

La naturaleza jurídica del acuerdo preventivo bajo la teoría
de sistemas sociales complejos
The Legal Nature of the Plan of Reorganization
Under Complex Social Systems Theory

ALEXIS MATÍAS MAREGA

Universidad Católica de Santa Fe, Santa Fe, Argentina

Correo electrónico: amarega@ucsf.edu.ar

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1420-9836>

Resumen

El estudio analiza la naturaleza jurídica de los acuerdos preventivos concursales, destacando su importancia en los procesos concursales. Se exploran diversas teorías doctrinales, incluyendo la contractualista, la procesalista y la de obligación legal, cada una con sus argumentos y críticas. El trabajo enfatiza la necesidad de comprender la esencia del concordato para mejorar la legislación concursal y propone una visión sistémica y compleja que integra aspectos jurídicos, económicos y sociales. Esta interpretación de la naturaleza del concordato busca una solución integral a las crisis empresariales, más allá del simple desequilibrio económico-financiero.

Palabras clave

Naturaleza jurídica, Concordato preventivo, Sistema social.

Abstract

This study analyzes the legal nature of insolvency pre-trial agreements, highlighting their importance in bankruptcy proceedings. Various doctrinal theories are explored, including contractualism, proceduralism, and legal obligation, each with its own arguments and criticisms. The paper emphasizes the need to understand the essence of the concordat to improve bankruptcy law and proposes a systemic and complex view that integrates legal, economic, and social aspects. This interpretation of the nature of the concordat seeks a comprehensive solution to business crises, beyond simple economic and financial imbalances.

Keywords

Legal Nature, Preventive Concordat, Social System.

1. Introducción

Los acuerdos preventivos concursales resultan ser el alma (o corazón) de los procesos concursales. Aquí van a converger todos los esfuerzos de la deudora para poder arribar a un acuerdo con sus acreedores y salir airosos de la crisis en la que se encuentran. Pues, al presentarse en concurso preventivo la sociedad en *default* solicita el amparo judicial con un doble fin: evitar las ejecuciones individuales y poder lograr un acuerdo con todos (o la mayoría) sus acreedores de manera ordenada, general e igualitaria, consagrando de este modo los principios de universalidad e igualdad entre los acreedores.

La ley concursal, al considerar que una empresa en marcha resulta beneficiosa para la comunidad en la que se desarrolla, protege su funcionamiento y establece parámetros o lineamientos



que se deben seguir para transitar por el período concursal de la manera más ordenada y rápida posible, intentado arribar a la etapa más importante con un cúmulo de información -tanto para la empresa en crisis como para sus acreedores- que le permita efectuar una propuesta de concordato acorde a las posibilidades de la primera y analizar objetivamente para adherir o no, a los segundos.

Este período, sin ser conclusivo debido a que las instancias posteriores acarrear consecuencias de importancia trascendental para la vida del concursado como para los acreedores, dependiendo del cumplimiento del acuerdo homologado, es la llave que puede destrabar el conflicto suscitado entre empresario y acreedores, pero que también interesa al Estado en cuanto explotación económica útil para las comunidades y generadora de fuentes de trabajo.

Para poner a analizar acabadamente este instituto debemos comenzar con la esencia del mismo, esto es, estudiando su naturaleza jurídica.

2. Naturaleza jurídica del concordato preventivo

A pesar de la generalizada creencia en la doctrina sobre la inutilidad del análisis (Di Marzio (2020, p. 1)¹, para comprender los aportes que éste realiza a los objetivos concursales y cómo una instancia tan sustancial del proceso es clave para lograr los fines de la ley, haremos un repaso sobre las diferentes posturas doctrinarias al respecto.

En esta inteligencia, resulta relevante considerar el pensamiento de Belfer (1936, p. 73), al cual adherimos, que ha sustentado el afán por encontrar la naturaleza jurídica del concordato:

Yo creo que, en realidad, ninguna institución jurídica puede conocerse sin entender su naturaleza; y que, el derecho cuando no se basa inmediatamente en la naturaleza íntima de sus institutos, es sólo una colección de casos, es una recopilación, es un museo, pero no una ciencia, ni un sistema.

El referido autor insiste en el estudio de la naturaleza jurídica haciendo una exquisita comparación, al sostener que quienes profesan el derecho y no conocen las inquietudes del que quiere conocer en cada caso la naturaleza de las instituciones, parece que son como los músicos, capaces de tocar de oído, lo que ya han escuchado, repitiéndolo según su memoria o habilidad. En cambio, el que conoce los fundamentos de la institución es como el que conoce la teoría de la música y que puede ejecutar cualquier pieza, aunque no la haya oído nunca.

La doctrina se clasifica en contractualistas, procesalistas (o concursalistas) y las que postulan que se trata de una obligación legal. Entre quienes las proponen, destacan los clásicos quienes sostienen que el concordato es siempre, en su sustancia económica, una transacción entre deudor y acreedores, por lo cual la ley mantiene firme el principio que, como cualquier contrato, también la aprobación del concordato debe depender del consentimiento de los acreedores, manifestando con la tradicional doble mayoría de número y de suma (Williams, 1975, pp. 225 y 233).

