos se destaca la interminable verificación de créditos de los acreedores ante la junta comercial y la incorrecta aplicación judicial de los tribunales que admitieron que el

comerciante se presentara en diversas convocatorias paralizando, de este modo, las solicitudes de quiebra. No había ninguna sanción para el desistimiento de la convocatoria, algunos llegaban a presentarse más de diez veces (p. 66).

Sobre la ley 11.719 es importante destacar dos reformas: el proyecto de 1950 que consagró el principio de la buena fe en el análisis de la conducta del deudor e incorporó el concepto de cesación de pagos. Y, también, el proyecto de 1953, que creó un Registro Nacional de Bancarrotas, normas sobre pequeños deudores y deudores agrarios y la posibilidad de declaración de quiebras por anulación del concordato, entre otras (Vítolo, 2016, p. 49).

En 1969 surge el anteproyecto que reformularía la arriba citada Ley de Castillo, pero que se convirtió en proyecto definitivo en 1972, sancionado como ley 19.551. La nueva ley de concursos trae ideas marcadas y revolucionarias para la época y, de acuerdo con Rubin (1991), la ley 19.551 se destaca por el amplio alcance de las normas y la grande diversidad de modalidades y alternativas para dar continuidad a las actividades empresariales. Otro hecho a destacar era la referencia al "interés general" como requisito esencial para disponer de la continuación de actividad (p.120).

Vítolo (2016) menciona algunas de las directrices aplicadas por la ley 19.551: el tratamiento del pasivo bajo el régimen de refinanciación; soluciones preconcursales inexistentes; interés público abstracto; conservación de la empresa; igualdad de los acreedores; protección de las relaciones laborales; régimen sancionatorio del deudor y terceros; régimen de ineficacia y de revocación de actos excesivamente riguroso; liquidación de bienes con garantía de recuperación de la empresa; judicialidad del proceso (pp. 51-52).

En 1991 a través del Ministro de Justicia se convoca una comisión para reformar la ley 19.551. La intención era mantener la estructura de la ley a ser reformada, pero con novedades de las legislaciones modernas de la época. Así, el 7 de agosto de 1995 fue promulgada por el poder ejecutivo la actual ley de concursos y quiebras, ley 24.522.

Vítolo (2016), uno de los responsables de este nuevo proyecto de Ley de Concursos explica que la ley 24.522 renovó el concepto de prevención de insolvencia y de este modo la nueva ley agregó: la revalorización de los principios de conservación de empresa; flexibilización del régimen de contratos en ejecución; la mayor participación de los acreedores; la construcción de un nuevo sistema de inhabilitaciones; incorporación de terceros en los mecanismos de salvataje de empresas en crisis; rediseño de los sistemas de ineficacia y responsabilidad (p. 56).

5. En Brasil

El régimen de quiebra en Brasil tiene sus raíces oriundas del derecho romano y está presente desde el momento del descubrimiento del país (año 1500), colonia portuguesa. El instituto de la quiebra era regulado por las Ordenanzas Alfonsinas, vigente en Portugal y también utilizado en Brasil.

Perin Junior (2009) divide el período histórico del derecho de quiebra brasileño en pre-republicano y republicano. El período pre-republicano se inicia con la revisión de las Ordenanzas Alfonsinas por Don Manuel, en 1514, que la publicó en 1521, denominándola ahora Ordenanzas Manuelinas, que tiene como característica la prisión del deudor hasta que cumpla sus obligaciones con el acreedor, pudiendo ceder sus bienes para tal liquidación, por influencia de los estatutos italianos medievales (p. 11).

La preocupación específica con la quiebra del comerciante sólo ocurrió con la ley de 8 de marzo de 1595, promulgada por Felipe II de España, y que se convertiría en 1603 las Ordenanzas Filipinas. En ese régimen, como explica Almeida (2017), se hacía una gran distinción entre:

...comerciantes "que se levantaban con hacienda ajena " y los que cayeran" en pobreza sin culpa suya, equiparando a los primeros a los ladrones públicos, inhabilitándolos para el comercio e imponiéndoles penas que variaban [desde]

la pena de muerte, no incorporando en castigo los segundos, que podían componerse con los acreedores (pp. 31-32)

Terminando el período pre-republicano, surgió la carta de 13 de noviembre de 1756, promulgado por el Marqués de Pombal, y caracteriza un marco importantísimo en el derecho concursal brasileño, pues como explica Waldemar Ferreira (1955) (Elcio Perin Junior, 2009):

