

La cuestión ambiental en el derecho concursal argentino e italiano*

Mauricio BORETTO**

RESUMEN: Este artículo pretende abordar de manera conjunta los puntos de convergencia entre el Derecho ambiental y el Derecho concursal. Para ello, se analizan los puntos de contacto entre estos dos ámbitos a partir de una comparación entre el ordenamiento jurídico italiano y el ordenamiento jurídico argentino, con especial referencia a la *legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, la quale ha modificato gli artt. 9 e 41 della Costituzione Italiana, il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152* (Código Ambiental) y el *Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, decreto legislativo del 12 gennaio 2019, n° 14*.

PALABRAS CLAVE: Derecho concursal; derecho ambiental; derecho argentino; derecho italiano.

SUMARIO: 1. Punto de partida; – 2. La constitucionalización del derecho privado; – 3. Algunas consideraciones sobre derecho italiano concursal y sus puntos de contacto con el derecho italiano ambiental; – 4. Premisas del derecho ambiental argentino que deben ser tenidas en cuenta con relación a los problemas que se presentan en el proceso concursal cuando la empresa insolvente ha contaminado y ha dañado el medio ambiente; – 5. Abordaje jurídico de algunos problemas que plantea el proceso concursal del empresario insolvente que contamina; – 6. Final.

TITLE: *The Environmental Question in the Competitive Right Argentine and Italian*

ABSTRACT: *This article intends to jointly address the points of convergence between environmental law and civil law. For this purpose, the points of contact between these areas are analyzed based on a comparison between the Italian legal system and the Argentine legal system, with special reference to the constitutional legge 11 February 2022, n. 1, which is modified in art. 9 and 41 of the Italian Costituzione, legislative decree 3 April 2006, n. 152 (Environmental Code) and the Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, legislative decree of 12th Gennaio 2019, n° 14.*

KEYWORDS: *Competitive law; environmental law; Argentine law; Italian law.*

CONTENTS: *1. Starting point; – 2. The constitutionalization of private rights; – 3. Some considerations about the Italian competition law and its points of contact with the Italian environmental law; – 4. Premises of the Argentine environmental law that must be met in relation to the problems that arise in the competitive process when the insolvent company has contaminated and damaged the environment; – 5. Legal approach to some problems that pose the competitive process of the insolvent businessman that contaminates; – 6. Final.*

* Con especial referencia a la *legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, la quale ha modificato gli artt. 9 e 41 della Costituzione Italiana, il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152* (Código Ambiental) y el *Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, decreto legislativo del 12 gennaio 2019, n°14*.

** Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor titular de la cátedra de Derecho Concursal, Universidad Nacional de Cuyo. Premio de Derecho privado Castán Tobeñas (Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia – España). Ganador concurso visiting professor/visiting researcher 2022/2023 Universidad de Bari Aldo Moro. Profesor invitado de la Universidad de Salerno. Integrante del Comité Editorial en calidad de redactor de la Revista Italiana “Contrato y Empresa Europa”. Director del Seminario “Aprendiendo el Derecho concursal en italiano y en inglés”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Integrante del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales en Buenos Aires.

1. Punto de partida¹

Abordar de manera conjunta los puntos de convergencia entre el Derecho ambiental y el Derecho concursal no es tarea sencilla. Sin embargo, constituye un importante desafío que vale la pena asumir, en búsqueda de respuestas a los muchos interrogantes que se suscitan a la luz de ambas disciplinas jurídicas.

Veamos un ejemplo: una persona, víctima de la contaminación de un río, cuya empresa contaminante se encuentra en concurso preventivo, debe reclamar el *resarcimiento* de los daños injustamente sufridos a su persona (daño ambiental individual o indirecto o de rebote) pero también desea obtener como *afectado* (art. 43 Const. Nacional y art. 30 Ley 25.675) la *recomposición* del ambiente dañado (daño ambiental colectivo, art. 41 Const. Nacional) y, para el caso de que técnicamente no sea factible (art. 28 Ley 25.675), la *indemnización sustitutiva*.

Preguntas:

- 1) ¿Es un juicio de contenido patrimonial?
- 2) ¿Debe verificar tempestivamente ante el síndico (art. 32 L.C.Q.)?
- 3) ¿Debe reclamar a través de un juicio de conocimiento “ambiental” que no se atrae, para luego tener que verificar (art. 21 L.C.Q.)?
- 4) ¿Para la acción de *recomposición* que vía procesal debe utilizar?
- 5) ¿Se debe aplicar el plazo de prescripción de 2 años del art. 56 L.C.Q.?
- 6) ¿Es un acreedor quirografario?, ¿Se le aplica la propuesta de acuerdo preventivo?
- 7) ¿Enmarcamos este caso en la discusión del llamado “acreedor involuntario” o “vulnerable”?
- 8) ¿Podría darle el juez concursal un “privilegio especial” a pesar de no estar mencionado en la L.C.Q., invocando el “bloque de constitucionalidad” y el nuevo paradigma de la “Constitucionalización del Derecho privado” claramente receptada en el nuevo CCyC (arg. arts. 1 y 2)?

¹ Este trabajo de investigación ha sido elaborado en el marco de la estancia del suscripto en la Universidad de Bari Aldo Moro (Italia), tras ganar el concurso académico visiting professor/visiting researcher realizado por dicha Institución Académica. La postulación fue realizada por el Departamento di “Economía, Management e Diritto dell’ Impresa” (a través del profesor Gianvinto Giannelli) y por el Dipartimento di “Giurisprudenza” (a través del profesor Eustachio Cardinale), ambos de la Universidad degli Studi di Bari Aldo Moro; habiéndose designado una “commissione valutatrice”, la cual evaluó a todos los postulantes compuesta por los siguientes profesores: – Prof.ssa Grazia Paola Nicchia, professore ordinario S.S.D.BIO/09, componente; – Prof.ssa Antonietta Ivona, professore associato S.S.D. M-GGR/02, componente; – Prof. Giuliano Vox, professore associato confermato S.S.D. AGR/10, componente; – Dott.ssa Luisa D’Aniello, responsabile Sezione Internazionalizzazione, segretario verbalizzante.

Como podrá apreciar el lector, son muchas las preguntas, que no tienen claras respuestas ni en la ley concursal ni en la ley ambiental cuando la empresa contaminante se encuentra en estado de cesión de pagos, con proceso concursal en marcha, cuyas consecuencias reguladas en la ley 24.522, deben ser “analizadas y coordinadas” *en clave constitucional* con los efectos “ambientales” regulados en la legislación ambiental.

El juez, que debe *resolver mediante una resolución razonablemente fundada* (art. 3 CCyC), es quien tendrá que armar – si cabe la expresión – el rompecabezas.

¿Con qué parámetros?

- ¿De acuerdo con los principios concursales, *principalmente*?
 - o Con lo cual, la víctima contaminada de nuestro ejemplo sería un mero acreedor quirografario, pues la ley concursal no la da literalmente ningún privilegio
- ¿De conformidad a los principios ambientales, *fundamentalmente*?
 - o Con lo cual, la víctima contaminada de nuestro ejemplo no tendría un panorama claro, pues nada dice al respecto la legislación ambiental
- ¿A la luz de la Constitución (arts. 41, 75 inc. 22), los Tratados de Derechos Humanos y el nuevo CCyC (arts. 1 y 2)?
 - o En cuyo caso, quizás, “podría” obtener un “privilegio especial” (arg. “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y 34 / 37 L.R.H. de F.)”²

En este contexto, resulta propicio recordar algunos conceptos básicos que deben ser tenidos necesariamente en cuenta a los efectos de intentar resolver los problemas que se plantean, cuando entran en conflicto distintos bienes jurídicos, de diferente jerarquía normativa y axiológica.

