
¿DE NUEVO LA IGUALDAD EN LOS CONCORDATOS?

JOSÉ BOTTA ROCCATAGLIATA

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN

SUMARIO

Hace ya algún tiempo preocupado por lo que entendía una incorrecta aplicación del principio de Igualdad en los Concordatos preparé un artículo intitulado “Reordenación conceptual en el Tratamiento de los acreedores en el concordato preventivo” publicado en La Justicia Uruguaya¹. En forma más que casual y ya puesto el punto final a ese trabajo, autoridades de la Universidad de Montevideo me propusieron realizar una disertación sobre el mismo tema la que tuvo lugar en dicha casa de estudios. Al finalizar la disertación se me sugirió plasmar dicha exposición en un artículo para esta revista.

Este es el producto y espero que no sea idéntico al trabajo referido, pero si homogéneo en sus contenidos. También quiero señalar algunos aspectos que están presentes en mi espíritu al momento de encararlo. Siempre pensé complementar este tratamiento muy teórico del tema con algún comentario sobre producciones jurisprudenciales con lo que pondría en acción los principios que propugno, teniendo presente una referencia fáctica y una sentencia que ponderar y mantengo ese propósito.

Quiero también destacar la circunstancia que en estos momentos se sustancia una maravillosa polémica alrededor de un tema que presenta muchos puntos de contacto con los expuestos en este trabajo. Tiene como partes a los distinguidos profesores Juan E. Blengio, Santiago Carnelli y Oscar Sarlo que polemizan alrededor del tema “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad...”²

Al leer este trabajo se darán cuenta que está pensado y desarrollado en el marco del derecho concordatario. Es polémico, y por tanto, plantea matices interpretativos con autores de la especialidad. Desde ya que usamos como uno a los elementos centrales el principio de igualdad. Pero hay un enfoque y un horizonte diversos. Del debate de referencia soy espectador. Siempre sentí que la visión comercialista de los temas de derecho de concordatos tiene un estilo, a lo que hay que adicionarle las concepciones y los propósitos del autor. Tanto en el acierto como en el error, está es mi visión de un aspecto muy característico y exclusivo del derecho concordatario. Nuestros confesos propósitos apuntan a precisar que es la “Par conditio creditorum” expresión en latín que hace referencia a la igualdad entre los acreedores en un concordato.

Muchos han enunciado ese principio y en especial en nuestro medio se lo ha invocado, pero nadie en concreto ha determinado sus valencias dentro del sistema concordatario. Quizás porque lo consideraron obvio –que lo es- pero no fijaron sus valencias. Quizás porque la obvia solución no está expresada en las normas sobre concordatos sino que se encuentra en las normas constitucionales.

Y está allí, llamativa y rotunda desde el año 1830, esperando desde hace 177 años que se la convoque para entregar sus valencias al sistema concordatario. Deseamos precisar que es esa igualdad en función de la cual los acreedores van a cobrar en un concordato. Pues bien, a todo eso nos dedicaremos de aquí en adelante.

Pretendo nada más y nada menos que determinar como la igualdad, un viejo, vital y memorable principio constitucional, cargado de glorias y siempre invocado en verbos que exaltan los valores de la convivencia, ingresa al sistema legal concordatario. Si, a ese escenario donde las normas jurídicas luchan por regular y ordenar un conflicto plurilateral de intereses económicos donde todos los involucrados están embanderados del concepto más que egoísta del “primero cobro yo”. Esta rama del derecho que pretende

1 LJU T. 136, 2, 81

2 Ver anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXVII pág 395; XXXI pág. 597; Tomo XXXIII pág. 571 y Tomo XXXIII pág 481.

organizar ese caos, para que aunando esfuerzos y soportando en común los daños, entre los acreedores y el deudor, intenten superar la situación.

Como hemos señalado no nos satisfacen las construcciones de otros autores. Algunos sólo lo sobrevuelan haciendo referencias muy genéricas.

Otros están confundidos por la dinámica turbulencia de luchar todos los días con los rapaces intereses en juego. Otros sólo conocen el mundo de la teoría sin haber ensuciado sus zapatos en el barro de la realidad.

Los diversos actores que participan en un concordato tienen necesariamente que saber diferenciar, por un lado el trámite que la ley confiere a cada tipo concordatario y por el otro al verdadero epicentro de ese negocio jurídico que como tal se nutre exclusivamente por los sujetos de derecho que tienen en juego sus bienes en la medida que están pre-relacionados obligacionalmente.

Esos obligados (deudor y acreedores quirografarios) actúan sobre bienes y relaciones jurídicas que de acuerdo al derecho privado, y respaldados por el principio constitucional de libertad, son de su libre disposición. En ese ámbito siempre serán prevalentes sus decisiones en tanto y en cuanto respeten las limitaciones y los trámites que les fijan las leyes.

Los otros partícipes deberán asumir su rol secundario, respetando los principios constitucionales y los preceptos de derecho privado que elevan a primer plano las decisiones de las partes. Por ello deberán utilizar los poderes o facultades, entendiendo que les son conferidos con la finalidad específica de que los utilicen en tutela de las normas jurídicas, comprendiendo que no son, ni más ni menos, que parte de las formalidades del negocio jurídico concordato.

CAPÍTULO II.- LA IGUALDAD, LA LIBERTAD Y OTROS PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN AL DERECHO PRIVADO

Sección I.- Los principios constitucionales

Tras las expresiones “*Par conditio creditorum*”, o la también muy reconocida autonomía de la voluntad, se esconden o mimetizan grandes principios de nuestro ordenamiento jurídico. Los de la libertad y el de igualdad que tienen rango constitucional, lo que naturalmente lo ubican en el vértice de la pirámide con la que normalmente se representa el orden jurídico. A modo de explicación quiero dejar debidamente expresado que voy a necesitar por razones atinentes al tema que trato, referenciar esos dos principios constitucionales. A esta altura de mi formación no pretendo al momento de incursionar en el Derecho Público y de enfrentar la utilización de conceptos que han merecido la atención de grandes pensadores, otra cosa que delimitar lo más claro posible, las valencias de esos grandes institutos a través de las visiones de los especialistas.

No pretendo estudiar o marcar facetas ni de la igualdad ni de la libertad. Necesito poder operar con sus contenidos para la recta interpretación y aplicación de esos principios. Quiero que los lectores puedan conocer cuáles son los supuestos de mi razonamiento; están en juego el método expositivo y la cristalinidad.

Supongo que estos trabajos los leen gente del oficio que naturalmente han estado en contacto con esos principios y a ellos les muestro un supuesto de mi razonamiento.

Para otros que por curiosidad o compromiso recorren estas líneas lo dicho sobre esos temas será una instrumental introducción. Entonces voy a relatar sobre los conceptos de igualdad y libertad para que sepan lo que estoy diciendo. Pero no puedo ni quiero más.

Sección II.- La Igualdad

Este principio ha tenido acogida en nuestra carta magna desde 1830³ en los arts. 132 y el 131; en la reforma de 1918 fue en los arts. 148 y 147. Finalmente en el año 1934 adquirió tanto el número como la redacción que hoy ostenta en el artículo 8.

Podemos afirmar que tanto por la circunstancia netamente posicional de ser parte de la Constitución, conjunto de normas de máximo rango dentro de nuestro sistema legal, como por la dimensión que ostenta el concepto, se nos representa como un principio general que proyecta sus contenidos a todo el sistema jurídico en forma conceptualmente asimilable a como el sol que proyecta sus rayos sobre la tierra. Con acierto se ha dicho⁴ que actúa como un derecho relacional porque carece de contenido propio y pondera con sentido de evaluación dos entidades.

Nosotros a los efectos de dar un ejemplo de lo que decimos pensamos en el signo de igualdad que se representa por dos rayas paralelas que ocupan el espacio de una letra y que están precedidas y sucedidas por dos valores que se consideran equivalentes. Como prueba de esa equivalencia si invertimos esos dos valores de forma que pasaran cada uno a ocupar la posición que originariamente ocupaba el otro, también se mantendría la igualdad. Desde ya, y para evitar confusiones, debemos aclarar que estamos tratando de destacar la naturaleza ínsita en el concepto de ser una comparación entre entidades y que de ninguna manera estamos afirmando que la igualdad constitucional sea atinente o conlleve la idea de igualdad "matemática". Como veremos más adelante, si algo está presente en el concepto, es que lleva encarnado hasta la médula que tanto los talentos como las virtudes generan distinciones entre los hombres, y que el ámbito en que esas personas se desarrollan también incide en la diferenciación vista como resultado.

Según este principio todos tienen derecho a recibir el mismo tratamiento del legislador, de la misma forma que otras personas que están en la misma situación⁵.

Tiende a asegurar contra el tratamiento discriminatorio o arbitrario, idea naturalmente opuesta a la de equivalencia entre situaciones que describíamos cuando le atribuimos el carácter de derecho relacional.

Para saldar este aspecto se nos ocurre destacar que los intelectualmente muy refinados hombres de la revolución francesa sentían agredidos sus conceptos y su forma de relacionarse con los otros miembros de su especie, en tanto y en cuanto, existieran algunos que ostentaban categorías diferenciales fundadas en blasones hereditarios o títulos nobiliarios. Por ello exigieron e impusieron como principio la igualdad. Pero como eran inteligentes no podían aferrarse a la idea de que todos fueran iguales como idénticos. Sólo mirando apreciaban que había altos y bajos, hombres y mujeres, y eso los alentó e impulsó a entender que sustancialmente los hombres como especie se diferencian entre sí por su alma. Pero ese Elam es de difícil aprehensión por lo que entendieron que era más rotundo a su necesidad legítima de invocar la expresión externa y tangible, lo que lograron razonablemente a través de palabras similares a las maravillosas que edicta el artículo 8 de la Constitución "no reconociéndose otra distinción entre ellos sino la de los talentos o las virtudes".

Las normas de la Constitución que invocan principios son especialmente descarnadas o sintéticas. Los que conviven con ellas y que en ellas se fundan para organizar la convivencia social, deben necesariamente interpretarlas. En un interesante fenómeno de interacción tanto la jurisprudencia como la doctrina han elaborado alrededor de esas dos palabras de la Constitución "talentos y virtudes" el concepto de igualdad. Es así que hoy no puede dejarse de lado una serie de ideas que materialmente han delineado la igualdad. Todas esas ideas-concepto apuntan a diferenciar, o mejor dicho a resaltar como los "talentos y las virtudes" son la apertura hacia muy sutiles concepciones que permiten incorporar realidad y el sentido común sin alterar el principio de referencia. Es así que se afirma que la causa de distinción entre las personas ha de ser razonable y objetiva, y que no puede implicar el tratamiento desigual a quienes se encuentran en igualdad de situación.