Se introdujo un originalísimo y auténtico proceso de quiebra, nítida y acentuadamente mercantil, en juicio comercial, exclusivamente para comerciantes, mercaderes o hombres de negocios, bajo la influencia, por cierto, pero con más sencillez, y con mayor espíritu de humanidad, que el de las mujeres Ordenanzas francesas de 1673, y del de las españolas... (p.12)

La carta de 1756 conoció cuatro tipos de insatisfacción de pagos: la impuntualidad, falta de pago en día; punto, parada total de pago; quiebra, imposibilidad de pagar sus obligaciones; bancarrota, quiebra fraudulenta y los culpados condenados como ladrones públicos. Se estableció en el sistema de quiebras brasileño hasta 1850 cuando se promulgó la ley número 556, de 25 de junio de 1850.

Esta nueva ley era fundada en el código comercial francés de 1807 y destinó 114 artículos del código comercial brasileño para asuntos falibles. Fue una ley muy criticada por crear un proceso de quiebra muy complejo y por tener excesiva atención a los intereses de los acreedores.

Araújo (2009) exalta que el código de 1850 adoptó el concordato por abandono, instituto que tenía como objetivo evitar la quiebra y demostrar buena fe del deudor ante la entrega de sus bienes a los acreedores. La moratoria también era aceptada para el deudor que demuestre que su situación financiera no era suficiente para saldar sus deudas (p. 17).

El período republicano se caracteriza por una intensa elaboración legislativa en el derecho brasileño de quiebra. Entonces surge el decreto 917 de 24 de octubre de

1890, que de acuerdo con Negrão (2010) fue un decreto marcado por las innovaciones en el sistema bancario como: instituto de la continuación del negocio del fallido, acuerdos preventivos, posibilidad de moratoria, acuerdos extrajudiciales, cesión de bienes a terceros y otros recursos que buscaban la reestructuración comercial (pp. 24-25).

Mediante excesivo fraude en el decreto arriba mencionado, surge en 1902 la ley número 859, del 16 de agosto. Hechos destacados de esta ley eran la necesidad de acabar con prácticas fraudulentas desarrolladas tanto por acreedores como deudores, y el surgimiento del síndico. Pero la ley 859 no alcanzó lo esperado y en 1908 fue promulgada una nueva ley, la ley 2.024 de 17 de diciembre, de autoría de Carvalho de Mendonça, que rigió durante 21 años. Fue una ley caracterizada por la verificación y clasificación de créditos.

Después surge la ley 5.746, de 1929, que repara procedimientos e institutos de la ley anterior, y dispone otros requisitos objetivos para evitar la quiebra del comerciante. Rubin (1991) explica que esta ley se trata de un plexo bastante anticuado, pues estaba dedicada centralmente a la quiebra. Con relación a los procedimientos de concordato, esta ley adoptaba dos situaciones: el concordato preventivo, que tenía por objeto evitar la quiebra, donde el deudor mantiene la administración bajo una supervisión; y el concordato suspensivo, que tiene en mira la suspensión de los trámites de liquidación, donde el deudor propone soluciones a los acreedores. Era posible el deudor embargar cualquier pedido de concordato hecho por alguna infracción (p. 85)

Dieciséis años después esa ley fue sustituida por el decreto ley número 7.661, de 21 de junio de 1945. El decreto-ley 7.661 fue responsable por diversas innovaciones, pero cabe resaltar dos contribuciones importantes destacadas por Perin Junior (2009): la continuación empresarial pasa a ser un beneficio concedido por el Estado, por intermedio del juez; y el refuerzo del poder decisorio del magistrado, sobreponiendo poder de las asambleas de los acreedores (p.15).

En la ley de 1945 solamente el fallido podría pedir la continuidad de su actividad, lo que era vetado al síndico, al ministerio público, a los socios y a los accionistas. Después del pedido del fallido el síndico indicado por el juez y el curador se pronunciaban, y posteriormente el juez analizaba el caso y veía si había posibilidad de recuperación de la empresa.

Por fin, el 9 de febrero de 2005 surge la ley 11.101 que revocó el antiguo decreto-ley de 1945, y está en vigor actualmente. Es una ley actualizada en lo que se refiere a la reorganización económica de la empresa y su mantenimiento en el medio social. Es una legislación preocupada por la función social ejercida por la empresa en la sociedad.