Otros autores, de la talla de Massimo Ghidini y Ragusa Maggiore, niegan el valor de propuesta contractual a la instancia del deudor, que individualiza como el acto que pone en movimiento el mecanismo judicial del concordato, cuya naturaleza procesal es obligada. Consagran de esta forma la naturaleza concursalista del concordato, que no niegan la bilateralidad de las concesiones

¹ En similar sentido, Cámara (1978, p. 793) sostuvo que el problema de la naturaleza jurídica del convenio ha suscitado amplia polémica doctrinal -como repetimos-, quizá desmesurada, sobre todo si se tiene en cuenta que tratándose de una figura que tiene su más remoto antecedente en el marco del *ius honorarium*, su régimen jurídico ha de venir siempre condicionado por las exigencias impuestas por la realidad económica a la cual sirve, más que por las derivadas de la categoría dogmática en que se encuadre. Carrió (1968, p. 75), ha sido contundente al consignar que las afanosas pesquisas de los juristas por descubrir la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso, entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe. Los juristas persiguen lo imposible: una justificación única para la solución de todos los casos que caen bajo un determinado conjunto de reglas y aspiran a hallar un último criterio que valga para todos los casos.

ni la onerosidad del concordato pero tienen especial consideración a la homologación a instancia judicial, que le otorga al convenio de mayorías el rango de concordato (Junyent Bas, 2012, p. 38).

En idéntico sentido, Maffia (1997, p. 254) explica que el concordato era un instituto que, a lo largo de un proceso se conformaba en función de tres momentos característicos, a saber: propuesta del deudor, voto favorable de los acreedores y la homologación por el magistrado.

Por su parte, Alarcon Rojas (1997, p. 133) entiende que el concordato es un “negocio jurídico celebrado dentro de un proceso y que requiere como solemnidad la aprobación judicial”. Argumenta que la existencia de un proceso para la celebración del negocio en su seno persigue integrar a los acreedores de tal manera que constituyan una colectividad frente a cada uno de ellos individualmente considerados.

2.1. La naturaleza contractualista

La teoría contractualista postula que el concordato es un acuerdo (contrato) al cual arriban los acreedores y el deudor para poner fin a sus controversias, aceptando los primeros una propuesta de pago realizada por el segundo, extinguiendo las deudas antiguas mediante la novación. Para justificar el acuerdo de todos (o una mayoría de acreedores) ante una única propuesta, los autores recurren a dos teorías: la teoría de los contratos plurilaterales y la teoría del contrato único.

La teoría del contrato único entiende que el convenio se realiza con la masa de acreedores (Williams, 1975), manifestando que ésta es la forma racional, común y lógica para tomar decisiones cuando son varios los que deben expresar su querer, ya que si la voluntad fuera tan sólo la que se expresa por unanimidad rara vez podría llegarse a un convenio entre deudor y los acreedores (Alarcon Rojas, 1997, p. 133).

Esto es, conciben al concordato como un contrato celebrado entre dos partes, el deudor y los acreedores agrupados en la colectividad. Dentro de este grupo se encuentran las posturas de Rocco², Bonelli³ y Thaller⁴, aunque con características diversas en torno a cómo justifican la obligatoriedad del concordato a los acreedores ausentes y disidentes, todas ellas caen ante las mismas críticas que le ha efectuado la doctrina durante muchos años: la imposibilidad de concebir a los acreedores en una masa uniforme sin forzar su interpretación, pues cada uno de ellos busca satisfacer su propio crédito, detenidos en su voraz intento de someterlo a una ejecución individual por el paraguas judicial que obliga a todos a concurrir a un mismo proceso a “repartir en la escasez”.

La característica de los contratos es la posibilidad -amparados en la autonomía de la voluntad- de poder establecer, modificar, ceder o terminar una relación legal y patrimonial sujetos a los límites de licitud y vigencia del contrato. Di Marzio (2020, p. 1) sostiene que “el crédito deducido en el contrato se puede renegociar sin ninguna limitación y sin ninguna limitación se coloca por la garantía que le asiste”.

En esta hermenéutica, la autonomía de la voluntad se encuentra fuertemente restringida en tanto el juez puede rechazarla incluso habiendo obtenido las mayorías de votos necesarios para

² El autor italiano argumenta que desde la apertura del proceso concursal los acreedores ven modificada su condición jurídica, los que pasan a constituir una comunidad calificada. Agrega también que la imposibilidad de revocar tanto de la oferta como de la aceptación y el derecho de las partes de exigir la resolución del concordato, acreditan la existencia de un contrato. Cfr. Argeri (1972, p. 201)

³ Bonelli explica que los acreedores concurrentes constituyen la masa, la cual conforma una colectividad organizada que, a través de sus órganos, expresa la voluntad colectiva comprensiva de todas las voluntades individuales orgánicamente concertadas. En razón de ello, entiende que el contrato es celebrado entre el deudor y la masa, y la aceptación de la propuesta comporta un acto único de voluntad de aquella comunidad organizada. Cfr. Sirimarco (2014, p. 9)

⁴ Thaller expone su teoría de la masa como persona jurídica, equiparando al conjunto de acreedores a una persona de existencia ideal que obliga a disidentes y ausentes, por decisión de la mayoría. Cfr. Argeri (1972, p. 202)

su homologación (Di Marzio, 2020)⁵. Sobre este particular, Argeri destaca la imposibilidad de comprender qué especie de contrato constituye el concordato, en tanto el juez se encuentra en condiciones de negarle validez, incluso cuando haya concurrencia unánime de voluntades afirmativas del deudor y sus acreedores (Argeri, 1972, p. 202).

Esta característica de la homologación judicial se convirtió en el Talón de Aquiles de las posturas contractualistas, pues como sostuvo Londoño (1976), el elemento constitutivo de los contratos es el acuerdo de voluntades entre las personas que concurren a celebrarlo y que, justamente ese acuerdo produce obligaciones, y por lo tanto “si no nace la obligación, tampoco nace el contrato”. En este orden, el concordato es consecuencia de su homologación, no tanto porque ejercita su control sobre el consenso de los acreedores, sino porque concluye una serie de actos que perfeccionan el tipo (Sirimarco, 2014, p. 12).