En todo caso la finalidad de la distinción ha de ser legítima. También deber ser racional, entendida como relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados.

Incluso se entiende que la igualdad ha de consistir en la ausencia de prerrogativas salvo que una ley específica las establezca.

Desde ya les adelantamos que todos estos conceptos van a ser aplicables cuando en el ámbito del derecho concordatario pretendamos entender qué dijo el legislador del año 1893, cuando exigió para el pago de los acreedores en un concordato "la perfecta igualdad".

3 Puede verse con mucha utilidad para entender afirmaciones realizadas en Esquema de la Evolución Constitucional del Uruguay de Héctor Gros Espiell, Montevideo 1966 así como Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 del Dr. Alberto Pérez Pérez, Montevideo 1967.

4 Fernández Sagado Francisco. El sistema jurídico español Madrid 1992 pág. 144. Puede verse con mucho provecho Derecho Constitucional T. III de Martín J Risso Ferrand, Ingranusi Ltda. año 1998

5 Concepto que enseñaba Justino Jiménez de Aréchaga en "La Constitución Nacional" T. I pág. 364.

Sección III.- La Libertad

El otro principio a considerar también nos acompaña desde 1830 y ha tenido en las distintas constituciones presentación y lugar distintos. Hoy se concreta en los artículos 7 y 10. En esas dos disposiciones se reconoce un derecho preexistente a la libertad.

Justino Jiménez de Aréchaga⁶, aceptado todavía hoy como primero entre sus pares, por su solidez intelectual, decía que la libertad supone un principio irreducible de contenido variable para cada derecho o régimen legal. Para él actúa como un límite cierto frente a la eventual invasión del derecho. El hombre que ejerce la libertad no lesiona los derechos ajenos y los actos mediante los cuales se pone en ejercicio la libertad no serán pasibles de sanción.

A la libertad así concebida se le señalan algunos límites. Uno estaría constituido por el orden público y otro sería por la propia convivencia en cuanto la libertad de cada sujeto termina cuando empieza el derecho de los demás.

¿Por qué hemos traído a colación la libertad? Porque ese principio tal cual surge de los artículos 7 y 10 de la Constitución están en la base y es el respaldo del negocio jurídico.

Tomando y utilizando los criterios de recibo para nuestra actual cultura jurídica podemos distinguir entre hechos, hechos jurídicos, actos jurídicos y negocios jurídicos.

En la base tanto de los actos jurídicos, como de los negocios jurídicos está la libertad prevista y reconocida por la Constitución. Ese cuerpo de leyes en algunos casos se ha reservado específicamente la tarea de regular la libertad, como sucede con algunos aspectos muy complejos de la actividad que tiene por fin seleccionar las autoridades que rige el gobierno. Y es así que estatuye muchos aspectos esenciales de la forma de votar, en las elecciones nacionales o departamentales.

Pero en otros aspectos como los referidos a los contratos o a los concordatos, ha derivado al derecho común la regulación. La denominada autonomía de la voluntad, es una manifestación específica del derecho a la libertad con relación al ámbito de la regulación normativa de intereses privados.

Arribados a este punto debemos señalar a vía de ejemplo que el Derecho Privado ha regulado esa libertad, y por ella, reconoce a los sujetos de derecho la calidad de impulsores de la actividad y para ello les confiriéndoles el poder facultad de proponer, obligarse o disponer de los bienes integrantes del patrimonio.

Y nadie pierda de vista que en un concordato se toman decisiones alrededor de obligaciones civiles y comerciales. Ese vínculo jurídico está enraizado en el principio de la autonomía, tan característica del derecho privado. Esta denominada autonomía privada es una de las expresiones de la libertad constitucional. El derecho común (para diferenciarlo de las normas constitucionales) adecua o relanza ese principio.

Suele entenderse que esa autonomía se le reconoce a las personas en el entendido que nadie conducirá sus intereses como el titular.

La libertad constitucional como dijimos está respaldando el concepto teórico de negocio jurídico. Este se asienta y respira a través de la autonomía que se le reconoce a las personas y una de las categorías del negocio jurídico es el concordato.

En el proceso o en el trámite de un concordato, la actuación de cada uno de los sujetos participantes en él se asentará en el principio de libertad de rango constitucional expresada como autonomía de la voluntad. Si no se entiende debida y armónicamente esta verdad, aquellas palabras de Justino Jiménez de Aréchaga resonarán fuertes y diáfanos desde el pasado descubriendo errores y actos contrarios al principio de libertad. El gran Profesor decía que la libertad actúa como un límite cierto frente a la eventual invasión del derecho. Y nosotros parafraseando ese concepto señalamos, aunque resulte obvio, que también ese principio de libertad se interpondrá como un dique a las interpretaciones del derecho que por abstrusas, imperitas o interesadas, no ponderen, debidamente que las normas constitucionales sobre la libertad señalan los poderes de las partes. Y los que no son parte del negocio jurídico concordato necesariamente deben saber entender su rol de tuteladores de la legalidad. Y ni los jueces ni los técnicos asesores o ejecutores de tareas, son partes.

⁶ Justino Jiménez de Aréchaga ob. cit. pág. 235

Sección IV.- De la constitución al derecho privado

Hemos insistido en la necesidad de entender el método expositivo. Como primera premisa de los razonamientos describimos los principios de igualdad y libertad. Inmediatamente nos estamos planteando la aplicación de los principios constitucionales. Al encarar este tema busco determinar y dar pautas a los fines de resolver ese relacionamiento que se genera al aplicar los principios constitucionales a las relaciones intersubjetivas. Los propósitos de este trabajo nos exonera de encarar una teoría o serie de teorías. Pero no voy a dejar de señalar cuidadosamente los supuestos o estructura de los valores que pondré en juego al razonar hacia mi solución del tema.

Para empezar a enunciar esa serie de ideas hay una que entendemos que por ser una “verdad” no discutida puede mostrarse en este primer lugar. La Constitución está en el vértice de la pirámide a través de la cual se expresa gráficamente la idea que son el conjunto de normas de mayor jerarquía dentro de nuestro régimen legal. Al aceptar esa afirmación es fácil agregar otro razonamiento que se funda en esa afirmación. El resto de las normas que por definición carecen de rango constitucional deberán adecuar sus términos y disposiciones a la Constitución.

Pero la Constitución está integrada por muchos artículos. A los fines que nosotros buscamos, queremos traer a colación la distinción que toma en consideración para clasificar las normas entre aquellas que se corresponden con el concepto de norma jurídica tal cual lo concibe la teoría general de derecho y las que no tienen esa estructura. Las primeras son aquellas que contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Un ejemplo de lo que decimos lo encontramos en los artículos 15 a 17 que regulan el instituto de “habeas corpus”.

A su vez hay en la Constitución, disposiciones que contienen principios, categoría en la que justamente se ubican las que estamos tratando de integrar en el marco general del derecho. Esas normas no están organizadas o estructuradas como las que acabamos de referenciar. Son sin duda una modalidad o contienen una estructura diversa pese a ser igualmente artículos de la Carta Magna. Están configuradas en mandatos muy sintéticos, por lo general, compuestas por la tipificación de un valor contenido en una sola palabra. Transmiten o enuncian ese valor o bien jurídico que proclama tutelar en forma más que aséptica. Ejemplo de lo que decimos son los ya invocados artículos 7 y 8. Sin duda a un técnico en derecho le resulta más fácil explicar normas de la estructura de los artículos 15 a 17 que dar sentido y contenido a algunos de los principios que hemos señalado⁷.

En ese proceso de aplicar los principios Constitucionales parece oportuno reconocer que ha acompañado esos esfuerzos, el criterio o técnica de la ponderación, criterio que entiende que esos principios y su valoración o conceptualización han de ser permeables a la recíproca evolución del pensamiento social.

También se han formulado diversas teorías que hemos calificado como dogmático-principistas. Estas teorías pretenden dar una única y exclusiva valencia para precisar la interrelación entre los principios constitucionales y las relaciones intersubjetivas.

En ese camino hay quienes entienden que los principios constitucionales sólo operan a nivel de las normas inferiores a ellos, expresando su jerarquía a través de disposiciones de la declaración de inconstitucionalidad.

En el mismo sentido hay otras concepciones que postulan la aplicación directa de las normas que enuncian principios al propio terreno de las relaciones intersubjetivas. La enunciación de estas teorías, que por supuesto son muy sofisticadas, pero que las abordamos bajo los supuestos instrumentales ya establecidos, nos da pie para señalar algunas apreciaciones que se nos presentan como importantes al momento de seguir adelante en este propósito de estructurar ideas básicas.

Considero que el Derecho es un producto de los hombres, y como él, también es imperfecto. En la génesis de los textos legales, que es a lo que me refiero, están presentes las miserias, las virtudes, el poder y el miedo. Al leer los artículos se notan los tropiezos, las esperanzas y las ideologías. Sin duda incide en esos textos la vocación del redactor, sus aciertos y sus equivocaciones. En esta lista enuncié sólo algunos factores para ejemplificar lo que digo, dejando a la enunciación del lector tantos otros que inciden de igual forma en cada texto. Las normas de derecho, por las razones expresadas, en cuanto a la génesis, no conforma un sistema absolutamente lógico, y menos aún, perfecto o de redacción armónica y unívoca. Por ello no admite un régimen interpretativo que pondere una sola y única valoración que parta de una premisa única. Cuando pretendo precisar, para nuestro país, la incidencia de la igualdad, no puedo afirmar que sólo es un marco conceptual y que actúa como un límite a la legislación ordinaria. Esa es una solución irreal porque tropieza con la redacción o texto, tanto de la Constitución, como de la ley ordinaria. Como prueba de lo que afirmo traigo

⁷ Con mucha utilidad puede verse en CARLOS E. GUARIGLIA “El conflicto entre los derechos fundamentales” editado por AME año 2007.

a colación el artículo 29 de la ley N° 2230, que al establecer perfecta igualdad para el pago en un concordato, está exigiendo para su comprensión el concepto de igualdad que se elabora en la Constitución.

Todo el Derecho está cargado de principios, pero también se nutre de un profundo pragmatismo funcional, por lo que el camino a recorrer deberá partir de analizar la Constitución para entender y comprender los principios, para de allí en más, apreciar como inciden específicamente en la ley, y a ella le ponen coto o la nutren. Asimismo, y al mismo momento debemos recorrer el mismo camino en sentido inverso analizando la ley para ver cómo coordina sus valencias con la Constitución e incluso cómo le reclama contenidos. Para llevar adelante esa tarea se deben abandonar los preconceptos y las ideologías para focalizar el análisis en las disposiciones específicas. Así podremos apreciar la simbiosis que conlleva las respectivas incidencias.