6. En Alemania, Estados Unidos y Francia

6.1 Alemania

En Alemania las cuestiones relacionadas con la quiebra y los concursos se encontraban reguladas por dos leyes distintas. La ley sobre quiebras, *Konkursordnung-KO*, de 10 de febrero de 1877, que pasó por alteraciones y entró en vigor en 1879, y fue modificada sólo en 1988, regulaba un proceso de insolvencia caracterizado por una rápida satisfacción de los acreedores derivada de la venta y reparto patrimonial del deudor.

Sobre la *Konkursordnung-KO* explica Riviera (1998):

Es común a comerciantes y no comerciantes, su presupuesto objetivo es la insolvencia (concepto equivalente a cesación de pagos); aunque también el excesivo endeudamiento da lugar a la quiebra; el desapoderamiento se limita a los bienes del deudor existentes al tiempo de apertura, por lo que se extiende a los que pueda adquirir después; se afirma que ello favorece a los acreedores, pues ha de tenerse en cuenta que el deudor no queda liberado de los créditos que resulten impagos en la liquidación falencial, por lo que interesa a aquellos el mejoramiento de la situación económica del deudor (p. 56).

El régimen del concurso preventivo, *Vergleichsordnung-VO*, surge en abril de 1935. Preveía en su artículo 1º la promoción de un acuerdo preventivo que tenía como objetivo evitar la quiebra. Esta ley pasó por diversas innovaciones y alteraciones en los años 1940, 1957, 1969, 1970 y 1976, pero su objetivo principal siempre fue permitir posibilidades de negociación al deudor honesto, en busca de la supervivencia de la empresa (Perin Junior, 2009, p.70).

Es importante destacar que el ordenamiento jurídico alemán cuando se habla de preservación de empresas fue referencia mundial en el modo como trabajó con las dificultades y problemas económicos principalmente en el período de la Primera Guerra Mundial. Primero por crear un procedimiento concursal especial para que aquellos que se encontraban en situación de insolvencia económica, no permitiendo que tomasen el patrimonio del deudor por un régimen de gestión controlada.

En segundo lugar, la autonomía del síndico, que según Perin Junior (2009) era nombrado para fiscalizar y administrar el patrimonio, investigar causas de la situación económica de la empresa, y era encargado de luchar por la integridad del patrimonio, asegurar el mantenimiento de la actividad empresarial pudiendo asumir la responsabilidad de la administración de la empresa o delegar a personas especializadas para ello (p. 71). Las palabras de Rubin (1991) complementan:

Se trata de un funcionario que goza de muy amplios poderes y de la mayor libertad de decisión, por lo menos, si lo comparamos con el curador italiano o el síndico argentino. Se ha llegado a sostener que la calidad del curador es lo que determina la suerte del concurso. Tan importante es este funcionario que buena parte de la jurisprudencia lo considera como órgano de carácter público, encargado de tareas oficiales (p. 63).

Por último, como consecuencia del desuso y la necesidad de innovación fue instituida la actual ley alemana de insolvencia, *Insolvenzordnung*, de 5 de octubre de 1994, que entró en vigor en 1999.

Negrão (2010) habla sobre la opción elegida por el legislador alemán en utilizar el sistema concursal unitario en la nueva legislación, y aclara:

Bajo la denominación genérica de acción de insolvencia puede ocurrir la liquidación del patrimonio del deudor, presentación de un plan de insolvencia que busca el pago a los acreedores o una operación de transformación, incorporación, fusión o escisión. El legislador dejó a la elección de los acreedores la forma a ser adoptada. Para eso, determinó que, en el plazo mínimo de tres meses, de la decisión de apertura del procedimiento de insolvencia, se celebrará una asamblea de acreedores para deliberar sobre la forma de proceder a la acción de insolvencia (p. 54).

Es decir, o se realizará la liquidación de bienes o se busca el reequilibrio patrimonial del deudor, según lo previsto legalmente a través del plan de insolvencia o transformación, escisión, incorporación o fusión.

6.2 Estados Unidos

En los Estados Unidos en 1867 surgió el primer procedimiento de recuperación de actividad empresarial, llamado Ley de compañías Ferroviales, con contenidos que regulaban la prevención de la liquidación de las empresas ferroviarias de la época.