Así, el mayor perfil de criticidad de la teoría contractual viene dado por la diferencia ontológica que discurre entre el contrato y el concordato: mientras que el consentimiento es propio del contrato, en el acuerdo preventivo algunos están en desacuerdo y otros permanecen ajeno, y sin embargo, por derecho positivo, el concordato obliga a todos. Rocco explicará que las concepciones más antiguas explican la naturaleza vinculante del contrato de concordato para acreedores disidentes y ausentes que reconstruyen su testamento como se presume (presuntos ausentes como consentido) o forzado (por la voluntad preponderante de la mayoría) o usando el esquema de representación legal (de la minoría por la mayoría) o finalmente la figura del contrato procesal (en el que la homologación del tribunal compensa la falta de consentimiento de todos los acreedores) (Rocco, 1902, p. 94).

En esta inteligencia, se observa que no existe libertad para elegir a los co-contratantes, pues la ley impide a los cónyuges y otros parientes de votar el acuerdo, y la legitimación para ser parte de este contrato se dará en dos momentos diferentes: mediante la apertura del proceso concursal (sin sentencia de apertura no hay proceso) y la resolución que declare verificado o admitido los créditos insinuados por los acreedores

Maffia (1988, p. 227) sostuvo que, si el concordato fuera tan solo un contrato, las partes tendrían derecho a promover su revocación, su revisión o su resolución, aunque la ley falencial solo permite su agresión mediante las causales previstas en la Ley Concursal para la impugnación del acuerdo preventivo. En idéntico sentido, la jurisprudencia ha manifestado: “la presunta naturaleza contractual del concordato no satisface plenamente una adecuada interpretación del instituto” (CNCom, 1989, s.n.).

2.2. La naturaleza procesal

Antes de la reforma de la Ley de Concursos y Quiebras del año 1995, a lo largo del proceso judicial, a cierta altura del trámite concursal, el concursado ofrecía un arreglo (‘propuesta’ de concordato), los destinatarios de la oferta votaban en una reunión *ad hoc* (‘junta de acreedores’), si el pronunciamiento de los acreedores era desfavorable se declaraba la quiebra, y si era favorable se pasaba al tercer tramo: la homologación, que elevaba el arreglo alcanzado entre deudor y acreedores a la entidad de concordato (Maffia, 1997, p. 254).

La naturaleza universal de los procesos concursales manda a llamar a todos los acreedores, y a todos ellos se les debe ofrecer una propuesta de acuerdo, pero cada uno vota (o se adhiere) de manera individual. Junyent Bas (2012, p. 56) se pregunta “¿cómo se extiende el supuesto contrato a los disconformes?”, enseñando que dicha dicotomía no ha podido ser superada aún

⁵ Destaca el autor que la diferencia evidente entre contrato y concordato está en el hecho de que mientras el primero es determinado por el consentimiento y por la decisión de cada acreedor exclusivamente por su cuenta, el segundo viene determinado por resolución mayoritaria (de personas y de créditos).

hoy en la doctrina. Los contractualistas -como se expuso en el título anterior- explican la cuestión recurriendo a la afirmación de que los acreedores actúan como comunidad, una rara comunidad donde cada uno tira para su lado y el único fin en que coinciden finca en cobrar lo suyo.

Los procesalistas interpretan que el sinalagma exige oferta y aceptación y al no existir “concurso” como ente con personalidad, no puede hablarse de una aceptación colectiva. Justamente esta misma interpretación exigirá la adecuación a una tipología normativa que impone el proceso judicial (Junyent Bas, 2012, p. 58).

Así entendida la cuestión, la homologación judicial se convierte en el requisito esencial para que el convenio se convierta en concordato (Maffia, 1997)⁶. Cámara, por su parte, enseña que no es sólo el acuerdo entre el deudor y la mayoría adherente de los acreedores lo que expresa legalmente la voluntad de éstos, no es la sola homologación lo que acredita la legalidad y conveniencia del acuerdo y considera al deudor merecedor del beneficio que solicita, sino que es el acuerdo y su homologación al mismo tiempo sobre la base de una disposición legal (Camara, 1978, p. 1090).

Para explicar esta cuestión, Junyent Bas (2012, p. 58) manifiesta:

las tesis procesalistas entienden que la opción contrato-proceso no compone una disyunción total, y que el concordato judicial, o sea procesal, se pide y concede, en un proceso compuesto de una serie de actos tendientes a verificar la legitimación de los acreedores y la aptitud y corrección de las correspondientes aceptaciones, de manera tal que no es solamente la mayoría quien vincula a la minoría, sino también la especial estructuración procesal.

Sin perjuicio de considerar tanto a Cámara como a Provinciali dentro de la teoría que aquí se analiza, el segundo (al igual que el referido Maffia) entienden que mediante la homologación el juez expresa una voluntad propia y exclusiva del órgano, cuya naturaleza es apta y directa para sustituir la voluntad de los sujetos interesados, aun de todos ellos (Provinciali (1974, p. 1889). Esto es, se alejan del concepto de proceso como unidad que propone Cámara, para consagrar la decisión del juez como eje central de la homologación del acuerdo; así lo explica Maffia (1997, p. 254) cuando sostenía que “(la) presencia del magistrado es creciente por la importancia cada vez mayor de plurales intereses, amén de los derechos del grupo creditorio, ventilados en los procesos concursales”⁷.

En idéntico sentido, Rivera enseña que “la homologación es la sentencia judicial que da imperio al acuerdo preventivo, haciéndolo obligatorio para todos los acreedores del concursado comprendidos en él, incluso para aquellos que no dieron su conformidad a la propuesta hecha por el concursado” (Rivera, 2003, p. 476).