Creemos muy atinada las palabras de Edgardo I. Saux, quien expresa con razón que es un hecho de la realidad que, en los tiempos que corren, la priorización y la tutela constitucional de los derechos humanos ha generado un nuevo tipo de conflicto hermenéutico especialmente para el juzgador, en particular en aquellos casos en los cuales la controversia traída a decisión enfrenta derechos, principios o valores,

² Crédito privilegiado: La Corte reconoció el privilegio especial de primer orden al crédito por mala praxis por el parto que causó una discapacidad irreversible | Microjuris Argentina al Día. CSJN, 26-3-2019, Cita: MJ-JU-M-117713-AR | MJJ117713 | MJJ117713.

normalmente extrasistémicos vinculados a ellos.³

Se pregunta el autor si cabe aceptar que, dentro del elenco pensable de derechos y garantías con tutela constitucional, sea procedente formular nóminas de precedencia. Señala que en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente se ha consignado que cuando la cuestión a resolver enfrenta derechos o garantías de rango constitucional, debe propenderse a su conciliación.⁴

Doctrinariamente se ha sostenido al respecto que la mención a “todos” y “para todos” que la Constitución Nacional propone en los arts. 14, 18 y 116, expresa una doble igualdad: la de los sujetos y la de los derechos enunciados por ella. Para Saux, ante la colisión de derechos fundamentales, la decisión final del intérprete debe propender a no atenerse a soluciones radicales, buscando la conciliación. La más eficaz manera de intentarla es mediante el juicio de ponderación – *que admite sacrificios parciales de unos en favor de otros sobre la base de pautas de la obtención de la menor dañosidad en el resultado final* – complementado por el juicio de las previsiones, que implica que *el juzgador debe evaluar los alcances reales que más allá del caso juzgado proyecte su decisión en otros ámbitos, tanto relacionados con procesos futuros como con secuelas económicas o sociales, consideraciones de rango axiológico que tampoco pueden ser dejadas de tener en cuenta*”, toda vez que “...el juzgador que no mide los efectos de lo decidido en cuanto al caso concreto, las secuencias posteriores o el impacto del fallo en otros pronunciamientos, consume una interpretación descalificable por imprevista”.⁵

Ricardo Lorenzetti⁶ señala también sobre la cuestión que, así como el conflicto entre “reglas” en un sistema codificado se resuelve en el plano de la validez, cuando la colisión es entre principios intrasistémicos,⁷ se requiere un análisis de capacidad argumentativa llamado “juicio de ponderación”; según los postulados de Robert Alexy.⁸ De esta manera, en ese juicio pueden darse tres hipótesis:

- 1) colisión entre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales: deben prevalecer los últimos
- 2) colisión entre bienes patrimoniales: la solución es cuantitativa (eficiencia-optimización de recursos)

³ “Conflicto entre derechos fundamentales”, L.L. 2004-A, pág. 1071.

⁴ Fallos 255:293; 258:267; 302:640.

⁵ “Conflicto entre derechos fundamentales”, ob. cit., pág. 1078.

⁶ “Las normas fundamentales de Derecho privado”, Santa Fe, ed. Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 308.

⁷ DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, ed. Ariel, Barcelona, 1984, traducción de Guastavino, M., pág. 26.

⁸ “Teoría de los derechos fundamentales”, pág. 152 y sigtes., 1º reimp., traducción Ernesto Garzón Valdez, Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

3) colisión entre bienes extrapatrimoniales: cabe el juicio de ponderación.

Así las cosas, con respecto a este último aspecto, es decir, el de los derechos constitucionales y su proporcionalidad – o la “ponderación” de estos dentro del ámbito jurídico –, se ha consolidado como método eficaz para saber qué derecho humano debe prevalecer ante otro cuando ambos colisionan o se contraponen.

Por ejemplo, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la acción de inconstitucionalidad 146/2007, realizó la ponderación del derecho a la vida del no nacido contra los derechos de la madre (salud, sexuales y reproductivos y libre desarrollo de la personalidad). Se determinó que estos últimos deben predominar sobre el derecho a la vida, lo cual dio pauta a la despenalización del aborto en la Ciudad de México.⁹

2. La constitucionalización del derecho privado

2.1. Introducción

La temática que estamos analizando en el presente aporte doctrinario – *derecho concursal* y su “convivencia” con el *derecho ambiental* –, como podemos apreciar, provoca que entren en tensión bienes jurídicos de distinta naturaleza:

- Derecho de propiedad de los acreedores (arts. 14 y 17 Const. Nacional)
- Derecho de propiedad y derecho de ejercer el comercio e industria lícita del deudor (art. 14 y 17 Const. Nacional)
- Derecho a un medio ambiente sano de los habitantes de la comunidad (art. 41 Const. Nacional) donde el empresario insolvente desarrolla su derecho a ejercer el comercio y su industria lícita (art. 14 Const. Nacional)
- Derecho a la tutela de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano en sí mismo, a la biodiversidad, a la ecología, etc. en tanto bien colectivo de uso comunitario (art. 41 y 43 Const. Nacional)

Así las cosas, por mandato constitucional (art. 75 inc. 22 Const. Nacional) e, inclusive, infra constitucional (arts. 1 y 2 CCyC), no podemos afrontar este desafío soslayando una visión *constitucionalizadora* del problema; lo que no quiere decir que “le vamos a

⁹ RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ, I., & ÁLVAREZ BAUTISTA, P. (2023). La ponderación de derechos de Robert Alexy en una decisión judicial del máximo tribunal en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, (48), 451–481.

reconocer sin más – dentro del proyecto de distribución falencial – un privilegio especial al acreedor víctima de la contaminación (el “acreedor ambiental”), que no le da expresamente ley 24.522”.

Como veremos, en este sentido, la carga argumentativa a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos es muy importante.

En efecto, si nos limitamos al análisis de la cuestión desde la óptica de la legislación infra constitucional (ley 24.522), nuestro acreedor es *quirografario* y está sujeto a la *propuesta de acuerdo*. Por el contrario, si el enfoque encarna una visión constitucional del conflicto, quizás sí pueda *fundarse razonablemente* (arg. arts. 1, 2 y 3 CCyC) la existencia de un privilegio especial a favor del “acreedor ambiental”.

¿Qué significa todo esto?

Para dar respuesta a nuestro interrogante, debemos repasar cuáles son los pilares básicos sobre los cuales se asienta el nuevo paradigma de la *Constitucionalización del Derecho privado*.

2.2. ¿En qué consiste?

Hasta hace algunas décadas se pensaba que Derecho Privado y Derecho Constitucional tenían pocos puntos en contacto: uno regía las relaciones jurídicas de coordinación y el otro las relaciones jurídicas de subordinación.

Las relaciones entre el Estado y el individuo regidas por el Derecho Constitucional eran, exclusivamente, las que ponían límites al poder del Estado en los casos en que éste pretendía alterar las garantías individuales.

Por ello, la garantía constitucional tradicional más típica fue el *habeas corpus* para asegurar la libertad física del individuo frente a las detenciones arbitrarias del Estado.

En la actualidad, esta visión ha cambiado:

- ✓ Por un lado, se advierte que no todo poder está en manos del Estado. Por el contrario, existen poderes económicos, culturales, sociales que también deben ser limitados por el ordenamiento para asegurar que las libertades y la igualdad

real entre las personas sean efectivas y no se conviertan en una mera declaración.¹⁰ Desde esta nueva perspectiva, no debe extrañar que ingresen a los textos constitucionales relaciones que tradicionalmente pertenecieron al Derecho Privado. De este modo, el Derecho Constitucional penetra en el Derecho Privado y sus principios se propagan a los diversos sectores del ordenamiento jurídico.

✓ Por otro lado, existen ciertos derechos civiles que merecen una tutela especial, más elevada que la que otorga la ley. Así, la reforma constitucional de 1994 incorporó a la Constitución Nacional varias previsiones que tocan materias de Derecho Privado, tales como:

- la *protección del consumidor* consagrada en el artículo 42, según el cual: “(...) *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control (...)*”. La ley 24.240 (con su reforma de la ley n° 26.361) de Defensa del usuario y consumidor y el nuevo Código Civil y Comercial (del 2015, desde el art. 1092 al 1122), hoy,

¹⁰ Por ejemplo, en el marco de esta corriente, el constituyente de 1994 dispuso en el art. 75 inc 23 Constitución Nacional, que corresponde al Congreso de la Nación: “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*”.

constituyen la reglamentación de esta cláusula constitucional.