Para finalizar me parece útil efectuar una reflexión que puede considerarse como una modesta conclusión a esta sección del trabajo dedicada a precisar las vinculaciones entre las normas de un sistema jurídico dado.

Tiene poco sentido centrar nuestra atención en tratar de resolver abstractamente si los principios constitucionales pueden incidir en las relaciones intersubjetivas. Cuando se plantean así las cosas se da cabida indebida a ideologías no jurídicas dejando de lado la máxima valía del derecho que es la organización de la sociedad. La verdadera dimensión del conjunto de normas que componen el Derecho para cada país se ha de deducir de los textos a través de su interpretación. El conjunto de normas es creado para ordenar el relacionamiento, y al jurista le corresponde iniciar su labor a partir de esas disposiciones para develarnos su contenido. No puede dejarse de lado en estos considerandos lo señalado precedentemente sobre los orígenes de cada ley, que como labor del hombre, carga en su texto los pecados y las virtudes de él.

Cuando perdemos de vista estas premisas actuamos fuera de ese marco, le negamos sentido a la función social del derecho, como en cascada descontroladamente caemos hacia el desconocimiento de las normas jurídicas que nos imponen así proceder. Le quitamos sentido a la función social del derecho, como el mejor sistema hasta hoy creado para convivir en sociedad. Finalmente confundimos los roles de los hombres de derecho. A nosotros nos corresponde interpretar la partitura, a los legisladores crearla.

CAPÍTULO III.- LA IGUALDAD EN EL CONCORDATO PREVENTIVO. UNA VIEJA DEUDA QUE PRETENDEMOS PAGAR AL DESPEDIRLO

Sección I.- Primeras apreciaciones

El título hace referencia a que vamos a iniciar el análisis de las disposiciones específicas que regulan el concordato buscando entender cómo se trata en ellas a la igualdad. Y decimos que es una vieja deuda porque el punto de arranque está en el lejano año 1893, y sorprendentemente este enfoque está pendiente desde esa época.

Para rastrear las pistas de ese principio entre la tupida maleza de la legislación del concordato vamos a recorrer la legislación vigente. ¿Y cómo se recibe el concepto de igualdad? Aunque parezca algo extraño en una sola oportunidad se emplea esa palabra, y ello acontece en el marco de la ley N° 2230 de 2 de junio de 1893. Sorprendentemente en el conjunto de disposiciones que introdujo el concordato preventivo en nuestra legislación aparece esa palabra, que después y hasta la ley N° 17292 de 25 de enero de 2001, -última de las aprobadas sobre esta materia-, nunca más volvió a los textos legales.

En otras disposiciones veremos palabras o referencias que pueden ser entendidas como atinentes al concepto. Si nos animamos a hacer una afirmación de muy fácil comprobación. En las normas sobre concordatos no se ha fijado o establecido la extensión o el contenido de la igualdad. Al no existir un concepto directo, poco a poco y con el transcurso del tiempo, que lo hubo bastante, se fueron consolidando ideas no ordenadas. De esas ideas se pasó al siguiente estamento, y se empezó a estructurar un valor, el "valor igualdad", una abstracción que es una entidad en si misma de contenido impreciso por carecer de tipificación. Para colmo de males se le ha incorporado la calificación de ético. Así resulta que es una entidad tosca e imprecisa. Que como igualdad tiene el estatuto de principio. Le atribuyen el poder de modelar todo el "sistema concursal". Para rematar lo potencian con la valoración no jurídica de atribuirle connotaciones éticas. Hasta aquí el tema sería de dimensiones hermenéuticas. En alguna concepción la interpretación implica la investigación con la finalidad de comprender el sentido y alcance de las normas. Pero ya dijimos antes que el derecho como obra de los hombres es muy imperfecto, por lo que estudiarlo como objeto y aislarlo de su verdadero fin es irreal por utilizar un calificativo objetivo y aséptico.

Pretendo atribuirle significado a las normas y apreciar su extensión precisa, con el objetivo de su aplicación a situaciones sociales a regular. Porque el derecho como ente separado de su esencia real, que es regular la convivencia entre los hombres, es una supuesta ciencia poco atractiva. Y en ese enraizarse ineludiblemente con la organización de la convivencia está su sentido. Y en ese enfoque, el único y verdadero del derecho, es que debemos ver cómo han aplicado el principio de igualdad. Y en ese intento de capacitación de la actuación de ese concepto en la regulación de las relaciones intersubjetivas generadas ha consecuencia de un concordato vemos que se ha desarrollado, poco a poco el vicio de utilizar el "título abstracto de principio de igualdad" como fundamento de situaciones muy dispares. Por ejemplo, se sostiene que por el principio de igualdad sólo puede establecerse en un concordato el pago a prorrata o proporcional a los capitales que tiene cada acreedor. Que cualquier solución que se apartara de esa sería contraria a la "par conditio creditorum", y se debería rechazar negando ese concordato por esa causa". También es asombroso que se utilice ese mismo "título abstracto intitulado igualdad" para doblegar o dejar de lado los términos expresos de un texto concordatario que adquirió fuerza vinculante, para que en función de él –si del principio de igualdad- se resuelva que se pague a un acreedor su crédito en forma preferente a todos los otros. Y ello por una decisión que no proviene de las mayorías calificadas de los acreedores y del deudor. Debemos aceptar como una realidad que a éste momento se ha generado una ideología con soportes no jurídicos, y por tanto ambiente extremos tan erráticos como los señalados. Por ello se nos representa como una muralla. No nos intimida y estamos seguros que pertrechados del arma del razonamiento lograremos una brecha a través de la que ingresará la verdadera concepción del principio de igualdad en los concordatos.

Sección II.- Evolución de la doctrina

Como hemos dicho el instituto del concordato irrumpió en nuestro medio en el año 1893 y sustancialmente, queda delineado en todo su potencial en el año 1926, y no registramos estudios expresados en obras hasta la tercera década del siglo XX.

Hemos agrupado los trabajos que estudian el concordato en tres estamentos para asomarnos a la forma en que han tratado en ellas la igualdad.

Las elaboraciones intelectuales así como las ideas son intemporales, pero hemos notado una tendencia que nos permite hacer una clasificación y ella además resultará instrumental y dará respaldo a la conclusión que efectuamos en la sección IV del último capítulo de este artículo. Es así que distingo tres grupos. Uno integrado por los clásicos Emilio Escarano⁸ y Enrique Sayagues Lasso⁹. El primero un italiano egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma que no se sintió a gusto con el régimen político de la época y emigró a nuestro país donde revalidó su título.

El otro es Sayagues un nombre que empleado así sólo, expresa la excelencia de sus creaciones en el Derecho Administrativo. Como un homenaje a su padre, distinguido profesor de derecho comercial, escribió un libro sobre concordatos que ya muestra a quien lo lea que la profundidad y el talento se denota en la medida que el titular de esas cualidades se enfoque en una tarea. Pues bien, estos dos autores no se sintieron tentados por la cuestión de la igualdad a la que no le prestaron atención.

El segundo grupo está integrado por personas que han tenido una larga y proficua trayectoria en la docencia del Derecho Comercial y la integran Sagunto Pérez Fontana¹⁰, Rodolfo Mezzera Alvarez¹¹ y Nuri E. Rodríguez Olivera¹². En general estos trabajos no centraron su atención en forma especial en el punto. Con mesura sostienen que la igualdad es un presupuesto, en algunos casos citan autores extranjeros como respaldo de esa afirmación, pero ni citan la legislación para encontrar la dimensión del concepto, ni lo hacen actuar para mostrar sus valencias en la acción.

8 Autor de "El concordato privado y de liquidación". Claudio García y Cía. Mont. 1937. El concordato preventivo Extrajudicial igual editor y año. El concordato preventivo judicial igual editor y año.

9 Autor de "El concordato" publicado por Biblioteca de Publicación de la Facultad de Derecho 1937.

10 Sagunto Perez Fontana en Revista de Derecho Comercial y de la empresa T. 33-35

11 Rodolfo Mezzera Alvarez Autor de "Concordatos" obra que ha tenido varios editores y que ha recibido aportes de otros distinguidos profesores que incluso lo actualizaron o aportaron capítulos como José A. Ferro Astray y Siegbert Rippe.

12 Autora de varias versiones del tema la última en colaboración con el Dr. Carlos E. López Rodríguez. Regímenes Concursales editado por FCU año 2003.

Finalmente queremos referirnos al tercer grupo integrado por los muy actuales Adriana Bacchi¹³ y Camilo Martínez Blanco¹⁴. Estos distinguidos profesores han dado el paso adelante en el tema. Ellos en trabajos que razonablemente apuntan en el mismo sentido y conjugan argumentos equivalentes, son los abanderados de la corriente de opinión que citando una serie de artículos parecen entender que la igualdad en el concordato sólo se logra con el pago a prorrata –Martínez Blanco- o el pago con perfecta igualdad –Bacchi-. Pero ninguno de los dos explica que es la igualdad en el sistema concursal. No obstante, sostienen un criterio integrador de la igualdad tanto para la quiebra como para el concordato.

Todos comprenderán que es muy difícil resumir en pocas líneas la labor y la obra de tantos autores que han abordado los temas del derecho concordatario. Desde ya que las citas permitirán al lector recorrer esas páginas para sacar sus propias conclusiones, y desde luego, que será en todo caso muy formativo.

Sección III.- Apreciación crítica

Se ha ido generando una conceptualización que se expresa a través de la idea que las quiebras (en nuestro medio además liquidación judicial y concurso de acreedores¹⁵) y los concordatos integran el Derecho Concursal y partiendo de esa plataforma se arriesgan a sostener que la igualdad campea en todo ese territorio.

Sería conveniente acordar sobre ciertos puntos para referirnos a los mismos conceptos. No tenemos duda que es perfectamente posible denominar a los efectos docentes una rama del derecho comercial que estudia las situaciones de los deudores que enfrentan dificultades económico-financieras normalmente con una pluralidad de acreedores como Derecho Concursal y allí mostrar y enseñar la quiebra y el concordato. Pero es inaceptable que a través de esa verdad se esté fomentando la similitud conceptual entre esos institutos, y desde allí, se sostenga que la igualdad campea en el Derecho Concursal porque eso no es cierto. Actuando así se induce a error a las personas en general jóvenes estudiantes que con el deseo de aprender, y sin formación, ingresan al tema por esas versiones.

La expresión Derecho Concursal es una buena denominación que cubre dos grandes grupos de leyes, que delinean dos institutos que son absolutamente diversos en su concepto y en su regulación.