Dentro de esta teoría, Provinciali describe al concordato como un proceso dominado por la oficiosidad hasta la sentencia homologatoria, a partir de la cual dicho carácter se hace excluyente; distinguiendo dos etapas, una concursal porque presupone la concurrencia del patrimonio y todos los acreedores, y una ejecutiva, porque procura el cobro de los créditos adeudados (Maffia, 1988, p. 230).

Por su parte, Bonfanti y Garrone (2020, p. 129) entienden que se trata de un proceso contencioso, pues es un proceso caracterizado por la actuación decisiva de la voluntad de los acreedores sobrevalorada en los términos de la actual LCQ, y con cierto acotamiento de las facultades del juez, en cuanto a homologación del acuerdo se refiere.

⁶ El autor sostuvo “los tres pasos eran necesarios, y a tal punto el tercero -la sentencia que homologaba- no podía faltar, que era pensable que alguno de los dos primeros faltase -hay precedentes-, pero no el tercero”, p. 254.

⁷ Alarcon Rojas (1997, p. 133) postula que “la exigencia de un proceso para que le deudor pueda celebrar un acuerdo con sus acreedores persigue que esos convenios se efectúen con observancia de aquellos postulados, principios y directrices que, en atención a la finalidad de la institución y los derechos que se pretenden tutelar con ella, constituyen normas que regulan situaciones en que está interesado el orden público social, jurídico y económico”.

Maffia (1988, p. 232) repasa la tesis que sostiene que el concordato resulta un proceso de conocimiento, donde en la sentencia que pone fin al trámite judicial operaría como una especie de ajuste entre la pretensión de los acreedores (que quieren cobrar lo suyo) y del deudor (que persigue una solución a su estado de cesación de pagos); y específicamente dentro de esta organización, el acuerdo preventivo sería como un “procedimiento cautelar”, orientado a la preservación del patrimonio del deudor con miras a la futura sentencia de homologación y al interés general entendido como el bien de la economía (p. 233).

Partiendo de la base de que el concordato posee una naturaleza procesal, los autores mencionados intentaron efectuar una definición específica referida a qué tipo de proceso se adapta el acuerdo preventivo. Sin perjuicio de ello, a los fines de evitar las críticas que le cupieron a los contractualistas, los autores de las teorías procesalistas han intentado explicar cómo y por qué el concordato se reputa obligatorio para todos los acreedores, incluyendo a los ausentes y disidentes, surgiendo diferentes teorías que se intentarán explicar brevemente.

2.2.1. Teoría de la decisión judicial

Basándose en la idea de que se reputaría injusto que la intransigencia de algunos acreedores perjudique los intereses comunes de todos, el magistrado corrige la deficiente voluntad de esa minoría, obligándola a consentir la oferta de pago contenida en la convención. De ese modo, explica esta teoría, el juez condena a algunos acreedores a consentir los términos del acuerdo, tornándolo obligatorio simplemente por imperio jurisdiccional. Es decir, la fuerza obligatoria del concordato para acreedores ausentes y disidentes emana de la sentencia judicial (García Martínez y Fernández Madrid, 1979, p. 448). En idéntico sentido, Argeri (1972, p. 203) expresó que el concordato es estrictamente una sentencia que pone fin al proceso concursal, de conformidad a los términos allí establecidos⁸.

La crítica que recibe esta postura se basa, principalmente, en el papel excesivamente principal que le otorgan a la actuación judicial. Matienzo (1927, p. 258) reflexiona en que, si fuera exacto lo sostenido en esta tesis, el juez se encontraría facultado a modificar las condiciones del acuerdo, atribución que no le es conferida por norma alguna, ya que su intervención se encuentra reducida a garantizar la legalidad del acto o negar su homologación por no corresponderse con los términos de la ley. En esta inteligencia, el juez no crea el derecho, sino que reconoce a uno preexistente (García Martínez y Fernández Madrid, 1979, p. 450).

2.2.2. Teoría del contrato procesal

Dentro de esta postura se encuentran quienes consideran al concordato como un acuerdo de carácter convencional y judicial, así como a los que sostienen que se trata de un contrato procesal con efecto civilista remisivo, que para producir efectos requiere del conocimiento y pronunciamiento judicial, donde el juez ejerce la función de policía judicial (Argeri, 1972, p. 203).

La doctrina que se enrola en esta teoría destaca que las partes de este contrato procesal son el deudor y los acreedores considerados individualmente, no siendo necesario el acuerdo de todos ellos en tanto el procedimiento es único y único es su derecho de prenda sobre el patrimonio del deudor, de igual modo, el resultado del procedimiento debe ser uno (Lodoño, 1976, p. 234). Entiende la teoría que la cuestión vertebral del concordato resulta ser la existencia de un proceso, un contrato celebrado dentro de un proceso concursal, pactándose el mismo durante un juicio entre el deudor y los acreedores (Sajón, 1957, p. 45).

⁸ El mismo autor, explica que Pollak entiende al concordato como un acto jurídico único conformado por la oferta del concursado, la aceptación de los acreedores y la aprobación judicial, donde los dos primeros momentos son algo así como la demanda y la contestación en un juicio, hasta que la sentencia absorbe estos dos elementos, tornando eficaz y válido el acuerdo.

García Martínez y Fernández Madrid (1979, p. 452) critican esta teoría por considerar que no logra resolver la cuestión de la obligatoriedad del concordato para los acreedores disidentes o ausentes, pues no explica por qué, aunque sea un proceso único debe terminar de la misma manera para todos. Por su parte, Matienzo (1927, p. 259) reprocha que la función judicial no es creadora, sino declarativa de derechos, por lo cual no deviene admisible que la actuación del órgano jurisdiccional sustituya la voluntad de la minoría.