En 1898, por medio de *Bankruptcy act*, hubo ampliación de este procedimiento para que englobase a todas las personas jurídicas. Esta reforma de 1898 "...no permitió que se dieran más que unos pocos procesos continuados, pues su finalidad central era la liquidación de bienes" (Rubin, 1991, p. 68).

En el año 1938 el ordenamiento fue reformado a través del *Chandler Act*. La nueva reforma estableció dos maneras de reorganización: la *corporate reorganization*, basada en la venta de la empresa a los acreedores, y el *arrangement* caracterizado por un acuerdo con los acreedores, buscando la reestructuración financiera de la empresa. Básicamente, explica Rubin(1991): "...introdujo cierta ductilidad en el

procedimiento. Se permitió desde entonces que un *receiver* dirija la venta de la empresa a los acreedores, y/o la reestructure financieramente” (p.69).

En 1968 se creó una comisión de reforma del derecho de quiebra norteamericana, *The Bankruptcy Commission*, cuya atribución era investigar prácticas y recomendar cambios en el contenido y la administración de la ley de bancarrota individual y corporativa. En 1973, el proyecto de reforma fue presentado al congreso estadounidense pero a raíz de los escándalos con relación al presidente quedó parado siendo finalmente aprobado en 1978 por el presidente Carter.

Entonces, después de 40 años del *Chandler Act*, fue sancionada una nueva ley de falencias, que entró en vigor el 1° de octubre de 1978, el *Bankruptcy Code*. Cargado de innovaciones, adoptó en su título XI el procedimiento reorganizatorio que podría ser pleiteado por cualquier persona que pudiera llenar la solicitud de liquidación como sociedad anónima, sociedad de personas, propietario individual, sociedades no personificadas (Perin Junior, 2009, p.57).

En la visión de Rubin (1991) este nuevo código trae aparejadas novedades y fue declarado inconstitucional en 1982 por la Corte Suprema por entender que los tribunales locales estaban asignando cuestiones federales:

...se elimina la vieja técnica de los actos de bancarrota, liquidándose la rigidez que tenía anteriormente. Se prenda a una unificación de la jurisdicción judicial, sustituyéndose el sistema de “referre” (jueces, desde 1974) dependientes de los tribunales federales, por un sistema por el que cada distrito judicial creaba su “corte de bancarrotas” (p. 69).

Esta decisión llevó el código a la reforma de 1984, que resolvió los problemas y competencia e introdujo un sistema de división de funciones administrativas y judiciales. Esta reforma también fue responsable de reunir en un solo procedimiento los dos trámites reorganizativos que se dispusieron en el *Chandler Act*.

La ley sufrió alteraciones en 1985 y tuvo sus últimas reformas en 1994 y 2005 Hoy legisla la insolvencia en cuatro procedimientos: el liquidativo, el especial para

personas públicas municipales, el reorganizativo o preventivo y aquel destinado a personas físicas no comerciantes (Graziabile, 2016, p. 28).

En el año 2005 se aprobó el *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection act*, que tiene como objetivo dar asistencia a los estadounidenses que perdieron el empleo y acumularon deudas u obtuvieron gastos médicos inesperados. Esta reforma constituye un procedimiento reorganizatorio para las personas que cumplan los requisitos legales, requieran el concurso, y de esta forma, realicen al menos parte del pago de sus deudas.

6.3 Francia

En 1667, el Reglamento de Lyon fue la primera reglamentación sobre quiebra en el ordenamiento francés. De acuerdo con Graziabile (2016) ese tema fue inspirado en los estatutos italianos que fueron fundamento para las Ordenanzas francesas de 1673 (p. 17).

En 1807 surge el Código de Comercio, y en él se destaca un capítulo especial para quiebras, incluyendo temas como actuación de los acreedores, verificación de créditos, nulidades de actos perjudiciales a los acreedores, entre otras innovaciones, como cita Riviera (1998):

El código de 1807 trajo una regulación de la quiebra extremadamente severa para con el fallido. La falencia podía ser declarada no sólo a pedido del deudor – como lo era hasta entonces – sino también a pedido del acreedor y aun de oficio; ella importaba automáticamente el arresto del comerciante cesante en sus pagos; la bancarrota culpable era considerada delito y la bancarrota fraudulenta crimen, lo que sin embargo constituyó un avance respecto de la ordenanza de 1673, pues ésta sólo contemplaba la quiebra casual o la bancarrota fraudulenta (p. 42).