Una de esas afirmaciones la vamos a demostrar ya, nos referimos a la diferencia entre los conceptos de quiebra y de concordato. A la otra dedicamos nada más ni nada menos que al resto del artículo.

De cara a la diferenciación entre quiebra y concordato, el lector se preguntará si no es un exceso de preciosismo dedicar renglones a una visión teórica de esos conceptos; a lo que respondemos que de ninguna manera. Las diferencias en la tipificación de los institutos necesariamente tiene su fuente en la legislación de donde surgen los caracteres que permiten efectuar la abstracción, que eso es el concepto de un instituto. Y a su vez la abstracción conceptual permite si es válida y conforme a derecho, entender muchas normas que en buena mediada están relacionadas a esa estructura.

La quiebra es un proceso de ejecución colectiva. Como trámite se inicia con una solicitud planteada ante el Juez competente por el propio deudor un acreedor, o incluso de oficio por el propio Juez. En todos los casos, ante una supuesta cesación de pagos. La quiebra sólo existe en la medida que una resolución judicial la declare. Todo lo que antecede a esa sentencia conforma la etapa previa. De la declaración en más, se avanza en el trámite sin participación del quebrado. Se debe conformar y depurar tanto la masa activa (integrada por los bienes que se afectan al proceso) y la masa pasiva (conformada por créditos de los acreedores). Todo ello con la finalidad de llegar, a través de ese proceso, al desenlace que es el pago a los acreedores. Para ello normalmente, pero no necesariamente, se venderán los activos para pagar a prorrata a los acreedores quirografarios.

Hay un pensamiento que entendemos atinente y por tanto lo consideramos como un aporte a lo que estamos diciendo. El satisfacer a prorrata es adecuado a un sistema como el de la quiebra, en el cual el interés de los acreedores es el único a tutelar al momento del pago. Tanto la actividad como el patrimonio del quebrado están desapareciendo en función de abonar los créditos pendientes.

13 Autora del artículo intitolado "El principio par conditio Creditorum" ante situaciones que ponen en peligro la vida de un acreedor del deudor concordatario, Rev. de Derecho I de UCUDAL.

14 Autor de "Manual Teórico-Práctico de Derecho Concursal" publicado por Universidad de Montevideo.

15 En lo sucesivo salvo aclaración cuando decimos quiebra nos referimos también a la liquidación judicial y al concurso de acreedores.

El concordato es una de las categorías de los negocios jurídicos, la calificamos como de segunda generación, la mejor denominación que encontramos para indicar que este negocio jurídico tendrá por fin modificar la forma original de cumplir las obligaciones ya existentes entre el deudor y sus acreedores. Este negocio jurídico se inicia con las adhesiones de los acreedores a una propuesta que formula el deudor referida a la satisfacción de esas obligaciones preexistentes. Las adhesiones individuales tienen carácter condicional. En el momento en que se llega con la sumatoria de esas adhesiones individuales, a obtener las mayorías calificadas se transforman, de adhesiones individuales, en aceptación de la fórmula concordataria.

De allí en más, cumplidas en forma positiva las instancias legales exigidas para cada forma, ese texto concordatario tendrá el poder de obligar a todos los acreedores quirografarios trascendiendo el patrimonio de los que lo consintieron. Remarcando este efecto estamos diciendo que el acuerdo obligará también a los acreedores quirografarios que no lo consintieron expresamente, e incluso, a los que se opusieron.

A diferencia de la quiebra en esta estructura se busca no solo contemplar el legítimo derecho de los acreedores a cobrar, sino que se busca preservar la actividad comercial o industrial del concordatario en tanto y en cuanto ella es generadora de riqueza. Esa riqueza que ha de producirse, en la teoría que ésta insita en el concordato, será la sabia que permitirá pagar a los acreedores concordatarios, y además será esencial para afrontar la totalidad de los costos que implica de allí en más continuar la actividad. Un supuesto esencial para asegurar todos los pagos del concordatario. Es tan distinta la base conceptual y los fines del concordato comparado con la quiebra que es imposible confundir ambas teorías. Pero hagamos algunas precisiones para evitar confusiones. Las diferencias que hemos calificado de ontológicas, son el resultado o conclusión de las respectivas normas jurídicas. Son las leyes las que han estructurado esas características de cada uno de los institutos y las diferencias surgen de allí. La otra aclaración es que muchas disposiciones legales son comunes a ambos institutos, por ejemplo las referidas a la clasificación de los créditos en preferentes privilegiados o quirografarios. Así como hay muchas otras normas del derecho que ingresan a tutelar situaciones como aquellas que regulan la capacidad, la legitimación, etc. Pero en nada cambia lo dicho precedentemente.

Cuando ontológicamente dos institutos son tan distintos, para poder establecer un principio común, no solo hay que afirmarlo, sino que hay que probarlo. Para que no existan dudas, la “prueba” en materia de teoría en nuestra disciplina se realiza con las normas jurídicas. Para adelantar lo que vamos a demostrar afirmamos que en la quiebra existe la prorrata y en el concordato la igualdad.

Los que entienden que en los concordatos sólo se puede pagar a prorrata citan los arts. 1750, 1751 y 1745 del Código de Comercio, el artículo 2372 del Código Civil, el artículo 264 de la ley N° 16462, el artículo 464 del Código General de Proceso y los artículos 29 y 43 de la ley N° 2230.

Nos hemos permitido hacer una categorización de las normas citadas en la que dejamos fuera el artículo 29 de la ley N° 2230 a la que dedicamos nuestros mejores esfuerzos en la etapa que hemos denominado de construcción del principio de igualdad en los concordatos. Todas las normas citadas a saber 1750, 1751 y 1745 del C. de Com.; 2372 CC; art. 264 ley N° 16462 y 462 CGP tienen en común dos elementos, primero que todos se refieren a la quiebra, el segundo que ninguna de estas normas emplea, ni directa, ni indirectamente, la idea de que los acreedores cobran en un pie de igualdad; esta es una afirmación, si se quiere, negativa. Pero es posible porque surge directamente de todos esos textos que invocan la prorrata como forma de cobrar.

Vamos a ir despacio en estos temas porque hay que evitar saltar premisas de razonamiento. En este camino y refiriéndonos a la utilización de la palabra prorrata queremos destacar que ese vocablo está contenido en las disposiciones del Código de Comercio que nos rige desde el año 1866. El artículo 2372 del Código Civil del año 1868. El Código General del Proceso es del año 1989 y la ley 16462 de la que se invoca el artículo 264 es del año 1994. Es de pensar que si a través de los 128 años que separan estas normas, se insiste en ella, hay un designio específico en utilizar el concepto de prorrata para las situaciones de quiebra.

Desde ya que hemos invocado la permanencia en el tiempo porque casi nos da vergüenza pensar que Don Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo al redactar el Código de Comercio no supieran lo que es prorrata. Pensamos que Don Tristán Narvaja, redactor del Código Civil, estaba capacitado para entender qué es prorrata. Y que para citar, sólo por su apellido, porque el Código General de Proceso es una obra intergeneracional los Dres. Couture, Gelsi, Torello, Barrios de Angelis, Frigerio y Vescovi también sabían el significado del término, y por eso usaron para el concurso de acreedores la expresión pago a prorrata.

Todos deberán recordar o retroceder en su caso al punto donde señalamos qué era la igualdad. ¿Y qué es esa prorrata que está adherida a la quiebra? Por tal se referencia la cuota o porción que le toca a cada uno de los acreedores calculada en proporción, a lo más, o a lo menos, qué representa su crédito en la suma a repartir. Lo que dicho en forma simple, está señalando que se cobra en proporción al crédito que se ostenta, de forma tal que quien más tiene, más cobra. Es sin duda una forma clara de resolver la satisfacción de los créditos en los casos de concurrencia de varios acreedores, pero no termina de convencer que configure igualdad. Recordemos que cuando analizamos el principio de igualdad en el texto constitucional dijimos

que reservamos esos conceptos para poder utilizarlos. Pues bien es ésta una de esas oportunidades. La doctrina le atribuye a la igualdad el carácter de derecho relacional porque carecía de contenido propio y necesitaba compararse con criterio de evaluación dos entidades para proclamar o no su equivalencia. Y al poner a su lado el prorrateo en el pago que implica una solución única no comparativa que entiende que hay que darle más al que más tiene, se comprende claramente que son dos conceptos paralelos.

De lo que antecede pienso que se han fundado algunas afirmaciones que voy a reiterar en forma sintética.

Hay diferencias ontológicas entre la quiebra y el concordato.

En la quiebra se emplea el concepto de pago a prorrata.

Que la prorrata es un concepto diferenciable de la igualdad.

Alguien podría razonar en el sentido de que la quiebra expande el concepto de prorrata al concordato.

Pero ya adelantamos, y más adelante lo fundamentamos, que el artículo 29 de la ley N° 2230 constituye un escollo insalvable a tal posibilidad.

Antes de dedicarnos a lo que hemos denominado como la construcción positiva del criterio de igualdad para el derecho concordatario debemos terminar la tarea de desbrozar el camino y para ello vamos a revisar si es cierto que el artículo 43 de la ley 2230 se refiere a la igualdad en los concordatos.

Yo les completo la cita que ellos realizaron con las previsiones de los artículos 1558 y 1571 del Código de Comercio que regulan la misma situación, y que por tanto, están involucrados en la conclusión que efectuamos.

El artículo 43 de la ley 2230 tipifica un delito que se vincula con la formación del consentimiento y que no se vincula con la igualdad que si es atinente al cumplimiento o pago del concordato. Ese artículo esta tipificando un delito y está calificando como un vicio del consentimiento a una acción enclavada en la etapa que va de las adhesiones individuales a la obtención de las mayorías calificadas. La acción que genera un vicio del consentimiento se produce cuando se pactan ventajas especiales a favor de uno o más acreedores para asegurar su adhesión al concordato.

Recuerdan cuando tipifiqué el concordato y allí señalaba que ante una propuesta de pago del deudor los acreedores iban expresando su adhesión individual condicionada a que se obtuvieran las mayorías calificadas, oportunidad en que esas adhesiones se transformaban en la aceptación del concordato. Pues bien, es en ésta etapa que se ubica ese consentimiento viciado que estudiamos. De seguro que alguien estará pensando que el artículo 1269 del Código Civil señala el error, la violencia o el dolo como los vicios del consentimiento.

Y sin duda este consentimiento prostituido no encarta en ninguna de esas hipótesis. Aceptamos que es cierto que el Código Civil estatuye esas tres causales, y que la reseñada en el artículo 43 de la ley N° 2230 es distinta a cualquiera de las tres causales invocadas. Y entonces ¿esta afirmación es un dislate? Sin duda que no, el artículo 1269 es uno de los que integran el elenco de la Sección II del Libro IV Título I del Código Civil que regula los requisitos esenciales para la validez de los contratos.