2.2.3. Teoría de la decisión judicial aprobatoria del acuerdo entre deudor y la masa

Esta teoría parte de la concepción de que el proceso que caracteriza al concordato es un ejecutivo concursal, y como tal su naturaleza es cautelar y análogo a la quiebra, pero con intervención jurisdiccional de menor intensidad (Argeri, 1972, p. 203). En razón de ello, el procedimiento judicial tiene por objeto sustraer al deudor de la expropiación (desapoderamiento) que conlleva la quiebra, mediante el pago de un porcentaje igualitario garantizado (García Martínez y Fernández Madrid, 1979, p. 460).

2.2.4. Teoría del concordato como acto jurídico procesal

Argeri, quien resulta ser el principal impulsor de esta interpretación, considera que el especialísimo proceso concursal encuentra intereses superiores a los del deudor y sus acreedores, pues el Estado hace primar los propios, los cuales no son exclusivamente el orden procesal sino también sustancial. Así entendida la cuestión, el deudor no posee un derecho subjetivo de obtener la liberación de sus obligaciones sino tan solo un interés legítimo de naturaleza procesal (Argeri, 1972, pp. 205-207).

En esta hermenéutica, el concordato se presenta como un acuerdo entre deudor y sus acreedores, que se estructura en dos etapas (de aquí su naturaleza procesal): la primera refiere a la concurrencia de voluntades en el acuerdo entre deudor y acreedores y la segunda la aprobación judicial (Argeri, 1972, p. 208). Esta teoría le brinda al juez un relevante espacio pero restringido en cuando a sus facultades para modificar el acuerdo, no obstante lo cual, para constituir un acto jurídico procesal válido requiere que sea completado con el interés jurídico, económico y social que asiste al Estado, expresado mediante sentencia del órgano jurisdiccional que le reconoce virtualidad jurídico-legal (Argeri, 1972, p. 208).

Tanto esta teoría como todas las que componen la naturaleza jurídica procesal, fueron merecedoras de fuertes críticas practicadas por la doctrina especializada, al considerar que la oposición de la mayoría se impone al órgano jurisdiccional impidiendo que pueda dictar su homologación (Maffía, 1988, p. 220), lo que claramente constituye un insoslayable óbice a la conceptualización del concordato meramente como un proceso.

En idéntico sentido, el maestro Cámara (1978, p. 363) enseñaba que el concordato tiene como punto de partida la oferta del deudor, que debe ser votada favorablemente por la mayoría de sus acreedores. Luego, este acuerdo es homologado, pero esa aprobación judicial no altera la fuente convencional.

Otro aspecto a destacar es que los concursos preventivos son de naturaleza sustancial y no procesal en cuanto el proceso constituye el medio, pero no su finalidad la cual es la conservación de la explotación económica, la protección de las fuentes de trabajo, la economía general, el patrimonio del deudor y la satisfacción de los créditos de los acreedores (Marega, 2021)⁹.

Maffía (1988, p. 232) fue incisivo en las críticas que le ha formulado a esta teoría, al considerar que el concordato entendido como un proceso de cognición carece de respuestas para

⁹ Quintana Ferreyra (1985, p. 486) hace hincapié en la sustitución legal del término concordato por el de acuerdo, en alusión a la coincidencia de voluntades, conteste con la concepción del concurso como fenómeno de derecho sustancial y no procesal.

explicar la determinación del pasivo por la actuación casi dirimente del síndico, las facultades del juez para negar la verificación de los créditos insinuados, pese al reconocimiento expreso del deudor y el control de mérito de la sentencia homologatoria.

Sobre la naturaleza cautelar, entendió que la misma resulta inadmisibles por considerar que el objeto de las partes involucradas es la preservación de la hacienda con miras en el bien de la economía, cuando en realidad cada uno pretende por cuenta propia, preservar sus intereses personales (Maffía, 2988, p. 233). Agregamos, la cautelar -en términos procesales- tiene por finalidad prevenir un daño futuro, pero se agota con el dictado de una sentencia definitiva, cuestión que no se corresponde con el concordato que resulta ser la sentencia definitiva que pone fin al conflicto.

Respecto de la corriente que considera al concordato como un proceso voluntario, aun aceptando que su iniciación conlleve ese carácter, Maffía (1988, pp. 234-235) destaca que allí se agota, deviniendo inexorablemente inquisitivo en las subsiguientes etapas. En similar sentido, descarta la postura de la “jurisdicción sin acción”, pues ella nada explica sobre el concordato, en tanto depende de la voluntad de las partes involucradas. Esto es así en tanto el proceso no avanza sin el interés de las partes¹⁰.

2.3. Naturaleza jurídica de la obligación legal

La teoría de la obligación legal postula dos hipótesis. La primera refiere a que el concordato es obligatorio para todos los acreedores (sin distinción entre disidentes y ausentes) por imperio de la ley. La segunda, que la obligatoriedad -entre los que han adherido a la propuesta- proviene del contrato y para los ausentes y disidentes, por precepto legal (Sirimarco, 2014, p. 19). Para el creador de esta doctrina el concordato resulta un hecho jurídico al cual la ley le asigna el efecto de vincular a todos los acreedores, compuesto por la oferta y aprobación de las partes, sumado al decreto de homologación del tribunal¹¹.

Por su parte, García Martínez y Fernández Madrid (1979, p. 453) insisten en que el acuerdo concursal constituye un negocio jurídico proveniente de tres coordinadas declaraciones de voluntad: la del deudor, de los acreedores y del órgano jurisdiccional, pero le otorgan mayor preeminencia al último, pues entienden que es el único jurídicamente operante. Por su parte, Matienzo (1927, p. 261) enseña que la pluralidad de causas convierte al concordato en dos actos de distinta naturaleza, destruyendo la unidad de su concepto. Critica esta teoría por entender que no explica el fundamento de la ley para obligar a la minoría, considerando incongruente que ante su decisión expresa en rechazo de la propuesta, se le adjudique a la mayoría una representación o gestión de negocios que contraría su voluntad.