○ El daño ambiental (art. 41 CN): *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos”*. La Ley General del Ambiente 25.675 y los arts. 14 y 240 del CCyC reglamentan este dispositivo. El último prevé, particularmente, que *el ejercicio de los derechos individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva debiendo conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial*.

Sin perjuicio de los ejemplos transcritos, otras numerosas materias de Derecho Privado (la protección de la persona humana, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, la filiación, el matrimonio, la responsabilidad parental, la adopción, etc.) aparecen en los Tratados internacionales a los cuales la Constitución (con la reforma de 1994) reconoce jerarquía constitucional

(arts. 31 y 75, inc. 22°).

Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo; la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la Convención sobre los derechos del niño.

Esta nueva visión, ha traído luz sobre una serie de cuestiones desde que las normas constitucionales tienen gran eficacia en tres sentidos:

- 1) *Eficacia directa*: este carácter significa que, aunque no haya disposición legal que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación. Por ejemplo, la República Argentina no ha reglamentado específicamente aún el derecho a réplica o de respuesta (previsto en el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica), derecho que se ejerce contra las empresas periodísticas para que rectifiquen noticias erróneas o incompletas; sin embargo, a partir del caso “Ekmekdjian c/Sofovich”, (07/07/1992, Fallos 315:1492) la Corte Federal otorgó eficacia directa a ese derecho; consecuentemente, cualquier particular puede reclamar al medio periodístico que difundió una noticia errónea o inexacta que lo afecta personalmente a que, por igual medio, la corrija o complete.
- 2) *Eficacia invalidatoria*: esta característica implica que las disposiciones constitucionales autorizan a no aplicar cualquier disposición legal que las contradiga. Así, por ejemplo, el art. 1276 del código civil derogado disponía que, si no se podía determinar el origen de los fondos, el bien ganancial era de administración marital. Después de la reforma constitucional de 1994, un importante sector de la doctrina sostuvo que esta norma estaba derogada, pues violaba el principio de igualdad de hombre y mujer contenido expresamente en la Convención Internacional de no discriminación contra la

mujer (CEDAW), y así fue declarado en varias sentencias judiciales, que afirmaron que si el origen de los fondos era dudoso la administración correspondía a ambos cónyuges. Esta posición fue ulteriormente recogida por el legislador, quien el 7/11/2003 sancionó la Ley 25.781, que sustituyó el discutido párrafo del art. 1276. Actualmente, la misma solución está contenida en el art. 472 CCyC.

- 3) *Eficacia interpretativa*: la visión constitucional exige una “relectura” de los textos legales, de tal modo que la interpretación de la ley esté siempre adecuada a la Constitución; por eso, cuando una ley puede ser interpretada de diversas maneras, una que la hace contraria al texto constitucional, y otra que permite su adecuación, quien interpreta y aplica la ley debe hacerlo de manera que ella resulte conforme a la norma constitucional; por esta razón, el juez no debe declarar la inconstitucionalidad de una ley si ésta permite una interpretación adecuada al texto constitucional.

De este modo, desde la reforma constitucional de 1994, se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho.

La idea de supremacía constitucional – contenida en el artículo 31 de la Constitución – y, principalmente, los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 Const. Nacional), configuran la base fundamental de un “Sistema de Fuentes” en el ordenamiento jurídico argentino que ha venido indefectiblemente a variar el orden jurídico en general.

En efecto, ante el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado, *la legislación debe partir de este sistema para interpretar y aplicar el derecho.*

Como consecuencia de ello, los casos que rijan la legislación deben ser resueltos de acuerdo a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, *interpretándolas conforme a la Constitución Nacional y a los tratados suscriptos por la Argentina.*

En efecto, la reforma constitucional de 1994 introdujo un cambio sustancial al sistema jerárquico normativo en Argentina.

En la cúspide de todo el ordenamiento jurídico, la Constitución dejó su rol exclusivo de

norma fundamental por cuanto los tratados internacionales – de derechos humanos – han pasado a tener su misma jerarquía. La Constitución continúa siendo entonces la norma fundamental de todo el sistema. Pero en cuanto al ‘parámetro’ que deben seguir las normas ‘infraconstitucionales’ para ser admitidas como válidas jurídicamente dentro del sistema, la Constitución dejó de ser el único referente. De ello se deduce que en caso de que una norma interna contradiga un tratado internacional de derechos humanos, tal norma es inconstitucional, carece de validez jurídica y por ello no debería aplicarse.

Conclusión: se debe adecuar el Derecho común a la Constitución y a los Tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994.

El artículo 1º del Código Civil y Comercial sigue esta línea al expresar: “*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*”.

También resulta de su artículo 2: “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

2.3. Principio de convencionalidad

Vinculado inescindiblemente a este nuevo paradigma, hallamos el principio de convencionalidad.

Precisamente, el control de convencionalidad que realizan los jueces busca establecer si la norma de derecho interno vigente se adecua a lo determinado por los Tratados de Derechos Humanos, es decir, si la misma resulta *convencional* o no.

Por lo tanto, el control de la convencionalidad desempeña un doble papel: por una parte, obliga a los jueces nacionales a no aplicar las normas internas contrarias a los tratados internacionales que tienen una jerarquía constitucional y, por el otro, les obliga a interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Tratado y su interpretación por

los tribunales internacionales (por ejemplo, el Tribunal Interamericano). No es otra cosa que la interpretación armonizada o adaptativa del derecho local al tratado y a la interpretación dada al tratado por el Tribunal Internacional, que lleven a descartar las interpretaciones del Derecho nacional contrarias a dicho Tratado y/o a la forma en que ha sido interpretado por el Tribunal Internacional.¹¹

Continuando con esta misma línea argumental, se ha dicho con razón,¹² que se advierte paulatinamente una tendencia a postular la necesidad de practicar “control de convencionalidad” de las normas concursales involucradas, en lugar de formular una declaración de inconstitucionalidad. Se trata de una evolución sucedida en el derecho constitucional que estaría llegando al derecho de la insolvencia. Es una expresión acuñada por la CIDH a partir del caso *Almonacid Arellano v. Chile* (2006).¹³ Implica hacer compatible las normas, actos o medidas que se adopten por parte de los poderes del Estado con el llamado “bloque de constitucionalidad”.

Y ese control puede llevarse a cabo de dos modos básicamente:¹⁴

a) Mediante integración normativa, que es el control constructivo que mencionamos antes, a través del cual se hace una relectura de la normativa nacional –constitucional o infraconstitucional – a fin de hacerla compatible con las emergentes de los tratados. Son interpretaciones armonizantes.

b) Mediante desplazamiento normativo por conflicto, que es el control represivo que también referenciamos precedentemente, en cuyo caso la norma interna no se aplica y se da paso a la norma o interpretación convencional.

3. Algunas consideraciones sobre derecho italiano concursal y sus puntos de contacto con el derecho italiano ambiental

3.1. Una aclaración preliminar

Para que el lector comprenda más fácilmente varios de los conceptos que expondremos

¹¹ ABALOS, María Gabriela, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad en el derecho argentino”, *Suplemento de Derecho Constitucional* 2019 (noviembre), 07/11/2019, 1 – LA LEY 2019-F, Cita Online: AR/DOC/965/2019.

¹² GARCÍA, Silvana M., “El principio de protección de los vulnerables y el derecho de la insolvencia”, *Revista jurídica, Región Centro Argentina*, junio 2023, número 1. Cita: IJ-IV-CDXXXIII-617.

¹³ CIDH, 26/09/2006: “Almonacid, Arellano y otros c. Chile. Serie C 154”, *La Ley Online*; TR LALEY AR/JUR/10607/2006.