Los contratos son una categoría entre los negocios jurídicos, así como son otra categoría los concordatos. Y son categorías diversas porque están regulados en forma diversa por el legislador. Y por eso nosotros realizamos una conceptualización del concordato adecuada a nuestro derecho que es diversa al concepto de contrato. Y el aspecto que estudiamos es otro que puede invocarse como un perfil que le da entidad propia al concordato. Pero aquí no terminan las características diferenciales del tratamiento legal, porque hay otra norma que nos servirá para demostrar también, que estamos ante un fenómeno atinente al consentimiento por un lado, y por el otro, para remarcar una nueva diferencia con el régimen de los contratos.

Al texto que nos referimos es el artículo 45 de la ley 2230. Ese artículo destaca que la acción de nulidad fundada en ese consentimiento viciado deberá invocarse dentro del año de la homologación del concordato, porque ella queda prescripta al año de la homologación. Nuevamente vemos que se sanciona con la nulidad el vicio del consentimiento, pero a diferencia de lo que sucede en el sistema de los contratos, donde el vicio de consentimiento genera nulidad absoluta, aquí la nulidad es relativa ya que caduca por el pasaje del tiempo. En conclusión aquí el legislador está preocupado por regular la forma en que se obtiene o crea el consentimiento. Ese consentimiento se conforma con una pluralidad de adhesiones. Si una de esas adhesiones que conforman la aceptación (mayorías calificadas) se logra ofreciéndole al acreedor una ventaja (coima, gratificación) por su voto, se produce un vicio del consentimiento que desencadena las consecuencias que relata el artículo 45.

Esta adhesión prostituida, repetimos, se produce en la etapa en que se está formando el consentimiento. Aquí no está en juego la forma de pago que no es regulada por estos artículos.

Sección IV.- La igualdad en los concordatos construcción del principio

Vamos ahora a construir el concepto de igualdad para los concordatos y lo haremos fundándonos en el artículo 29 de la ley N° 2230.

En la parte del artículo que nos importa que es el segundo inciso se dice “Aunque reúna el indicado número de votos deberá negarse la homologación judicial si hay prueba o presunción de fraude en los actos preparatorios del concordato O SI EN ESTE NO SE ESTABLECE PERFECTA IGUALDAD PARA EL PAGO DE TODOS LOS CRÉDITOS DE LA MISMA CATEGORÍA”.

Hemos destacado en mayúscula las partes del texto que pensamos utilizar, y que a su vez vamos a subdividir en la medida que entendamos que contienen conceptos que queremos comentar.

1^{er} concepto.- El artículo exige “establecer perfecta igualdad para el pago”. Por el momento sólo vamos a tomar la referencia del pago. ESTABLECER EL PAGO. Cuando en concordatos uno pretende establecer el pago ingresa en una instancia crucial para la culminación exitosa del trámite de un concordato. El artículo utiliza la expresión “establecer” que es tanto como ordenar, disponer o fijar una cosa.

Esta forma de cumplir con las obligaciones preexistentes y su contrapartida, la forma de cobrar de los acreedores, surgirá de una interrelación entre el deudor y sus acreedores. Normalmente es una instancia, difícil, áspera y dura en la que cada uno busca posicionarse de la mejor forma posible que empieza cuando el deudor plantea la forma de satisfacer las obligaciones y que damos por terminado al momento de obtenerse las mayorías calificadas.

El primer momento al que aludíamos es muy especial porque se tensiona al máximo la relación entre las dos partes en la medida que los acreedores naturalmente aspiran a que se acuerde el pago de la forma menos gravosa para sus intereses. A su vez el deudor que soporta las dificultades económico-financieras que motivan la gestión concordataria, está atento a dos temas vinculados a su futuro. Uno, el que se está discutiendo; la forma de satisfacer esas obligaciones que ya generó con sus acreedores. La otra, es evaluar de dónde obtendrá el dinero para pagar esas deudas concordatarias, y a la vez cómo cubrirá el presupuesto y generará los medios para seguir adelante. Estos y quizás otros factores están determinando el punto de encuentro entre los acreedores y el deudor. Ese entendimiento sobre la fórmula de pago se estampa en un texto en el que se recogen las adhesiones individuales que se transforman en aceptación cuando se logran las mayorías calificadas.

De allí en más, y realizados los trámites previstos para cada tipo concordatario en forma positiva, llegará el momento de que conforme al texto aprobado de concordato, el deudor le pagará a los acreedores.

¿A qué acreedor él va a pagar? A los acreedores quirografarios ya que son los únicos obligados por el concordato. Esta afirmación aceptada unánimemente encuentra su fundamento en el artículo 41 de la ley N° 2230. En el mismo sentido el artículo 29 que estudiamos en su primer inciso dice que votan en el concordato los titulares de créditos personales no privilegiados. En el concordato hay una natural y conceptualmente perfecta identificación entre los que tienen legitimación para votar y los que van a cobrar. Las palabras de los artículos son muy claras e interpretando en forma contextual tanto el artículo 41 como este 29, podemos sostener que en el concordato no se regula el pago y no cobran ni los acreedores hipotecarios, ni los prendarios, ni los privilegiados. Tanto los hipotecarios como los prendarios son titulares de derechos reales. Y en el caso de los privilegiados están específicamente excluidos tanto en el artículo 29 como en el 41.

Consecuentemente y a modo de conclusión, en la frase del artículo 29 que estudiamos se dicen varias cosas, que vamos a resumir.

a) En el concordato debe tramitarse la etapa de discusión entre el deudor y sus acreedores quirografarios que debe finalizar en una fórmula de pago.

b) La fórmula de pago será parte de un texto sobre el que se recogen las adhesiones de los acreedores quirografarios. Cuando esas adhesiones representan las mayorías calificadas se tendrá la aceptación del concordato. Cumplidos positivamente los trámites para cada modalidad de concordato éste adquirirá fuerza vinculante para el deudor y todos sus acreedores quirografarios.

c) Tanto los legitimados para votar, como los obligados por el concordato (salvo el deudor), como los que cobran son todos el mismo elenco de acreedores; los acreedores quirografarios.

2^{do} concepto.- Cuando transcribimos la frase del artículo 29 de la ley N° 2230 para analizar lo que denominamos como primer concepto, dejamos fuera dos palabras que ahora serán específicamente tratadas, esas palabras son PERFECTA IGUALDAD. Volvemos por un instante a todo el texto para que el lector lo

aprecie "Si no se establece la perfecta igualdad para el pago". Aquí centraremos toda nuestra atención en determinar qué dice el texto cuando establece la perfecta igualdad para el pago.

Enfrentados a estas palabras se ha dicho que ellas indican que se debe pagar a prorrata de los respectivos capitales. Tal afirmación es una sumatoria de errores. La prorrata tal como ya expliqué es una forma de pagar válida en la medida en que la ley la establezca, pero no hay forma de aceptar que el concepto de igualdad sea equivalente al de prorrata. Y es más, da cierto trabajo aceptar que un sistema que tiene por base dar más a quien tiene más, se compadezca con las ideas que señalamos como conformadoras del concepto de igualdad.

Cuando discurrimos sobre las normas constitucionales, no tengan dudas, que lejos estábamos de pretender engalanarnos con los conceptos que grandes maestros del Derecho Público enseñaron y enseñan. Lo que pretendíamos era saber qué es la igualdad para poder entender el artículo 29 de la ley N° 2230 que no sólo exige la igualdad, pide ser muy cuidadoso con ese concepto porque lo califica de una forma llamativa, invoca la palabra igualdad precedida de perfecta.

Cuando incluí un apartado en el capítulo II que se titulaba "de la Constitución al Derecho Privado", allí estudiaba la posibilidad de aplicar a las relaciones intersubjetivas las disposiciones constitucionales, no pretendía engalanarme con conceptos que tantos maestros de la Teoría General de Derecho han enseñado y hoy enseñan.

Esos conocimientos son las herramientas que utilizamos para construir ese maravilloso edificio que es el sistema jurídico que mi generación recibió y que debe legar a las venideras resplandeciente y digna. Debemos entonces buscar soluciones fundadas sobre argumentos lógico-normativos deducidos de la totalidad del sistema jurídico. Aquí en el artículo 29 que estamos analizando, tenemos a los talentosos legisladores de fines del siglo XIX que conocían perfectamente el artículo 132 de la Constitución de 1830 que invoca la igualdad que ya contenía los elementos esenciales que hoy están en el artículo 8 de la Constitución vigente. Y ese legislador comprendía, sabía y aplicaba cuando redactaba el texto de la ley N° 2230 la unidad del ordenamiento jurídico. Por esa razón especificamos, exigió que el texto se refiera a la perfecta igualdad.

Es más, ese legislador de fines del siglo XIX dispuso del tiempo para estudiar, y por ello era un dato para él, que Eduardo Acevedo y Vélez Sarsfield cuando redactan el Código de Comercio para la provincia de Buenos Aires, que después se transformó en Código de Comercio del Uruguay, habían exigido en la quiebra el pago a prorrata. Y él no quiso usar ese vocablo porque no entendía pertinente ese concepto para el derecho concordatario. Y por eso de ex profeso exigió la igualdad. También ese legislador ilustrado de fines del siglo XIX, tuvo presente que Tristán Narvaja había utilizado en el artículo 2372, que es el primero del capítulo del Código Civil que regula la forma de repartir los bienes en el concurso de acreedores, el pago a prorrata.

Sabía perfectamente que Tristán Narvaja había percibido la equivalencia entre el proceso de quiebra del Código de Comercio y del proceso de concurso que es el que él reguló. Esa similitud ontológica ambientó que al final del trámite, y puestos a pagar a los acreedores que habían soportado el trámite, en el concurso de acreedores se estableciera el pago a prorrata.

Ese legislador supo introducir en la ley N° 2230 el novedoso instituto del concordato en medio de una crisis económico-financiera de orígenes y dimensiones, por lo menos similares a la soportada en el año 2002.

Y esa tarea la ejecutó tan correctamente que con pocas modificaciones hoy nos sigue rigiendo. Allí diferenció una estructura alrededor de la voluntad del deudor y de sus acreedores quirografarios fijando una forma de pago referida a las acreencias preexistentes. Entendió que era impropio de esa estructura asentada en el esfuerzo común del deudor y de los acreedores imponerles una fórmula de pago tan encorsetada como la prorrata. Recordando las disposiciones de los artículos 131 y 132 de su Constitución exigió que el pago se hiciera en función de la perfecta igualdad.