2.4. Teoría del Instituto Judicial

Destacada doctrina ha caracterizado a la naturaleza jurídica del concordato como un instituto judicial autónomo, integrado por una serie de elementos que mediante su descripción en conjunto, permiten una elaboración racional adecuada al material empírico bajo análisis (Maffía, 1988,

¹⁰ En otros trabajos (Marega, 2022) se ha explicado que los institutos de la caducidad, la regla de la inapelabilidad de las sentencias y la automatización de los plazos -que conforman la “peligrosa triada procesal- responden al interés del Estado de darle impulso al trámite, más no al concepto de oficiosidad, manteniendo la jurisdicción voluntaria del deudor. Algunos ejemplos de ello resulta ser el artículo 30, LCQ, que tiene por desistido del proceso si el deudor no cumple con la publicación de edictos, el artículo 32, LCQ que obliga a los acreedores a solicitar la verificación de sus créditos a los fines de poder participar en la votación de la propuesta, el artículo 43, LCQ que le brinda un plazo dentro del cual el deudor debe obtener las mayorías para homologar el acuerdo propuesto, bajo apercibimiento de quiebra, entre otros.

¹¹ La doctrina no es conteste en cuanto la atribución de esta teoría. Sajón (1957, pp. 42-43), se la atribuye a Oetker, mientras que Matienzo (1927, p. 261), sostiene la autoría por parte de Löhr, quien asimila la figura del concordato a una estipulación a favor de terceros, señalando que los efectos provienen de dos causas diferentes: el contrato para los acreedores adherentes y para disidentes y ausentes, la ley.

p. 244 y Sirimarco, 2014, p. 21). Destacan los autores que el contrato preventivo es concebido en el marco de un proceso concursal que debe ser incoado, necesaria y exclusivamente por el deudor, quien además tiene la carga de realizar la propuesta de acuerdo.

Dada así la cuestión, se trata de un negocio jurídico plurilateral, pues si bien la propuesta parte unilateralmente, puede ser diferenciada e incluso alternativamente para algunas categorías y la conformidad o aceptación se concreta plurilateralmente, atento a que cada acreedor se expresa individualmente con relación a las propuestas a ellos efectuadas (Graziabile, 2004), sin perjuicio de lo cual la sentencia homologatoria se convierte en el elemento constitutivo del tipo, pues antes de ella, solamente existe un proyecto de concordato.

Así, esta teoría entiende la naturaleza jurídica del concordato como un acto jurídico típico y complejo¹², conformado en el marco de un proceso especial, con la participación del deudor concursado y los acreedores invocados a tal efecto, los cuales mediante la expresión de su voluntad componen su base consensual, que debe necesariamente ser integrada por una disposición judicial aprobatoria.

3. El concordato como acto jurídico dentro de un sistema complejo

Las teorías descriptas buscan, sin resultados alentadores, encontrar la esencia del concordato, lo que resulta necesario para comprender su génesis, funcionamiento y proyección.

Si nos posicionamos en la idea de que el acuerdo preventivo es un contrato, poco margen de maniobra dejará para la actuación judicial quien no tiene más que analizar la legalidad del acto. Aunque la praxis tribunalicia indique que el margen de legalidad, incluso sin caer en las zonas grises de ésta, no siempre se traduce en justicia. Así, pueden observarse acuerdos preventivos homologados que han castigado fuertemente a los acreedores con quitas muy altas y esperas sin intereses, sin salirse del margen de legalidad que plantea la ley concursal.

En cambio, si la tesis de la naturaleza jurídica como proceso es demostrada y aceptada, la concatenación de actos cumplidos de manera taxativa conllevaría a su homologación, aunque nuevamente caben las observaciones efectuadas en el párrafo anterior. El alea es muy grande si tenemos en cuenta que uno de los principales objetivos del proceso concursal es la protección de la economía general, de los créditos de los acreedores y del funcionamiento general de la sociedad. La cadena de pagos se recupera, pero los costos suelen ser mal soportados por sujetos que, apartándose de la teoría del esfuerzo compartido, deben cargar con las pérdidas de un negocio empresarial que le es ajeno.

Sin perjuicio de ello, no podemos descartar ninguna de las reflexiones que se han realizado en las diversas teorías analizadas, pues todas ellas aportan una visión, una manera de entender el concordato desde la posición en la cual se la está analizando, y sin embargo todas ellas no se encuentran erradas ni mucho menos, sino que su entendimiento es completo desde el ámbito en el cual fueron analizados y recabada la información que se utilizó para arribar a las conclusiones¹³.

El acuerdo preventivo no puede estudiarse aislado del proceso al cual pertenece, pues no tiene ningún tipo de asidero jurídico intentar aplicar un concordato fuera de un proceso

¹² Monti (2000) explica que el concordato constituye un acto jurídico complejo -más complejo que un contrato-, ya que debe ser integrado no solo por la expresión de la voluntad de los acreedores a la propuesta del deudor, de acuerdo a una mayoría especial fijada por la ley, sino también por la voluntad del órgano jurisdiccional, que dispone su homologación. Así también lo entiende Sirimarco (2014, p. 22)

¹³ Cáceres Nieto (2018) explica que las distintas formas en que la dimensión sincrética puede ser estructurada, presupone distintos estilos de procesamiento de información por parte de los sujetos cognoscentes. El autor realiza una detallada identificación del funcionamiento del pensamiento, dividiéndolo en pensamiento 1 y pensamiento 2 (modelo mental 1 y modelo mental 2), explicando la generación de uno respecto del otro, de tal forma que la relación entre modelos y construcción de la realidad es la siguiente: el modelo 2 es el generador de los modelos 1 (emergentes) que corresponden a esquemas cognitivos cuyas implicaciones senso-perceptivas determinan lo que sumimos como realidad.

concurzal¹⁴. Éste es el caparazón de aquel, y aquel resulta ser el corazón de éste; y como caparazón y corazón, su comprensión necesariamente debe ir unida; estudiarlo como un todo, donde cada parte genera a su vez un microsistema del cual depende y al cual se debe, pero que forma con ello el sistema global al cual pertenece, pero que lo excede.