¹⁴ SAGÜES, Néstor; *Los abogados frente al control de convencionalidad*, TR LALEY AR/DOC/3907/2020.

a continuación sobre el Derecho italiano, creemos necesario partir de una premisa aclaratoria.

En el Derecho argentino, declarada la quiebra del deudor, salvo los bienes excluidos del desapoderamiento (art. 108 L.C.Q.), los existentes a la fecha de la sentencia falencial y los que adquiera el fallido hasta su rehabilitación (art. 107 L.C.Q.); quedan desapoderados y deben ser enajenados (art. 88, inc 9, L.C.Q.) a través de alguno de los mecanismos previstos en la ley (art. 204), pudiendo el juez disponer inclusive – en caso de bienes invendibles o cuya realización resulte infructuosa (art. 214 L.C.Q.) – la entrega de los mismos a asociaciones de bien público.

Se trata de ciertos parámetros legales básicos del sistema liquidatorio concebido por el Derecho concursal argentino.

Pues bien, en el Derecho italiano concursal las cosas no son “tan” así.¹⁵

En efecto, ordenada judicialmente la liquidación de los bienes, el síndico – previa autorización del comité de acreedores – puede excluir aquellos “bienes negativos”, cuya enajenación no resulta beneficiosa para los acreedores *por manifiestamente inconveniente*.

Como veremos, esta idea básica, nos ayudará a comprender más adelante la hipótesis que plantea el art. 213 del Código de la Crisis, especialmente en su inciso 2.¹⁶ Es que, dichos bienes excluidos de la liquidación judicial falencial por el síndico, no obstante, continúan permaneciendo en el patrimonio del deudor y se encuentran bajo su disposición; pudiendo ser embargados y ejecutados individualmente *por cuerda separada* por los acreedores. Es decir, no rige la prohibición del art. 150 del mismo Código.¹⁷

¹⁵ CARDINALE, Eustachio, “Le bonifiche e il danno ambientale nella crisi dell’impresa alla luce del nuovo Codice della Crisi dell’Impresa e dell’Insolvenza” in Trattato breve di Diritto dello sviluppo sostenibile” a cura di Angelo Buonfrate e Antonio Uricchio, 2023 Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 – Edificio B3 – 20142 Milano.

¹⁶ *Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all’attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l’attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore notifica l’istanza e la relativa autorizzazione ai competenti uffici per l’annotazione nei pubblici registri e ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell’articolo 150, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore. Si presume manifestamente non conveniente la prosecuzione dell’attività di liquidazione dopo sei esperimenti di vendita cui non ha fatto seguito l’aggiudicazione, salvo che il giudice delegato non autorizzi il curatore a continuare l’attività liquidatoria, in presenza di giustificati motivi.*

¹⁷ *Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali: 1. Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o seguita*

En otras palabras, no todos los bienes del deudor, en el escenario falencial, deben ser *enajenados*.

¿Cuándo es infructuosa la liquidación del bien?

Cuando se ha intentado su venta hasta seis veces y no se ha logrado dicho resultado.

¿Qué tiene que ver el Derecho ambiental con todo esto?

Que después de la reforma constitucional italiana y el nuevo Código del ambiente, también podría entrar dentro del concepto de “bien negativo”, por ejemplo, un inmueble *contaminado*.

Claro está que, esta hipótesis, debe ser analizada con cuidado y como una solución excepcional pues, de lo contrario, el *curatore* prefería excluirlo de la enajenación concursal antes que intentar su liquidación dentro del sistema; dada la enorme dificultad de su venta. Es, precisamente en este escenario, que se plantea el problema del *ripristino dell' ambiente (restauración)*, si está a cargo del síndico y adquiere particular importancia la calificación jurídica de *i costi di bonifica (costos de recomposición ambiental)* para saber, finalmente, bien quién los debe soportar (il Comune, i creditori).

Así las cosas, y en tren de conjeturas, es legítimo preguntarse desde la mirada del derecho concursal argentino si, acaso, estas ideas del derecho concursal italiano no implican una suerte de reformulación del concepto de quiebra como proceso liquidativo “útil”, o sea, cuando la realización del bien es manifiestamente infructuosa, no forma parte del activo liquidable y, por lo tanto, no sería una preocupación del legislador de la 24.522 hacerse cargo de regular su enajenación.

Sucedería, *mutatis mutandis*, lo que ocurre en el Derecho italiano: si bien el activo permanece en el patrimonio del deudor y se encuentran bajo su disposición; pueden ser ejecutados y embargados por los acreedores *por cuerda separada y por fuera del concurso*.

Dejamos planteado el interrogante.

3.2. Introduzione

En Italia, desde que los temas ambientales se convirtieron en cuestiones centrales en la adaptación del país a los principios de la protección de la salud pública, del paisaje, del armonioso desarrollo económico; en el Derecho concursal, muchos de los problemas que años atrás se habían descuidado, súbitamente, emergieron a la superficie.

La ley constitucional 11 de febrero de 2022, n. 1, modificó los arts. 9¹⁸ y 41¹⁹ de la Constitución, poniendo el acento en la protección del medio ambiente: si bien la protección preventiva es la deseada, no se puede descuidar la represiva o sancionadora.²⁰

Los italianos son conscientes que la emergencia ambiental no perdona y cuando existen sitios contaminados la comunidad debe reaccionar y, en el marco de la insolvencia, el tema que se plantea está vinculado a la determinación del sujeto que debe hacerse cargo de los “costos y gastos” vinculados a la recomposición ambiental (*i costi di bonifica*).

Antes de la vigencia del Código de la crisis (CCII),²¹ el lema 'ambiente' estaba ausente del tejido normativo del mundo de las crisis, habiendo entrado en escena con un injerto en el art. 87 CCII²² *quando prevé que el plan de convenio tenga en cuenta los costes*

¹⁸ *La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali.*

¹⁹ *L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.*

²⁰ ALPA, Guido, “Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell’ambiente e degli animali” in *Contratto e impresa*, 2022, p. 361 ss.; AZZARITI, Gaetano, “Tutela dell’ambiente in costituzione”, *“Lo Stato”*, 2022, 8, p. 185.

²¹ Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza, decreto legislativo del 12 gennaio 2019, n°14, aggiornato al D.L. 13 giugno 2023, n. 69 convertito in L. 10 agosto 2023, n. 103.

²² Art. 87 Contenuto del piano di concordato 1. Il debitore presenta, con la proposta di concordato e unitamente alla documentazione prevista dall’articolo 39, un piano contenente: a) l’indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, le sue attività e passività al momento della presentazione del piano e la descrizione della situazione economico-finanziaria dell’impresa e della posizione dei lavoratori; b) una descrizione delle cause e dell’entità dello stato di crisi o di insolvenza in cui si trova e l’indicazione delle strategie d’intervento; c) il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale; d) le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l’attribuzione ai creditori nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; e) la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta nonché, in caso di concordato in continuità, il piano industriale con l’indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; f) *ove sia prevista la prosecuzione dell’attività d’impresa in forma diretta, l’analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell’ambiente*; g) gli apporti di finanza nuova eventualmente previsti e le ragioni per cui sono necessari per l’attuazione del piano; h) e azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo; i) le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento dagli obiettivi pianificati; l) le parti interessate dal piano, indicate individualmente o

relacionados con la protección del medio ambiente, a fin de evitar que los costes de la reestructuración no tengan debidamente en cuenta las necesidades de protección del medio ambiente. Este injerto significa también que la protección de los acreedores debe ser coherente con la tutela de “otros valores”,²³ como sucede con el medio ambiente; cuya protección, como vimos, tiene también jerarquía constitucional.

Los casos de contaminación que pueden presentarse son de diferente índole: puede suceder que en el inmueble desapoderado (por ej., el asiento de la fábrica) estén depositados residuos, como también que sea el subsuelo el que esté contaminado o, en fin, que la propia actividad empresarial sea la que provoca daños al medio ambiente.