Tanto la Constitución de 1830, que era la vigente al redactarse la ley N° 2230, como la actual han previsto la igualdad como un principio. Ambos textos siempre la expresaron en forma muy sintética y siempre se estableció como causa de la diferenciación a los talentos y a las virtudes.

Cuando el art. 29 de la ley N° 2230 exige la perfecta igualdad, está llamando a la Constitución para pedir las valencias que se generan a través del análisis del artículo 8.

Y cuando el texto del artículo 29 de la ley N° 2230 exige la perfecta igualdad es imposible ver que aquí se invoca el reparto a prorrata. Porque nada más y nada menos que la Constitución nos imponen con su peso jerárquico superior el concepto de igualdad.

Y cuando el legislador dice y exige la perfecta igualdad da cabida a todas las aplicaciones que se hacen de ese principio y que expusimos en el Capítulo II sección II.

Aquí podría cerrar el análisis dejando sentadas las bases para que otros más sagaces e inteligentes realizaran la integración de los principios constitucionales al derecho concursal. Pero aceptando las dificultades voy a esbozar algunas ideas.

Empecemos por asumir la situación. Los acreedores representativos de las mayorías calificadas construyen o diseñan junto con el deudor la fórmula de pago del deudor (en situación concordataria) tratando a la vez de fijar una fórmula que les permita recuperar sus acreencias mientras que se evita que el deudor se agote económica y financieramente en el intento. La teoría ínsita en el sistema es que explotando su actividad el deudor pueda pagar el pasivo acumulado hasta ese momento. Es ese pasivo el que estará involucrado en el concordato y se buscará reestructurarlo para que el deudor lo pague con la explotación de su actividad. Y se debe acompañar el sistema de satisfacción del pasivo "pasado" en espera del éxito empresarial. De los resultados de la actividad productiva futura del deudor, parte deberá destinarse al pago del concordato, y parte, a recrear la fuerza de trabajo para que sucesivamente pueda reiniciar el ciclo productivo. Llegado a este punto debemos dar un paso hacia la Constitución para recordar que el principio de la libertad era el respaldo de la autonomía de la voluntad, por lo cual los titulares de derechos como los involucrados en un concordato podrían disponer libremente de ellos. Y eso es absolutamente cierto en el ámbito de las relaciones bilaterales¹⁶, pero aquí estamos en un lugar distinto. El concordato es otra categoría de negocio jurídico en la que un entendimiento entre la mayoría calificada y el deudor puede hacer extensiva la fórmula de su acuerdo a los acreedores que no desean esa fórmula de pago. Para evitar los excesos que podría imprimir la mayoría, el inteligente legislador de 1893 condiciona la fórmula a que trate con igualdad a todos los acreedores involucrados. En consecuencia, ha de entenderse que todos los acreedores han de ser iguales y por tanto han de tener igual tratamiento. Que no han de establecerse categorías fundadas en la presión o influencia que puedan tener algún acreedor o grupo de acreedores que respaldados en organizaciones empresariales o meramente, por elementos circunstanciales de coalición, pretendan para ellos algo más y distinto que los otros acreedores. Si se efectuaran distinciones entre ellos siempre se respaldará en causas razonables y objetivas, sin implicar el tratamiento desigual a quienes se encuentren en igualdad de situaciones.

La causa del distingo en el tratamiento de los acreedores ha de ser legítima, y en ningún caso ha de estar vinculada a la forma de votar, adherirse o aceptar el concordato.

Y como elemento más valorable porque todo lo anterior apunta a evitar o prohibir el mal uso de la libertad, vamos ahora a destacar la más valedera de las causas de distinción entre los deudores. Para exponerla voy a hacer un símil funcional con el concepto de concordato. Hemos señalado que el instituto se conforma con un conjunto de disposiciones jurídicas que luchan por regular y ordenar un conflicto plurilateral de intereses económicos. Que se pretende organizar ese caos, para que aunando esfuerzos y soportando en común los daños, entre los acreedores y el deudor intenten superar la situación.

Quizás algo entusiasmado por ese concepto lo imagine al concordato como una efectiva apuesta al futuro. Si las cosas suceden como las proyectaron las partes al final contemplaremos que se ha cumplido la fórmula de pago y que el deudor estará librado del pasivo concordatario. Ello lo habilitará para seguir adelante según su destino. En consecuencia si se estableciera una fórmula de pago que valiéndose de medios correctos y cristalinos estableciera el pago básico del total de lo previsto a todos los acreedores concordatarios, pero premiara con un incremento en la velocidad del cobro a aquellos acreedores que propician con nuevos aportes de capital o mercaderías al deudor, para asegurar su actividad, estaríamos frente a una fórmula que recoge exactamente el principio de igualdad. En este caso se privilegia en la velocidad de cobro a ese grupo por una causa funcional al fin del propio cumplimiento del concordato. Ese grupo en función de su renovado aporte en dinero o en insumos asegura el proceso de recreación de utilidades lo que es necesario en la alicaída situación del concordatario. Por ello es instrumental a los fines del sistema.

Hemos fijado el concepto de lo que entendió el legislador por perfecta igualdad y además hemos utilizado el concepto a fin de que el lector tenga cabal comprensión de las afirmaciones teóricas.

3er concepto.- El artículo 29 dice "si no establece perfecta igualdad para el pago DE TODOS LOS CRÉDITOS DE LA MISMA CATEGORÍA". Hemos destacado la parte del artículo que conforma el tercer concepto que debemos analizar. La circunstancia que nos impulsa a analizar este aspecto tiene su razón de ser en que buena parte de la doctrina ha entendido que la referencia a las categorías es atinente a la clasificación entre preferentes (hipotecarios y prendarios), privilegiados y quirografarios. Los que así han

¹⁶ Hoy esa afirmación es objetada por buena parte de la Doctrina véase Antonio Caffera "Autonomía privada: Los cambios y las tensiones del presente" en estudios. En homenaje al Prof. Jorge Gamarrá FCU año 2001

opinado no han aclarado, y menos aún, fundado esas afirmaciones. Consecuentemente voy a exponer el tema a la espera de que alguien explique los fundamentos que dan soporte a esos dichos.

Para nosotros esa parte del artículo se refiere a categorías que han de confeccionarse entre los acreedores que van a cobrar, y que por supuesto son los acreedores quirografarios. En este artículo no hay posibilidad alguna que se esté previendo el cobro en un pie de igualdad de los acreedores preferentes o de los privilegiados.

Téngase como una afirmación que el cobro de los acreedores preferentes o de los privilegiados no está regido por este artículo, ni por el principio de igualdad.

A esta altura del artículo y luego de lo dicho en el 1^{er} y el 2^{do} concepto parece innecesario repetir que en un concordato no se prevé el pago de los acreedores privilegiados ni de los acreedores preferentes.

Está claro que sólo se paga en el concordato a los acreedores quirografarios.

El legislador se encargó de excluir de esa supuesta igualdad a los acreedores preferentes y a los privilegiados. Al tener estos acreedores un tratamiento especial tasado o prefijado por el legislador que conlleva una exclusión de cualquier otro acreedor ya podemos ver que otro es el principio que regula el caso. Cada acreedor correrá la suerte que su personal situación jurídica le tenga asignada. Así vemos que existen acreedores prendarios e hipotecarios que no ven afectado su crédito por el concordato. También existe una larga, larguísima lista de acreedores privilegiados que tampoco están muy afectados por el concordato.

Todo el régimen que se organiza para los no quirografarios se basa justamente en los principios que no son los de igualdad y está caracterizado por una prioridad y una preferencia en el cobro que parte de una situación especial generada por la ley.

Cuando éste artículo prevé categorizar entre los acreedores que van a cobrar, no pueden existir dudas que son categorías que han de elaborarse entre los quirografarios y siguiendo estrictamente los criterios que imponen la perfecta igualdad.

Muchas veces al estudiar con minuciosidad un tema las afirmaciones terminan reiterándose. Cuando estudiamos y comentamos en la segunda cuestión la perfecta igualdad dijimos cómo debían organizarse las categorías. Y esas ideas son las que damos por repetidas aquí.

A modo de conclusión podemos afirmar que en un concordato preventivo sólo se prevé el pago de acreedores quirografarios.

Como el artículo 29 prevé categorías para el pago, ellas han de realizarse –de creerlo conveniente las partes– entre los acreedores quirografarios.

Siempre se respetará la igualdad en el marco del artículo 8 de la Constitución. Y ese principio ponderará las categorías entre sí y al interior de cada grupo.

Sección V.- La igualdad a todo el sistema concordatario

Hemos demostrado que el artículo 29 de la ley N° 2230 prevé siempre el pago en base a la perfecta igualdad. Hemos demostrado que una cosa es la igualdad y que algo distinto es la prorrata. Pero resulta que todo el análisis se efectuó en el marco de la ley N° 2230 que tiene acotada su aplicación a las Sociedades Anónimas y a algunas cooperativas.

Es de preguntarse entonces ¿la solución sólo se aplica en el marco de la ley N° 2230? ¿Los comerciantes individuales y todas las otras sociedades no anónimas que régimen tienen? Cuando debemos establecer en la fórmula de pago de una sociedad de responsabilidad limitada que está solicitando un concordato ¿Qué podemos acordar? Si dejamos de lado por un momento los textos legales se nos ocurren algunas variables. Los interesados pueden llegar a cualquier solución en la medida que tengan el respaldo de las mayorías calificadas. Podría ser otra solución que los interesados sólo puedan establecer el pago a prorrata. Y sería otra que puedan establecer cualquier fórmula en la medida que cumpla con los principios de igualdad.

En el ámbito de las normas del Código de Comercio hay disposiciones que regulan cuidadosamente lo que pagar. Y en ese sentido se han marcado límites al monto de la quita que no puede exceder de un porcentaje. Además se estipulan plazos dentro de los cuales ha de satisfacerse el pago del mínimo establecido por la ley.

Pero no hay ninguna que atienda a la forma en que se ha de distribuir entre los acreedores quirografarios. Esta falta de disposiciones ha fomentado que los sostenedores del concepto de pago a prorrata se sintieran seguros. Es más, si ante el texto rotundo del artículo 29 de la ley N° 2230, se generó toda una corriente que entendió que la igualdad que se proclama en ese texto era sinónimo de pago a prorrata, como no van a insistir en esa solución en un medio que carece de normas específicas. Ya algo parecido encaramos en éste artículo porque señalamos que los sostenedores de esa concepción empezaban por imaginar un Derecho

Concursal. Después generalizaban que la igualdad campeaba en todo ese Derecho Concursal, para finalmente concluir que conforme a las previsiones de los arts. 1750, 1751 y 1745 del Código de Comercio, del art. 2372 del Código Civil, el art. 264 de la ley 16462, el art. 464 del Código General del Proceso y los arts. 29 y 43 de la ley N° 2230 sólo se podía pagar a prorrata en un concordato.