Estas cuestiones, más cercanas a la teoría del instituto judicial, forma parte de la interpretación como sistema social complejo. Con razón Luhmann expone que “el sistema no existe en sí mismo sino que sólo existe y se mantiene gracias a su distinción con el entorno” (Urteaga, 2010, p. 303), para luego alentar a abandonar el viejo sueño de comprender el mundo como una unidad, desde la posición casi divina, y de descubrir un sentido unificado tras la sociedad, haciendo derivar la sociedad de la naturaleza del hombre o de un contrato, para concentrarse en una comprensión del mundo en términos de redes de observadores cruzados y horizontales, que no pueden ser unificados por una observación totalizada (Urteaga, 2010, p. 303).

Si comprendemos que una ley es la expresión de un deber con carácter permanente, y su auténtico sentido moral está en la perspectiva de liberación que plantea, entonces el valor de la ley está en su finalidad. En cada ley -al abordarla e interpretarla- hay que descubrir el espíritu, el valor que impone o protege, y como tal ese espíritu puede encontrarse dentro o fuera de la ley. Afirma Vítolo (2021, p. 1) que el proceso de análisis e interpretación debe adentrarse en el sentido último, en el espíritu de la ley, con el objeto de poder descubrir cuál es la finalidad o el bien que persigue o que protege.

Entonces, esa finalidad excede con creces al ámbito jurídico, se ubica -también- en la economía, en el bienestar social, en el crecimiento de las comunidades, en los sentimientos de confianza, desazón, fracaso o entusiasmo de deudores y acreedores, se encuentra en la protección de las fuentes de trabajo, en la mano de obra y la generación de empleo. Estas cuestiones que se entrelazan no se excluyen, sino que se complementan. Y las crisis empresariales -que aquí estudiamos- deben ser abordadas mediante un pensamiento sistémico que abarque, contenga pero que no se limite a las áreas de derecho, economía, sociología, psicología¹⁵, finanzas, biología, sólo por nombrar algunos, pues la solución -como se advertirá en su oportunidad- se verá plasmada en un concordato que deberá contemplar todas y cada una de las variables presentes en un conflicto que excede por mucho el simple desequilibrio económico-financiero del balance de alguna sociedad comercial.

Para que ello sea posible, debemos abordar la cuestión desde la complejidad del sistema¹⁶, pues el mundo no está dado, sino que emerge de la interacción del observador y del observado. Cualquier descripción implica al que describe. La teoría de los sistemas desarrolla la idea que cualquier observación esconde su origen y consta, por lo tanto, de una “mancha ciega” que solo puede desaparecer con otra observación, es decir con la creación de otra “marcha ciega” (Urteaga, 2010, p. 306). En esta inteligencia, buscar encontrar la naturaleza jurídica del concordato analizándolo sólo desde el derecho implica la aparición de incongruencias o “manchas ciegas”, que terminan por mostrar inconsistencia en la propuesta.

En definitiva, si aceptamos que las insolvencias empresariales exceden el ámbito del derecho, afectando a distintos actores sociales, pero también interesando para su análisis a diversas

¹⁴ Al analizar la naturaleza jurídica de los Acuerdos Preventivos Extrajudiciales, se ha concluido que éstos son contractuales hasta tanto son presentados a los tribunales, donde su naturaleza muta para convertirse en una de naturaleza mixta, compartida entre los contratos y los concursos. Marega (2020)

¹⁵ Alegria (2009, p. 35) expresa: “no puede dudarse de que una situación de crisis provocada por la insolvencia, la estabilidad emocional y el impacto psicológico consiguiente es significativo”.

¹⁶ Urteaga (2010, p. 304) enseña “las sociedades modernas se caracterizan por una diferenciación de sus sistemas en subsistemas, entre los cuales figuran los subsistemas político, económico, artístico, religioso o educativo. Cada uno es autopoietico y no se trata de una estructura o un conjunto ordenado de elementos determinados. El sistema está cerrado por sus propias operaciones y su entorno solo le afecta en la medida en que lo ha determinado”.

disciplinas científicas, concluiremos que el proceso concursal es uno complejo, y como tal su solución -el concordato- también lo es, reconociéndole una naturaleza jurídica compleja, no en el sentido de difícil comprensión sino como elemento de la complejidad¹⁷.

4. Conclusiones

La naturaleza jurídica del concordato preventivo es un tema complejo que ha generado diversas interpretaciones doctrinales. A lo largo del estudio, se han analizado las teorías contractualistas, procesalista y de obligación legal, cada una aportando perspectivas valiosas sobre cómo entender este instituto.

El estudio de la naturaleza jurídica del concordato demuestra que las teorías tradicionales —ya sea que lo consideren un contrato o un proceso— resultan insuficientes si se analizan de forma aislada. La realidad de la praxis judicial revela que el estricto cumplimiento de la legalidad no siempre garantiza la equidad, especialmente cuando los acreedores soportan costos desproporcionados en pos de la recuperación de la cadena de pagos. Por ello, el acuerdo preventivo no puede entenderse como un elemento autónomo, sino como el “corazón” de un sistema concursal que actúa como su “caparazón”, exigiendo una interpretación integral que supere las visiones fragmentadas.