A menudo, son las autoridades municipales a través de ordenanzas emitidas con la urgencia del caso, las que ordenan a los síndicos (*i “curatori”*) que realicen todas las intervenciones necesarias para la seguridad de la zona contaminada y para evitar la propagación de la contaminación.

En este contexto, por ejemplo, el Consejo de Estado²⁴ ha resuelto: *“La Asamblea plenaria del Consejo de Estado, en su sentencia no 3, de 2021, declaró que ‘la Curatela concursal, que tiene la custodia de los bienes del quebrado (...) incluso cuando no prosigue la actividad empresarial’ no puede quedar exenta de responsabilidad ‘dejando abandonados los residuos resultantes de la actividad empresarial de la empresa interrumpida’. De lo contrario, los costes «acabarían por recaer en la colectividad inocente, en contraste no solo con el principio comunitario ‘quien contamina paga’, sino también en contraste con la realidad económica subyacente a la relación que existe con el patrimonio”.*

En la doctrina italiana, esta decisión ha puesto en evidencia el conflicto existente entre

descritte per categorie di debiti, e l'ammontare dei relativi crediti e interessi, con indicazione dell'ammontare eventualmente contestato; m) le classi in cui le parti interessate sono state suddivise ai fini del voto, con indicazione dei criteri di formazione utilizzati, del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe; n) le eventuali parti non interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, unitamente a una descrizione dei motivi per i quali non sono interessate; o) le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione o sulle modalità di svolgimento delle prestazioni; p) l'indicazione del commissario giudiziale ove già nominato. 2. Nella domanda il debitore indica le ragioni per cui la proposta concordataria è preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale. 3. Il debitore deposita, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e, in caso di continuità aziendale, che il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non peggiore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.

²³ D'ATTORRE, Giacomo, “Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d'impresa”, in *Diritto della crisi*, 13-04-2021 – Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d'impresa* (dirittodellacrisi.it)

²⁴ Cfr. C. Stato, 14 marzo 2022, n. 1763, in *Foro.it*, 2022, 3, 6, p. 337 ss.

la protección de la comunidad provocado por la violación de las normas de tutela del medio ambiente y la protección de la micro-colectividad de los acreedores; suscitando el siguiente interrogante entre los distintos autores: *¿Realmente debería recaer sobre el síndico (y, por consiguiente, sobre los acreedores concursales) la carga de hacer frente a los costes de “bonifica” derivados del cumplimiento de las ordenanzas municipales, lo que se traduce casi siempre en tener que recurrir a los fondos procedentes de la liquidación de activos, incluso, los hipotecarios?*

La otra alternativa es: *¿No debería hacerlo el propio Comune y luego verificar en el proceso concursal?*

Así las cosas, y a partir del análisis de la jurisprudencia italiana en materia de obligaciones medioambientales del síndico, surgen – básicamente – dos interrogantes que la doctrina del país del Dante ha tratado de contestar:

- (i) cuál es la calificación jurídica de los costes de recomposición del ambiente y
- (ii) cuál es la relación entre créditos hipotecarios y dichos costes, en el supuesto de que estos últimos sean calificados como créditos *prededucibles*

Uno de los ejes de la discusión en Italia se vincula a la posición del síndico y a la naturaleza de los créditos relativos a los costes de restauración medioambiental. El terreno es particularmente resbaladizo, dada la ausencia de indicaciones legislativas y jurisprudenciales claras, por lo que la doctrina ha tratado de resolver una cuestión eminentemente práctica: *¿El síndico puede/debe hacer frente a los gastos de saneamiento indistintamente con el producido del activo, aún en detrimento de los acreedores titulares de garantías reales?*

Una primera aclaración: la discusión no se plantea cuando el síndico confía el encargo de efectuar las obras de saneamiento, en tal caso, no está controvertida la naturaleza (prededucible) del crédito que se devenga.

Por el contrario, la discusión surge en la doctrina y jurisprudencia italiana:

- (i) cuando las obras son asumidas por alguien que luego solicita ser admitido al pasivo y
- (ii) cuando los recursos financieros de que dispone el síndico no son suficientes para afrontar ese crédito

3.3. Jurisprudencia administrativa en materia de “obligaciones ambientales” del síndico

La cuestión de las obligaciones de restauración medioambiental del síndico ha sido objeto de varias sentencias jurisprudenciales, que no siempre se han orientado según los mismos principios.²⁵

El contraste jurisprudencial ha sido puesto en evidencia recientemente por una decisión de la Asamblea plenaria²⁶ a la que se le había pedido expedirse “*si, a raíz de la declaración de quiebra, pierden relevancia jurídica las obligaciones a cargo de la sociedad quebrada en virtud del art. 192 D.Lgs. no 152/2006 (con la consiguiente repercusión sobre las finanzas públicas y con la correspondiente ventaja patrimonial para los acreedores de la sociedad insolvente y para la sociedad misma), en el caso de que el “curatore” gestionara los activos de la empresa insolvente y tenga la disponibilidad material de los mismos*”.

A esta pregunta, el Consiglio di Stato dio como respuesta, afirmando el siguiente principio de Derecho: “*recae sobre la curatela concursal la carga de rehabilitación y de eliminación de los residuos contemplados en el art. 192 D.Lgs. no 152/2006 y los costes asociados a la quiebra*”.

La lógica de la reunión plenaria puede resumirse como sigue:

- 1) el síndico está calificado como poseedor de los residuos, tanto según la normativa nacional como comunitaria, “*por lo que está obligado sin duda a poner los residuos en seguridad y a eliminarlos, iniciando su eliminación o valorización*”.
- 2) por lo tanto, es coherente con el principio comunitario “quien contamina paga”, que el activo económico de la empresa que los produjo asuma los costes

²⁵ Existen, al menos, tres visiones distintas. Ver FABIANI, Massimo y PERES, Federico “La posizione del curatore e gli obblighi di ripristino ambientale”, in *Il Fall.*, 2021, p. 615 ss., spec. 618.

²⁶ C. Stato, Ad. Plenaria, 26 gennaio 2021, n. 3, in *Foro.it*, 2021, III, c. 294 (con annotazioni difformi di A. Albè); in precedenza, in senso conforme, cfr. C. Stato, sez. IV, 25 luglio 2017, n. 3672, *Foro.it*, Rep. 2018, voce fallimento, n. 368; T.a.r. Toscana, sez. II, 28 aprile 2000, n. 780, id., Rep. 2001, voce Sanità pubblica, n. 674; C. Stato, sez. V, 17 maggio 1996, n. 563, id., Rep. 1996, voce Comune, n. 358. In senso contrario, invece, e cioè in linea con quanto sostenuto nel testo, v., T.a.r. Sicilia, sede Catania, sez. IV, 23 dicembre 2019, n. 3061, T.a.r. Basilicata, sez. I, 4 aprile 2017, n. 293, e T.a.r. Trentino-Alto Adige, sede Trento, 20 marzo 2017, n. 93, ; T.a.r. Lombardia, sez. III, 3 marzo 2017, n. 520, in *ForoPlus*; C. Stato, sez. V, 30 giugno 2014, n. 3274, id., Rep. 2015, voce fallimento, n. 251; T.a.r. Abruzzo, sez. I, 17 giugno 2014, n. 564, id., Rep. 2014, voce Sanità pubblica e sanitari, n. 670; T.a.r. Toscana, sez. II, 19 marzo 2010, n. 700, id., Rep. 2011, voce Sanità pubblica, n. 686; 1º agosto 2001, n. 1318, id., Rep. 2002, voce fallimento, n. 322.

de eliminación.²⁷

- 3) no tiene en cuenta la posibilidad de que el procedimiento de liquidación judicial sea, total o parcialmente, incapaz de hacer frente a los costes del saneamiento, ya que lo que se pone de manifiesto es la imputabilidad al procedimiento concursal de la obligación de realizar las actividades de limpieza ambiental.
- 4) a estos efectos, no es necesaria la prueba del elemento subjetivo ni de la relación de causal entre la conducta del síndico y el perjuicio impugnado.