Después de aproximadamente 31 años surge la ley de 28 de mayo de 1838, que "...implicó un notable avance sobre la legislación precedente, pues condujo a una simplificación de los trámites y mayor celeridad del proceso" (Riviera, 1998, p. 42).

La ley de 1838 fue un marco importante con respecto a la preservación de empresas. Por lo que entiende Rubin, (1991): "...ya hablaba de la posibilidad de continuar la actividad de un quebrado, recogiendo la experiencia negativa de la unión de acreedores" (p. 29). Tal idea tenía por objetivo unir a los titulares de créditos de la quiebra para que operasen como una sociedad comercial, y así repartiesen los bienes y la producción del comercio quebrado.

En los períodos de poca expresión, *post* ley de 1838 vale resaltar las reformas significativas: la reforma de 1889 sobre procedimiento de liquidación judicial destinado a evitar la quiebra de comerciantes que caían en cesación de pagos. Y la reforma de 1935, que amplió el papel del síndico en los procesos, y descentralizó los acreedores del proceso concursal (Riviera, 1998, p. 43).

El 20 de mayo de 1955, período *post* segunda guerra mundial, la gran falta de crédito de la ley francesa hace surgir el decreto 55.583, que trajo consigo lo que Riviera (1998) denomina dos reformas fundamentales: la supresión del concordato resolutorio en la quiebra, medida de eliminación que se aplicaba a los comerciantes que han cesado en sus pagos y que no merecen ser liberados de las incapacidades de este procedimiento; y la transformación de la liquidación judicial en arreglo judicial, que permitía al deudor continuar con la explotación de su comercio en concurrencia con un administrador (p. 43).

No obstante, el 13 de julio de 1967 surge una nueva ley francesa de quiebras que modifica el fundamento del concurso francés.

Como enseña Rubin (1991) el régimen concursal francés giró alrededor de tres procedimientos colectivos: el procedimiento extraordinario de la suspensión provisoria de las ejecuciones, el reglamento judicial y la liquidación de bienes. En los tres procedimientos quedaban como sujetos los comerciantes y todas las personas morales, incluso los comerciantes que estuvieran en cesación de pagos. La

suspensión provisoria de las ejecuciones procuraba el saneamiento de la empresa a través de un plan de reorganización, mientras el reglamento judicial posibilitaba un concordato del deudor con sus acreedores, y la liquidación de bienes era la realización del activo del deudor (p. 34).

La idea de recuperación de empresas en ese momento en Francia estaba destinada, principalmente, a las individuales o las pequeñas empresas. Además de que esta idea de dar continuidad a la actividad empresarial necesitaba ser aliada a conceptos y estudios económicos pues para ellos las empresas inviables debían ser eliminadas del mercado. Las palabras de Perin Junior (2009), destacan esta situación:

El criterio de la empresa pasible de recuperación, en Francia, dependía mucho más de una noción económica que de las faltas cometidas por el deudor o administradores de la sociedad. lógicamente que ese criterio de la racionalidad económica resultante de las posibilidades objetivas de recuperación siempre fue mucho más difícil de administrar que el criterio jurídico basado en los errores de una gestión temeraria (p. 77)

Como se dijo, el enfoque principal del instituto de recuperación de empresas traído por la ley de 1967 eran las pequeñas empresas y las individuales pues los mecanismos legales no fueron suficientes para alcanzar a las grandes empresas. Sin embargo, para suplir esa deficiencia legal se elaboró un plan de recuperación y rectificación del pasivo conjugado mediante la suspensión provisional de las demandas judiciales.

Se hace importante mención a la separación de los conceptos de empresa y empresarios traídos por esta ley, además de ya disponer sobre reglamento judicial, liquidación de bienes, suspensión provisional de las ejecuciones y otras medidas.

Después de muchos fraudes y cambios realizados en la ley francesa, es importante resaltar las reformas de 1984 y 1985, que sancionaron leyes fundamentales para el desarrollo del instituto que busca la continuación de la actividad empresarial.

Básicamente el nuevo ordenamiento concursal francés, en relación a la preservación de actividad empresarial, se destaca en 3 aspectos: prevención de las dificultades de las empresas; previsión de institutos de carácter extrajudicial para prevenir y afrontar las dificultades; y la instigación de procedimientos judiciales para la recuperación y liquidación de empresas (Perin Junior, 2009, p.79).