Recordarán que explicamos cuidadosamente que emplear la expresión Derecho Concursal era aceptable para dar un título a los fines de conglobar disposiciones, pero que allí se agrupaban la quiebra y el concordato preventivo que eran dos institutos que conceptualmente eran muy distintos y que esa afirmación nacía del distinto, muy distinto tratamiento legal que tenía cada uno de esos institutos.

Hemos demostrado que no soporta un análisis cuidadoso la idea de que el principio de igualdad campea en todo el Derecho Concursal.

Aquí ante esas afirmaciones tenemos que desagregar conceptos. No es adecuado a una forma técnica de analizar normas de derecho hacer aseveraciones que no se demuestren, siempre se ha de buscar el soporte de las aseveraciones. Además reconocíamos que el Derecho es una sumatoria de normas que carecen de un patrón absolutamente lógico, por lo que son comunes en los textos legales lo que denominamos como perfiles o sutilezas que los hombres de derecho deben saber interpretar.

Toda esta explicación a modo de introducción a lo que diremos a continuación. Empiezan mal los que sin estructurar un razonamiento jurídico y por tanto sin dar razones afirman que la igualdad se aplica a todo el Derecho Concursal. Bajo esa denominación ubican dos institutos que son tan distintos, que para aplicarles a ambos en forma idéntica un principio, hay que fundarlo.

En la especie vimos que la prorrata está establecida como sistema básico para regular los pagos en la quiebra.

Y que la igualdad está establecido para los concordatos. Hasta aquí sólo acreditamos que esa afirmación era cierta para los concordatos regidos por la ley N° 2230. Efectuadas las aclaraciones que anteceden vamos a demostrar que también se aplica a todos los concordatos.

El artículo 16 del Código Civil al regular la analogía nos proporciona un camino adecuado para intentar arribar al punto indicado.

La analogía consiste en aplicar a un caso no previsto la disposición conveniente a una situación prevista cuando entre ésta y aquella hay semejanzas y existe la misma razón jurídica para resolverlos de igual manera.

Tenemos razones para poder aplicar el principio de igualdad a otros concordatos que no sean los regulados por la ley N° 2230.

Hay demasiadas comunidades entre los concordatos de esa ley de 1893, por un lado, y los que regula el Código de Comercio y la ley N° 8045 de 11 de noviembre de 1926, por el otro.

Para empezar no se notan diferencias conceptuales entre ambos grupos de normas. Toda la teoría que apoya el concordato es absolutamente común. Desde ya que hay diferencias, y a vía de ejemplo voy a señalar algunas que son trascendentes al momento de llevar adelante uno u otro trámite, pero que de ninguna manera son causa para estructurar una objeción a la afirmación realizada. Y pruebas al canto, son distintas las mayorías calificadas exigidas para cada tipo, son diversas las personas que pueden servirse de cada tipo y en este camino podríamos seguir efectuando enunciaciones y solo servirían para reafirmar la idea que fuera de esos perfiles son ambos conjuntos de leyes, tipificadoras de modalidades del instituto concordato. A las indiscutidas similitudes ontológicas y de regulación jurídica debemos agregarle las históricas. La ley N° 2230 con sus dos modalidades de concordato fue la imagen que guió la pluma del legislador tanto del 1900 como del 1916, oportunidades en que se estructura el sistema de los concordatos del Código de Comercio. La ley N° 8045 de 11 de noviembre de 1926 en nada se aparta de los conceptos básicos, ya que su gran novedad radica en el conjunto de trámites previstos para que adquiriera fuerza vinculante.

A todo lo que antecede le agregamos un concepto más. Nosotros estamos propugnando por la vía de la integración aplicar un concepto que es un principio constitucional como el de la igualdad. Y ese sí que campea en todo el derecho. Entonces puestos a elegir entre la prorrata y la igualdad no nos deben caber dudas que se aplica la igualdad en los términos y la valencia que ya fijamos.

CAPÍTULO IV.- LA IGUALDAD EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS PRIVADOS DE REORGANIZACIÓN

Sección I.- Sobre los orígenes del proyecto de ley a estudio del parlamento

El proyecto de ley a estudio del parlamento referido a “los fenómenos de crisis económica” se inspira en la ley N° 22/2003 de 11 de noviembre española. Esa ley regula exclusivamente lo que denomina como “concurso” que para realizar una aproximación al lector uruguayo, comprende la tradicional quiebra. Y esa ley no regula los institutos denominados preventivos, que son aquellos que pretenden evitar que se llegue a una quiebra, empleando esa última palabra en el sentido que ya hemos señalado.

Hace ya algunos años el Poder Ejecutivo de la época remitió al parlamento un proyecto de ley que tomaba por fuente la ley española ya citada a la que incorporaba normas sobre un instituto preventivo.

Trabajando sobre ese proyecto de ley que no fue tratado por el parlamento, nuevamente el Poder Ejecutivo a través de sus técnicos realizó ajustes. A ese proyecto se le realizó una revisión posterior contando con la colaboración de los distinguidos profesores Dres. Ricardo Olivera García, Israel Creimer y Siegbert Rippe, y es así que se llegó a la ampliación de las normas concluyéndose el denominado acuerdo privado de reorganización. En consecuencia, la primera afirmación que se puede extraer comparando el proyecto de ley uruguayo, con la ley española de concursos, es que no fue de ese texto legal de la Madre Patria que los redactores uruguayos tomaron las normas sobre acuerdos privados de reorganización. Es más, la ley española no tiene normas que regulen el concordato preventivo expresando y denominando el instituto por el nombre, que para nosotros, tiene una larga tradición. Ese proyecto español regula exclusivamente el concurso. Y entonces ¿en qué disposiciones se inspiraron los autores? Afortunadamente hay para esa pregunta una respuesta muy halagadora para el ego de nuestros legisladores. No hay la menor duda que el proyecto de ley en estudio se inspiró en las muy buenas normas sobre concordatos vigentes. Pero atención porque si bien la estructura de procedimiento es muy parecida, hay muy importantes diferencias al momento de determinar quiénes pueden solicitarlo, en cuanto a los efectos, todos temas que marcan diferencias.

Sección II.- Sobre la denominación

En el proyecto de ley se abandona el nombre tradicional de concordato, por el extenso apelativo de acuerdo privado de reorganización. Muchas veces la denominación de un instituto indica en forma sintética lo que es. Como ya hemos señalado en nuestro país se ha reservado la palabra concordato para individualizar una categoría legal.

Al iniciar el estudio del largo nombre que los autores del proyecto dieron al instituto, lo primero que encontramos es el vocablo “ACUERDO”. Esa expresión hace referencia a coincidencia de opiniones, consentimiento para realizar un acto, o directamente suele usarse como sinónimo de contrato, convenio, pacto, todas expresiones que apuntan hacia horizontes distintos al del concordato que por esencia no requiere de ese conjunto de voluntades de todos los obligados como ya explicamos.

La segunda palabra que utiliza para calificar el acuerdo es “PRIVADO”. El artículo 215 bajo el nomen juris de Modalidades del Acuerdo dice que el deudor tendrá la opción de seguir el procedimiento puramente privado o solicitar su homologación judicial.

El procedimiento privado (artículos 215 a 220) da la posibilidad de llegar a la culminación de ese trámite sin necesidad de la intervención del poder judicial. El nombre de puramente privado tiene su razón de ser en la circunstancia de que es posible llegar a transformar la fórmula de pago concordataria en obligatoria para la totalidad de los acreedores quirografarios, (incluyendo a los que prestaron su consentimiento y los que no lo prestaron), sin que haya un trámite judicial y sin que exista una sentencia de homologación. Pero resulta que como ya dijimos al invocar el artículo 215, hay otro procedimiento. Los artículos 221 a 226

establecen el acuerdo sometido a homologación judicial, el que para adquirir fuerza vinculante, requiere de un trámite judicial que desemboca en una sentencia que rechaza la solicitud, o en su caso la acepta, homologándolo. Cuando comprobamos que el nombre elegido sólo tiene la capacidad de contener a una de las formas: la modalidad privada y que carece de la amplitud o generalidad conceptual de encartar también el procedimiento extrajudicial, debemos calificar al nombre elegido como incorrecto. Sí, a lo ya señalado le agregamos que para el legislador el procedimiento extrajudicial es más seguro, y por eso la ley le reserva el rol de respaldar el trámite puramente privado. Lo dicho se comprueba directamente porque si un trámite iniciado por el deudor como puramente privado enfrenta una oposición, ese deudor deberá presentarse ante el Juzgado competente y para la concreción del “acuerdo” se requerirá la homologación judicial. Vemos entonces que el procedimiento mutó de privado a extrajudicial. Para terminar con el análisis del nombre, los autores incorporaron un nuevo calificativo al “acuerdo”, porque dice “de reorganización”. La palabra reorganizar quiere decir volver a organizar en el sentido de reformar una cosa sujetando las reglas, el número, orden, armonía y dependencia de las partes que la componen. La reorganización puede referirse tanto a lo interno como a lo externo del deudor, o en su caso, a ambos aspectos de su realidad. Lo que hemos calificado de reorganización interna implicaría que el contenido del “acuerdo” conllevara entre otros contenidos, y con el fin de dar ejemplos de lo que decimos, una reducción o ampliación de los rubros de actividad desprendiendo o adquiriendo bienes, reduciendo o aumentando el personal, etc. El artículo 139 del proyecto de ley refiriéndose al contenido de la propuesta que realiza el deudor en concurso dice “reorganización de la sociedad” expresión que parece alinearse en el sentido que estamos desarrollando. Desde ya que debemos separar la limitación que implica circunscribir la negociación sólo a las sociedades, cuando el deudor puede ser persona física. De todas formas parece aceptable hacer pie en esa disposición para afirmar que la pregonada negociación que contenga el convenio puede ser la interna. La reorganización externa hace referencia a las relaciones de adeudo que mantiene con sus acreedores. En este caso el “acuerdo” podría implicar las tradicionales quitas o esperas u otras soluciones que procuran resolver el endeudamiento que motiva la situación. Y finalmente sería posible que se llegara a soluciones que tomen aspectos de ambas, siendo una clásica que los acreedores cobren ingresando como socios o parte en el negocio del deudor.

En lo sucesivo y para facilitar la lectura, cada vez que nos refiramos al “Acuerdo privado de reorganización” lo haremos con el sintético apelativo de “acuerdo”. Y al usar esa abreviación no cometemos ningún error técnico porque ese fue el proceder del legislador al tener necesidad de invocar el instituto. Podemos apreciar que en el texto del proyecto lo apela por solo el vocablo acuerdo en lugar de extenso oficial. El capítulo I se llama “celebración del acuerdo” y el capítulo V “Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo”.