Sin embargo, ni la decisión del Pleno, ni la jurisprudencia posterior, que se ha conformado sustancialmente al dictum del Consejo de Estado,²⁸ ha aclarado el modo en que el síndico debe hacer frente a los gastos de saneamiento en el caso de activos insuficientes. Y, de hecho, la afirmación de que “los costes correspondientes gravan la masa de la quiebra” es una expresión de por sí ambigua, que puede significar genéricamente que los costes gravan el pasivo genéricamente, pero sin determinar la naturaleza de este crédito.

²⁷ Sabido es que el principio “el que contamina paga” postula que los gastos de las medidas necesarias para evitar la contaminación o reducirla a niveles aceptables debe estar a cargo de sus causantes. Se sostiene que este principio aseguraría que no se produzcan falseamientos en las condiciones de producción y de consumo. Planteado en términos exclusivamente económicos y de eficiencia, se afirma que la curva de oferta de la empresa contaminante no incorpora las “externalidades” de la contaminación (su precio no lo incluye); y la unidad económica produce más de lo socialmente necesario. Como la curva de oferta excluye el costo externo de la contaminación, el precio es artificialmente bajo y la condición de equilibrio ficticiamente elevada, se postula que el remedio a esta situación no lo ofrecen los mecanismos de mercado, sino la intervención estatal que debe corregir la situación por medio de la fijación de regulaciones, de forma tal que los costos externos sean tomados en cuenta o “internalizados” al fijar los precios y planificar la producción. Si las unidades económicas tienen que efectuar inversiones para evitar la contaminación, o pagar impuestos, al contabilizar estas cargas como costos las incorporarían a sus precios, modificando la oferta y la demanda y adecuando la planificación productiva a la realidad. Es en ese sentido que el principio “contaminador/pagador” reconocido por el principio 16 de la Declaración de Río de 1996 de la CNUMAD establece que las autoridades deben “procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de los instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación”. En la misma dirección, en los fundamentos del proyecto original de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente de Argentina) se decía: “La regla jurídica que se impone en el presente proyecto, de responsabilidad objetiva por daño ambiental, es la contracara necesaria a la externalización de los costos ambientales, de manera tal que una vez que se dé inicio a la aplicación del régimen de responsabilidad civil, deberá generarse el proceso que llaman internalización de las externalidades, es decir, de los costos ambientales, anteriormente no incluidos en el cálculo de precios y costos”. Según algunos autores a través de tal principio no se busca determinar culpables ni inmiscuirse en la esfera de las obligaciones indemnizatorias, sino conseguir que los costos de lucha contra la contaminación o para su prevención sean solventados por quienes la producen y no por la sociedad en su conjunto. Tendría un carácter netamente económico y de “eficiencia”: la internalización de los costos externos a las actividades o procesos productivos, donde los costos internos reflejarán los costos reales. Inequívocamente el principio “contaminante pagador” no impide la contaminación desde el comienzo y se limita a hacer recaer sobre el contaminador el costo ambiental ocasionado por su actividad, mientras la desarrolla (SEMBEROIZ, Fernando J., “La cuestión ambiental en la quiebra”, LA LEY 20/07/2018, 1 – LA LEY2018-D, 560 Cita: TR LALEY AR/DOC/1005/2018).

²⁸ Cfr. C. Stato, 2 marzo 2023, n. 2208, in Ambiente e Sviluppo, 2023, 4, p. 250 ss., ove si legge: “Che poi il fallimento stesso, a suo dire, non disponga dei mezzi economici necessari per fare quanto l'ordinanza prescrive è un problema di fatto, che può riguardare l'eseguità concreta del provvedimento, ma non ne inficia certo la legittimità”; T.a.r. Campania Salerno, 27 ottobre 2022, n. 2862, in onelegale.wolterskluwer.it; T.a.r. Marche Ancona, 8 aprile 2023, n. 221.

En efecto, el Consejo de Estado, en el precedente antes mencionado, sostuvo que “*el abandono de residuos y, más en general, la contaminación, constituyen 'desigualdades externas' generadas por la actividad de empresa (cd. “externalidades negativas de producción”)*, por lo que algunos sostienen que parecería justificado y coherente considerar que los costes derivados de estas externalidades empresariales recaigan en la masa de los acreedores del propio empresario, quienes se beneficiarán de los efectos de la administración concursal de la empresa en términos de reparto de los posibles beneficios de la quiebra”.²⁹

Planteada así las cosas podría sostenerse que el Consejo de Estado estaría reconociendo – entre líneas – la naturaleza prededucible de este crédito, que debería “gravar” con prioridad a toda la masa concursal.

No obstante lo expuesto, la doctrina italiana sostiene que el Consejo de Estado ha sido en alguna medida ambiguo. En efecto, más adelante se lee en la decisión que venimos analizando que, si los costes de saneamiento son soportados por el Ayuntamiento y no por *il curatore*, el crédito sería privilegiado – y no prededucible – en virtud del art. 253, apartado 2, D.Lgs. no 152 de 2006 (“*El Ayuntamiento, si interviene directamente ejerciendo las funciones inherentes a la eliminación del peligro ambiental, podrá luego insinuar los gastos incurridos por las intervenciones en la quiebra, gastos que gozarán del privilegio especial sobre la zona rehabilitada según el art. 253, apartado 2, D.Lgs. no 152/2006*”).

En este sentido, dicen los colegas italianos, el razonamiento del Consejo de Estado se muestra anómalo en la medida en que atribuye una “naturaleza” diferente a los costes de saneamiento según quien los realiza.³⁰

En fin, con respecto a esta “jurisprudencia administrativa” del Consejo de Estado, la crítica radica en que no ha aportado elementos seguros para determinar la naturaleza de los costes de saneamiento soportados por el síndico. Pareciera surgir la naturaleza prededucible de estos costes, pero no sin ambigüedad.

Para colmo, la propia doctrina itálica se cuestiona si el Consejo de Estado puede dar indicaciones más precisas en este sentido, toda vez que podría estar invadiendo ámbitos

²⁹ En sentido crítico con respecto a esta afirmación cfr. CAPOBIANCO, Gianni, “Costi ambientali e procedura fallimentare, tra interessi collettivi e tutela creditoria”, in *Dir. fall. e soc. comm.*, 2021, p. 1060 ss.

³⁰ GABASSI, Giulia “Gli obblighi ambientali del curatore fallimentare”. Note a margine di C. Stato 3/2021, in *Dirittodellacrisi.it*, 14 aprile 2021, spec. p. 16.

de competencia que no le es propia. En efecto, sólo el juez del procedimiento de comprobación del pasivo podría determinar cuál debería ser el rango del crédito.³¹

3.4. Jurisprudencia civil: la calificación de los costes de saneamiento como créditos prededucibles en favor de la masa.

La jurisprudencia civil, hasta la fecha, se ha inclinado por la calificación de los costes de saneamiento como créditos prededucibles, ya que éstos suponen una ventaja para la masa concursal, permitiendo la liquidación del bien sin la carga real prevista en el art. 253, apartado 1, D.Lgs. no 152 de 2006 (Código del ambiente).³²

El Tribunal de Casación, ha afirmado que: *“La rehabilitación del sitio permite excluir que los inmuebles adquiridos a la masa sean enajenados – en el momento de la liquidación de los activos – gravados por esta carga real. Por lo tanto, el gasto relacionado con el saneamiento se considera prededucible a la luz del principio establecido en esta Sección según el cual “a efectos de la prededucibilidad de los créditos en caso de quiebra, la necesaria conexión ocasional o funcional con el procedimiento concursal, ahora mencionada por L. Fall., art. 111, debe entenderse no sólo por referencia a la relación entre la aparición del crédito y los fines del procedimiento, sino también por lo que se refiere al hecho de que el pago del crédito, aunque tenga carácter concursal, corresponde a los intereses de la masa y, por tanto, responde a los objetivos del propio procedimiento, ya que es útil para la gestión de la quiebra. En efecto, la prededucción aplica un mecanismo satisfactorio destinado a regular no solo las obligaciones de la masa nacidas en su interior, sino también todas aquellas que interfieren con la administración de la quiebra y afectan a los intereses de todo el sector crediticio” (Sez. 1, Sentencia no 3402 de 05/03/2012)”*.³³

En este sentido también, es esencial el siguiente párrafo en el que el Tribunal admite que: *“A la luz de los principios antes enunciados, la prededucibilidad, por otra parte, solo ayuda al crédito para los costes de saneamiento que benefician a los inmuebles*

³¹ FABIANI, Massimo y CAMMARATA, Simona, “Tutela dei creditori vs. tutela dell’ ambiente nella liquidazione giudiziale”, 25 luglio 2023.