La ley de 1985, en su artículo primero menciona el procedimiento de recuperación judicial, intentando armonizar y preservar la unidad productiva, con el mantenimiento del empleo, y la satisfacción de los acreedores.

Se percibe claramente la intención del legislador que fue la preservación de la empresa, y en consecuencia, mantener la actividad económica, empleos, protección del crédito y, por último, la satisfacción de los acreedores. Algo que desde el punto de vista histórico rompe un paradigma tradicional del derecho concursal.

Otra medida tomada por esta reforma fue la cuestión de la "observación de la empresa", hecho indispensable para que se decida si podrá continuar en actividad o pasará a liquidación de bienes (Rubin, 1991, p. 40).

Por más perfectas que fueran las reformas hechas en la ley francesa, el número de empresas que continuaban sus actividades era muy bajo y el número de desempleados muy alto, hasta que entonces, en 1994, se realizaron nuevas reformas en la ley.

7. Conclusiones

En los estudios históricos del derecho concursal es posible entender que desde sus orígenes ya no se limitaba solamente a la quiebra. Desde su inicio se han conocido soluciones y procedimientos preventivos de la quiebra.

El derecho concursal se origina en la necesidad de satisfacer a los acreedores de la persona que no logró cumplir con sus obligaciones, esto es, el deudor. Históricamente la ejecución de deudas era basada en la punición del deudor, que

podía ser castigado, torturado, esclavizado o muerto por el acreedor que tenía libertad y permiso judicial para hacer.

Con el desarrollo del derecho concursal, en la edad media, surge una corriente que centraliza al Juez en el proceso, entonces pasa a manipular y conducir la sanción del deudor para defender el interés de los acreedores. Y luego el Estado se hace responsable de las relaciones de crédito y, consecuentemente, se vuelve regulador de las acciones de ejecución.

En el período contemporáneo las empresas ganan valor y prestigio, y cada vez más el derecho privado se alía al derecho público en busca del intercambio de intereses y satisfacción social. La necesidad de mantener las fuentes de trabajo, de servicios y bienes crece cada vez más, y el legislador sintió obligación de atender el interés colectivo tanto cuanto el interés de los acreedores.

En Argentina, la continuación de la actividad del quebrado surgió en 1859 pero su principal objetivo era la satisfacción de los acreedores y no el interés colectivo. Ya, en Brasil en 1890, surge el instituto de la reunión del negocio del fallido, recurso preventivo, posibilidad de moratoria, recursos extrajudiciales, cesión de bienes a terceros y otros recursos que buscaban la reestructuración comercial.

El gran destaque es la legislación alemana que en 1935 abordó la reestructuración del negocio en quiebra, pero de manera muy moderna dispone de un síndico con amplia autonomía y responsable de gestionar y asegurar el mantenimiento de la actividad empresarial.

La legislación estadounidense, muy temprano en 1867, comenzó a hablar de la recuperación empresarial, y cada vez más perfeccionó el procedimiento legal reorganizatorio de la empresa, siendo bases de diversas legislaciones falibles, incluyendo Brasil y Argentina.

En Francia, se habló de la continuidad de la actividad empresarial la primera vez en 1838, cuando se permitió a los titulares de crédito continuar con el comercio para que repartiesen los bienes y la producción.

De la síntesis histórica del derecho concursal es posible destacar algunas fases: poder de ejecución en manos de los acreedores; derecho concursal regulador de las ejecuciones; judicialización del derecho concursal; prevención del estado de liquidación; y recuperación de empresa.

8. Bibliografía

Almeida. A. (2017). *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. São Paulo: Saraiva.

Araújo. J. (2009). *Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva.

Graziabile. D. (2016). *Manual de Concursos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Junior, W. (2015). *Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas.

Junior. E. (2009). *Preservação da Empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva.

Maciel, H. (2017). *El Concurso Preventivo*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Negrão. R. (2010). *A Eficiência do Processo Judicial na Recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva.

Rivera, J. (1998). *Instituciones de Derecho Concursal: Tomo 1*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Rubin, M. (1991). *Continuación de la Actividad Empresaria en la Quiebra*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Vítolo, D. (2016). *Manual de Concursos y Quiebras*. Buenos Aires: Estudio.