Cuando el propio legislador actúa así da una mala señal porque acuerdo es algo conceptualmente muy distinto, está apuntando hacia otro negocio jurídico. Y además conlleva reconocer que es, por lo menos, un nombre muy largo.

No queremos finalizar este capítulo sin efectuar algunas precisiones. Está claro que no nos gusta la denominación por largo y porque a través de tantas palabras no logra precisar la materia que regula. Como lo hemos señalado son palabras, que puestas una atrás de la otra en el orden de aparición, carecen de la certeza tipificante del instituto al que se refieren. Lamentamos que se deje de lado la denominación de concordato que si ostentaba la calidad de representar un concepto. Y finalmente si se puede nombrar un instituto utilizando una palabra, por qué emplean tres. Y si la palabra al sentir del derecho uruguayo invoca claramente el concepto de una categoría jurídica y es utilizada desde 1893 sin que nadie la objete: ¿Tendrá sentido inventar una denominación de estructura acumulativa no comprensiva del concordato? Pero concluyamos que el nombre no hace a la cosa y que en el ámbito de los institutos de derecho lo que importa es el contenido y no el nombre.

Sección III.- Breve referencia a la regulación de los “acuerdos”

El proyecto de ley a estudio del parlamento consta de 263 artículos. Los referidos al “acuerdo” son 21 (del art. 214 al art. 235) por lo que representan 7.98% del total. Esos 21 artículos están agrupados en cinco capítulos y contienen una regulación ordenada alrededor de dos formas de tramitación, una denominada “acuerdo puramente privado” y otro “acuerdo sometido a homologación judicial”. El proyecto de ley deja de lado la clásica ordenación de créditos contenida en los Códigos Civil y Comercial y copiando las previsiones del artículo 89 de la ley N° 22/2003 española los clasifica en privilegiados, quirografarios y

subordinados. Tanto la prenda como la hipoteca se enuncian como privilegiados especiales. La mayoría básica para las adhesiones individuales adquieren el carácter de aceptación son idénticas a las previstas en la ley N° 2230. También se ha previsto otra mayoría que será estudiada en especial.

Sección IV.- El artículo 145

La última frase del primer artículo 214 dice que será aplicable al "acuerdo" lo dispuesto por el artículo 145. Ya el "nomen juris" de ese artículo nos llama la atención porque emplea la palabra ventaja. Pero leyéndolo se comprueba que se ha dado un paso importante hacia horizontes desconocidos en nuestra legislación sobre concordatos. En el artículo se regula el contenido de la propuesta en tanto y en cuanto en ella se pretenda hacer diferenciaciones para el cobro entre los acreedores quirografarios. Ese concepto novedoso se construye alrededor de la palabra ventaja que es una mejoría que tiene alguien respecto de otro. Y también es una condición favorable que una persona tiene. Leyendo el artículo lo que se intuye del "nomen juris" se comprueba porque se dice "Cuando una propuesta contenga ventajas a favor". Aquí a través de una fórmula evidentemente descarnada se está autorizando que se establezca un tratamiento preferencial, que de eso se trata en una fórmula concordataria, dar una ventaja. Pero si era descarnada la palabra en el sentido que se preveía la posibilidad de un tratamiento especial, igualmente rotundo es lo que sigue. Porque hasta aquí nos encontrábamos con un concepto, se puede otorgar una ventaja, pero como decíamos inmediatamente el legislador enumera quiénes pueden ser sujetos beneficiados de esa ventaja.

Y puesto a determinar esos beneficiados se dice "a favor de uno o varios acreedores" si calificamos de descarnada la expresión ventaja, tenemos que ser cuidadosos al momento de referirnos al hecho de que se haya otorgado por vía de la ley, una ventaja que puede referirse a una sola persona. Pasando por un momento de la teoría a la práctica conforme a esta previsión, es posible que una cláusula del acuerdo concursal establezca por ejemplo "Los acreedores cobrarán con una quita del 20% de sus créditos en 15 cuotas iguales y consecutivas que se efectivizan los días 20 de cada dos meses. El acreedor Juan Pérez cobrará el 100% de su crédito a los 5 días de adquirir fuerza vinculante este acuerdo". Allí tenemos expresada la hipótesis legal, se le ha conferido al Sr. Juan Pérez ventaja individual. Y lo más llamativo que el artículo, y para que no queden dudas, prevee la ventaja individual en el primer lugar del elenco de beneficiarios de esa posibilidad. En la situación que se está regulando y después de preverse la posibilidad de acordar en el texto el escenario más favorable a favor de un solo individuo, pierden importancia por casi inocuas que se enuncie, otras posibilidades como son "varios acreedores" o "varias clases de créditos".

Volvemos a insistir, el concepto que implica expresión "uno o varios acreedores" porque aquí se confiere la ventaja separada de cualquier condición como podría ser asegurar el aprovisionamiento de insumos u otros similares. No hay duda que el favor es otorgado en razón del beneficiado y nada más.

Esta afirmación que se centra en los dos primeros casos se comprueba cuando uno focaliza la atención en el tercer y último de los enunciados, de este artículo 145. Ese último caso se expresa como "varias clases de créditos". Con esas expresiones da la sensación que se deja de lado los aspectos subjetivos y nos permite invocar criterios de clasificación dirigidos a ordenar la satisfacción del pasivo en base a la naturaleza del crédito, y no del dueño de ese crédito. Y esta opción bastante más objetiva ambienta otras soluciones. Pero entendiéndose bien para evitar confusiones después de admitir "la ventaja a favor de uno" de los acreedores, todo lo que se diga después, salvo que condicionara exigiendo valores ponderables, carece de utilidad, y eso no sucede. Conforme a esta disposición es legal estipular la ventaja con nombre y apellido.

Esos tratamientos contenidos en una propuesta requieren de una mayoría calificada para su aprobación. Para que esas fórmulas de pago que hemos descripto adquieran fuerza vinculante tendremos algo parecido a lo que sucedía en las dobles mayorías del inciso 1° del artículo 1524 del Código de Comercio. En el régimen previsto para los "acuerdos" en que pretenda otorgar una ventaja para uno o varios acreedores se debe obtener el voto favorable de acreedores que representen el 75% de los acreedores con derecho de voto que es la mayoría básica. Pero además, se requiere otra mayoría agregada que surge de una nueva operación. Para ello entre esos acreedores quirografarios con derecho de voto deberíamos distinguir: a) acreedores aceptantes que integran el grupo de los que reciben el beneficio; b) acreedores aceptantes que integran el grupo de los que no reciben el beneficio, c) acreedores que no se adhieren al "acuerdo", lo votan en contra, o no dicen nada.

El artículo exige que los acreedores votantes del acuerdo y que no sean beneficiarios del tratamiento ventajoso (los indicados en el apartado b) representen una suma mayor del pasivo que lo que representen los no adherentes al "convenio" (los indicados en el apartado c). Dicho en forma muy sintética grupo B > grupo C.

La redacción de este artículo 145 recoge el especial sentir de los redactores patrios que se apartan expresamente en estos aspectos que reseñamos de lo establecido en el art. 125 español.

Y prueban al cuarto "artículo 125 de la ley española dice:- reglas especiales" "1) Para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características".

En el artículo de origen ni se menciona la palabra ventaja, ni se autoriza el tratamiento ventajoso de un acreedor. Pero además la redacción tiene una construcción en la que puede entenderse que el trato singular (expresión sustituida por ventaja en Uruguay) está también relativizada por el hecho que los dos beneficiarios señalados (ciertos acreedores o grupos de acreedores) deben ser confeccionados o estructurados por sus características. Lo que parece poner distancia con el criterio meramente subjetivo que surge de la variante criolla.

Leyendo el artículo 145 que estamos estudiando se me ha ocurrido una idea que será el inicio del final de este capítulo. Para empezar lo mejor es transcribir la primera parte del artículo que dice "cuando una propuesta" contenga ventajas a favor de uno". Aquí se está haciendo un juicio de valor del contenido de una propuesta en la que comparamos a uno el "ventajero", de otros acreedores que son "ventajeados". Y hacemos una valoración que tiene por fundamento comprobar esa ventaja y otorgársela expresamente y sin fundamento al ventajero.

Cuando recordamos las valencias que atribuíamos el principio de la igualdad en el Capítulo II Sección II) de éste trabajo, en donde señalábamos que la igualdad era un derecho relacional en la medida que no tenía contenido propio sino que implicaba comparar dos entidades para determinar si eran equivalentes, podemos apreciar las diferencias. La Constitución y el art. 145 ambos valoran dos situaciones con objetivos absolutamente opuestos. Poniendo una junto a la otra parecen responder una la del artículo 8 de la Constitución a lo que denomina como principio de igualdad. Y el artículo 145 en tanto y en cuanto permite otorgar una ventaja a uno o varios acreedores por lo menos y para decirlo de la forma más amable posible no se adecua claramente a esos parámetros.

Terminando y refiriéndonos a lo que venimos de decir, no escapa al buen criterio que muchos aspectos de la conceptualización legal prevista para los "acuerdos" en ese proyecto de ley, quizás, tenga fuertes encontronazos con el resto del sistema legal patrio.

Y recordando el texto del art. 29 de la ley N° 2230 de 1893 nos preguntamos ¿valdrá la pena el cambio?

Sección IV.- Evolución inversa entre la legislación y la doctrina

No podemos cerrar este artículo sin destacar la inversa evolución que percibimos de la legislación por un lado y por el otro de las preocupaciones teóricas.

Hemos señalado que la perfecta igualdad estaba exigida por el artículo 29 de la ley N° 2230 del año 1893. En el proyecto de ley a estudio del parlamento encontramos que el artículo 145 maneja otras ideas con lo que pasaríamos de las exigencias de la perfecta igualdad a desprendernos de esa valencias en el artículo 145.

Por el contrario la doctrina de los años 1930 no le prestó importancia al punto. Después los autores más modernos le reconocieron a la igualdad la calidad de los principios tuteladores pero sin empeñarse en el tema. Y finalmente los autores que han trabajado en la primera década del siglo XXI han puesto las cuestiones de la igualdad en los concordatos en un lugar destacado. Es más, ya han surgido sentencias que encolumnándose en las concepciones ya referidas se fundan en el principio de la igualdad, para llegar al fallo.

Cuando aparentemente el concepto de igualdad en los concordatos puede tener modificaciones importantes por la derogación de la ley N° 2230 han aparecido en los autores las preocupaciones teóricas.