³² *Aparatado 1:* Las operaciones a que se refiere el presente título constituirán una carga real sobre los terrenos contaminados cuando sean efectuadas de oficio por la autoridad competente de conformidad con los artículos 250 y 252, párrafo 5 (este aparatado ha sido, a su vez, modificado por el art. 53, comma 2-ter, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76). La carga real se inscribirá en los registros inmobiliarios que lleven las oficinas de la Agencia del Territorio tras la aprobación del proyecto de rehabilitación y deberá indicarse en el certificado de destino urbanístico. *Aparatado 2:* Los gastos ocasionados por las intervenciones contempladas en el párrafo 1 se beneficiarán de un privilegio especial inmobiliario en dichas zonas, de conformidad con el artículo 2748, párrafo segundo, del Código Civil. Este privilegio también puede ejercerse en perjuicio de los derechos adquiridos por terceros sobre el inmueble.

³³ Cass., 7 marzo 2013, n. 5705, in Il Fall., 2013.

adquiridos a la masa”.

Según la Doctrina italiana, este razonamiento es aceptable en la medida en que establece un adecuado vínculo entre deuda y utilidad, que es lo que justifica la prededucibilidad: el crédito relativo a los costes de saneamiento será prededucible mientras sea de alguna utilidad para la masa.

Así planteado el tema, se puede reconducir esta situación al paradigma de los créditos prededucibles (art. 6 CCII³⁴) en la medida en que los costes de restauración correspondan a “créditos legalmente nacidos durante los procedimientos concursales para la gestión del patrimonio del deudor”.³⁵

Para reafirmar este concepto de “prededucibilidad”, la doctrina ha conectado este razonamiento con otro supuesto previsto en el Código de la Crisis. En efecto, se ha dicho que estos principios deben relacionarse con la hipótesis en la que el administrador decide renunciar a la liquidación del bien contaminado en el sentido del art. 213 CCII,³⁶

³⁴ Prededucibilità dei crediti 1. Oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, sono prededucibili: a) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento; b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi o il piano siano omologati; c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la corredda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47; d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi. 2. La prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali. De acuerdo a la legislación anterior al Código de la Crisis, ver R.D. 16 marzo 1942 n. 267 Art. 111 comma 2: *Ordine di distribuzione delle somme ... Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1).*

³⁵ Sobre el concepto de prededucibilidad de acuerdo al nuevo Codice de la Crisi, ver PANI, Federico, “La prededuzione prima e dopo il codice della crisi”, in *ristrutturazioniaziedali.it*. Para una opinión que subestima el nuevo concepto de prededucibilidad en el sentido de que sea una novedad, ver FAUCEGLIA, Giuseppe, “Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza”, Torino, 2021, p. 13.

³⁶ Programma di liquidazione 1. *Entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario e in ogni caso non oltre centocinquanta giorni dalla sentenza dichiarativa dell'apertura della liquidazione giudiziale, il curatore predispone un programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori. Il mancato rispetto del termine di centocinquanta giorni di cui al primo periodo senza giustificato motivo è giusta causa di revoca del curatore. 2. Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore notifica l'istanza e la relativa autorizzazione ai competenti uffici per l'annotazione nei pubblici registri e ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'articolo 150, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore. Si presume manifestamente non conveniente la prosecuzione dell'attività di liquidazione dopo sei esperimenti di vendita cui non ha fatto seguito l'aggiudicazione, salvo che il giudice delegato non autorizzi il curatore a continuare l'attività liquidatoria, in presenza di giustificati motivi. 3. Il programma è suddiviso in sezioni in cui sono indicati separatamente criteri e modalità della liquidazione dei beni immobili, della liquidazione degli altri beni e della riscossione dei crediti, con indicazione dei costi e dei presumibili tempi di realizzo. Nel programma sono, inoltre, indicati le azioni giudiziali di qualunque natura e il subentro nelle liti pendenti, con i costi per il primo grado di giudizio. Sono, altresì, indicati gli esiti delle liquidazioni già compiute. 4. Il programma indica gli atti*

considerando que la actividad de liquidación es “manifiestamente” inconveniente. Los autores italianos han concluido que, lo dicho en este caso, permite deducir que la masa concursal no podría beneficiarse de la ejecución de los costes de saneamiento, lo que supone una pérdida de la prededucibilidad.³⁷ En consecuencia, los costes de saneamiento deberían participar en el concurso como crédito quirografario, ya que es totalmente incoherente imputar estos costes a los acreedores en el concurso desde que no han obtenido ni pueden obtener ninguna ventaja del mismo.

necessari per la conservazione del valore dell'impresa, quali l'esercizio dell'impresa del debitore e l'affitto di azienda, ancorché relativi a singoli rami dell'azienda, nonché le modalità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuati dall'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, il diritto di recesso del curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1). La durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni. Il diritto di prelazione a favore dell'affittuario può essere concesso convenzionalmente, previa espressa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori. In tale caso, esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda o del singolo ramo, il curatore, entro dieci giorni, lo comunica all'affittuario, il quale può esercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione. La retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II. R.D. 16 marzo 1942 n. 267 Art. 104-ter Programma di liquidazione Entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, e in ogni caso non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento, il curatore predisporre un programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori. Il mancato rispetto del termine di centottanta giorni di cui al primo periodo senza giustificato motivo è giusta causa di revoca del curatore. Il programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo, e deve specificare: a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell'articolo 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'articolo 104-bis; b) la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto; c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito; d) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco; e) le condizioni della vendita dei singoli cespiti; f) il termine entro il quale sarà completata la liquidazione dell'attivo. Il termine di cui alla lettera f) del precedente comma non può eccedere due anni dal deposito della sentenza di fallimento. Nel caso in cui, limitatamente a determinati cespiti dell'attivo, il curatore ritenga necessario un termine maggiore, egli è tenuto a motivare specificamente in ordine alle ragioni che giustificano tale maggior termine. Il curatore, fermo restando quanto disposto dall'articolo 107, può essere autorizzato dal giudice delegato ad affidare ad altri professionisti o società specializzate alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo. 150 duabili in blocco. 5. Nel programma è indicato il termine entro il quale avrà inizio l'attività di liquidazione dell'attivo ed il termine del suo presumibile completamento. Entro otto mesi dall'apertura della procedura deve avere luogo il primo esperimento di vendita dei beni e devono iniziare le attività di recupero dei crediti, salvo che il giudice delegato, con decreto motivato, non ne autorizzi il differimento. Il termine per il completamento della liquidazione non può eccedere cinque anni dal deposito della sentenza di apertura della procedura. In casi di eccezionale complessità, questo termine può essere differito a sette anni dal giudice delegato. 6. Per sopravvenute esigenze, il curatore può presentare un supplemento del piano di liquidazione. Prima della approvazione del programma, il curatore può procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori. 7. Il programma è trasmesso al giudice delegato che ne autorizza la sottoposizione al comitato dei creditori per l'approvazione. Il giudice delegato autorizza i singoli atti liquidatori in quanto conformi al programma approvato. 8. Il mancato rispetto dei termini di cui al comma 5 senza giustificato motivo è causa di revoca del curatore. 9. Se il curatore ha rispettato i termini di cui al comma 5, nel calcolo dei termini di cui alla legge 24 marzo 2001, n. 89, non si tiene conto del tempo necessario per il completamento della liquidazione.