Bajo una perspectiva sistémica, se entiende que la insolvencia empresarial es un fenómeno complejo que trasciende lo estrictamente jurídico para impactar en la economía, la paz social y el bienestar de la comunidad. Para evitar las “manchas ciegas” que genera un análisis puramente legalista, es imperativo adoptar un enfoque multidisciplinario que integre el derecho con la sociología, la economía y la psicología. Así, el concordato emerge como una solución de naturaleza jurídica compleja, cuya finalidad última es proteger un bien común que excede el simple equilibrio de un balance financiero.

Referencias bibliográficas

- Alarcon Rojas, F. (1997). Notas sobre el acuerdo recuperatorio en Colombia. *Revista De Derecho Privado*, 2, 129–146.
- Alegria, H. (2009). *Entrepreneurship y aspectos humanos no patrimoniales de la insolvencia* (1º). Rubinzal-Culzoni.
- Argeri, S. (1972). *La quiebra y demás procesos concursales*. La Plata: Editora Platense.
- Belfer, F. (1936). Ensayo acerca de la naturaleza jurídica del concordato. *Revista Del Colegio De Abogados De Rosario*, VII (mayo-agosto), 29.
- Bonfanti, M. y Garrone, J. (2000). *Concursos y quiebras* (6º). Abeledo Perrot.
- Bonsignori, A. (1979). Concordato con acreedores. En Z. Bricola-Galgano-Santini (Ed.), *Ley concursal*. Bologna: Zanichelli.
- Cáceres Nieto, E. (2018, 27 de noviembre). *Complejidad y derecho: Un ensayo de constructivismo jurídico institucional con base en la Teoría de los Sistemas Complejos*. UNAM. VII Jornadas Internacionales en Filosofía del Derecho de la UNAM: Constructivismo Jurídico, Cognición, Complejidad y Derecho, México. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/55600>
- Camara, H. (1978). *El concurso preventivo y la quiebra*. Buenos Aires: Depalma.
- Carrió, G. (1968). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Santa Fe: Abeledo Perrot.
- Di Marzio, F. (2020). Introducción al concordato preventivo. *Ratio Iuris*, Abril, 1–28.

¹⁷ Maldonado (2009, p. 146) Sostiene que hay disciplinas sociales que han estado sistemáticamente carradas a los estudios sobre complejidad, siendo el derecho uno de los casos más conspicuos.

- García Martínez, R. y Fernández Madrid, J. C. (1979). *Concurso y quiebras*. Buenos Aires: Ediciones de Contabilidad Moderna.
- Graziabile, D. (2004). ¿Inconstitucionalidad del acuerdo preventivo homologado? *La Ley Buenos Aires*, 817.
- Junyent Bas, F. (2012). *La homologación judicial otorga al convenio de mayorías el rango de concordato* [tesis]. Universidad de San Pablo-T, Tucumán.
- Londoño S, D. (1976). Naturaleza jurídica del concordato mercantil. *Pontificia Universidad Javeriana Ciencias Jurídicas Y Socioeconómicas* (51), 235.
- Maffia, O. (1988). *Derecho concursal*. Buenos Aires: Depalma.
- Maffia, O. (1997). *Manual de concursos*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Maldonado, C. E. (2009). Complejidad de los sistemas sociales: un reto para las ciencias sociales. *Cinta Moebio*, 36, 146–157.
- Marega, A. M. (2020). Análisis crítico de los APE bajo la órbita de los principios concursales. *El Derecho*, LIX (290), 1–4.
- Marega, A. M. (2021). Los objetivos publicistas versus las instituciones privatistas: Análisis de las contradicciones en la concepción de la ley concursal argentina. *Práctica Y Actualidad Concursal* (Septiembre), 1–8.
- Marega, A. M. (2022). Los principios del Derecho Concursal procesal a la luz de la filosofía restaurativa. *Prudentia Iuris* (93), 179–203. <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.179-203>
- Matienzo, A. N. (1927). *Curso de quiebras*. Talleres gráficos Gio.
- Monti, J. L. (2000). El concordato como negocio jurídico. Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso. *La Ley*, F, 1089.
- Prono, R. (sin fecha). Algunos principios procesales concursales. *Asociación Argentina De Derecho Procesal*. <https://bit.ly/3dcASmp>
- Provinciali, R. (1974). *Trattato di diritto fallimentare*. Milán: Giuffrè.
- Quintana Ferreyra, F. (1985). *Concursos*. Astrea.
- Rivera, J. (2003). *Instituciones de derecho concursal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Rocco, A. (1902). *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento: trattato teorico-pratico*. Turín: Bocca.
- Sajón, J. (1957). *El concordato preventivo*. Buenos Aires: Imprenta Lorenzo.
- Sirmarco, S. (2014). La doctrina de los vicios de la voluntad como causal de impugnación del concordato. *Revista Argentina De Derecho Empresario*, C-618(14).
- Urteaga, E. (2010). La teoría de sistemas de Niklas Luhmann. *Contrastes. Revista Internacional De Filosofía*, XV, 301–317.
- Vitolo, D. R. (2021). Inteligencia Artificial (IA) y su utilización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad. *La Ley*, F(193), 1–7.
- Williams, R. (1975). *El concurso preventivo*. Buenos Aires: Plus Ultra.

Jurisprudencia

Cámara Nacional en lo Comercial, sala C, Oligon, SA, 27/11/1987, La Ley 1989-B, 385.