³⁷ Por el contrario, debe considerarse que, en estricto rigor, en tal supuesto, el síndico no estaría obligado a asumir los costes de saneamiento que deberán sufragar la empresa o la administración pública (CAPOBIANCO, Gianni, “Costi ambientali e procedura fallimentare, tra interessi collettivi e tutela creditoria”, in Dir. fall. e soc. comm., 2021, p. 1077-1078).

Recordemos, a mayor abundamiento, que en este supuesto el bien es excluido por el síndico de la liquidación concursal, el que queda a merced de los acreedores del propio deudor que podrán ejecutarlo individualmente, pero ya fuera del concurso.

En este sentido, se ha pronunciado también la jurisprudencia de grado.³⁸

Así las cosas, los lineamientos generales del Derecho judicial italiano son los siguientes:

- a) conecta la naturaleza prededucible del crédito a su funcionalidad para aportar una ventaja a los bienes que forman parte del activo del procedimiento.
- b) por consiguiente, sin esta funcionalidad, no tiene motivo para recurrir a la naturaleza prededucible del crédito.
- c) Esta solución parece también preferible porque evita la tentación de atribuir un régimen diferente al crédito según que las cargas corran a cargo de la administración pública o del síndico.
- d) En caso de renuncia a la liquidación del bien por parte del *curatore* (es el caso previsto en el art. 213 CCII³⁹), el crédito estará sujeto a las reglas del concurso, sin que se compruebe la existencia o no del privilegio inmobiliario contemplado en el art. 253, apartado 2, D.Lgs. no 152 de 2006,⁴⁰ puesto que se trata de un privilegio especial, que recae sobre el bien, y si el bien es abandonado, la Administración no podrá hacer valer este privilegio en la ejecución inmobiliaria que afecta al mismo.⁴¹
- e) Por lo tanto, la Administración solo podrá hacer valer el privilegio de liquidación judicial en el supuesto de que el inmueble contaminado “sea adquirido al activo”, o sea, cuando el síndico no lo ha considerado como “bien negativo” y lo ha incluido en el activo liquidable.
- f) No se considera necesario argumentar más allá de la irrelevancia del

³⁸ Trib. Milano, 27 aprile 2022, n. 3623, in *Dirittodellacrisi.it*.

³⁹ Su inciso 2 dice: “*Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all’attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l’attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore notifica l’istanza e la relativa autorizzazione ai competenti uffici per l’annotazione nei pubblici registri e ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell’articolo 150, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore. Si presume manifestamente non conveniente la prosecuzione dell’attività di liquidazione dopo sei esperimenti di vendita cui non ha fatto seguito l’aggiudicazione, salvo che il giudice delegato non autorizzi il curatore a continuare l’attività liquidatoria, in presenza di giustificati motivi*”.

⁴⁰ *Apartado 2*: Los gastos ocasionados por las intervenciones contempladas en el párrafo 1 se beneficiarán de un privilegio especial inmobiliario en dichas zonas, de conformidad con el artículo 2748, párrafo segundo, del Código Civil. Este privilegio también puede ejercerse en perjuicio de los derechos adquiridos por terceros sobre el inmueble.

⁴¹ Se considera que la administración debería proceder de forma ejecutiva sobre el bien abandonado, pudiendo después ser admitido al pasivo solo por la parte restante (cfr. Sub art. 104 ter L. fall, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013, spec. p. 730).

privilegio especial previsto en el art. 253, párrafo 2, D.Lgs. cit. ya que este privilegio asiste a los gastos efectuados por la autoridad competente para las intervenciones efectuadas de oficio en los terrenos contaminados y, por lo tanto, no se tiene en cuenta en el caso de que los costes de limpieza sean sufragados por la sindicatura.

- g) Cuando el síndico adquiere el activo y procede a su saneamiento desarrolla una actividad de gestión del patrimonio del deudor y, por lo tanto, se cumple la prescripción del art. 6 CCII (prededucibilidad).
- h) De lo contrario, cuando el bien permanece ajeno a la gestión del síndico, teniendo en cuenta que los costes se derivan de una actividad ilícita realizada con anterioridad a la declaración de apertura de la liquidación judicial, es coherente que el crédito, como cualquier otro crédito derivado de actos ilícitos del deudor, sea considerado quirógrafo.
- i) En cambio, la prededucibilidad sí podría afirmarse en caso de que la contaminación sea consecuencia del ejercicio provisional de la actividad de la propia empresa.
- j) El resultado de estas consideraciones es que los gastos de saneamiento, soportados por la curatela pero relativos a un bien abandonado ex art. 213 CCII, deberán satisfacerse según el orden de distribución de las sumas contempladas en el art. 221 CCII,⁴² por lo tanto, de forma subordinada a los créditos prededucibles y a los acreedores hipotecarios

3.5. Los costes de saneamiento (*i costi di bonifica*) como crédito prededucible y su relación con los créditos hipotecarios

Como puede advertirse, el debate ha continuado en la doctrina y jurisprudencia itálica desde el punto de vista de la calificación de los costos de saneamiento y su vínculo con el crédito hipotecario.

Una primera opinión sería que no hay ninguna carga para la masa cuando el bien “contaminado” no es objeto de liquidación (supuesto del art. 213 CCII). En este caso, el bien permanecerá en el patrimonio del deudor y podrá ser objeto de expropiación, de

⁴² Ordine di distribuzione delle somme 1. *Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine: a) per il pagamento dei crediti prededucibili; b) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge; c) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi sia stato ammesso, compresi i creditori indicati alla lettera b), qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui essi siano rimasti non soddisfatti dal relativo realizzo; d) per il pagamento dei crediti postergati.*

modo que la Administración tendría que asumir los costes, aunque luego podría actuar con fuerza ejecutiva contra el deudor.

Sin embargo, es oportuno confrontar también con una hipótesis diferente: si los costes de saneamiento deben, siempre, calificarse como créditos prededucibles.

La opinión no parece ser unánime. En efecto, para estudiar la relación de los *costes di bonifica* con los créditos hipotecarios, la doctrina se plantea si los costes de saneamiento pueden considerarse como:

- a) gastos específicos del proceso, ex art. 223, párrafo 3, CCII;
- b) créditos prededucibles que deben satisfacerse con arreglo al art. 222, párrafo 2, CCII;
- c) gastos generales de procedimiento que deban satisfacerse proporcionalmente (*pro quota*)

Obviamente, cada una de estas opciones, dará lugar a una relación diferente entre los costes de bonificación y los créditos hipotecarios.

En el contexto del código de la crisis, la relación entre créditos prededucibles e hipotecarios se obtiene a la luz de los artículos 222 y 223 CCII, leídos coordinadamente.

El artículo 222, párrafo segundo, dispone: *“Los créditos prededucibles se pagarán por el principal, los intereses y los gastos derivados de la liquidación del patrimonio mobiliario e inmobiliario, teniendo en cuenta las respectivas causas de prioridad, con exclusión de lo que resulte de la liquidación de los bienes pignorados e hipotecados para la parte destinada a los acreedores garantizados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 223. La cotización de los intereses cesará en el momento del pago”*.

Este párrafo 2, como vemos, aclara la relación entre créditos prededucibles y los créditos con garantía real (pignoración e hipoteca). Establece – en este sentido – que, el producto de la liquidación de los activos mobiliarios e inmobiliarios debe destinarse a los acreedores garantizados y, sólo el remanente, al pago de las deudas prededucibles.

Cuanto se ha dicho, sin embargo, debe coordinarse con el párrafo 3 del art. 223: *“El síndico debe tener una cuenta autónoma de las ventas de los bienes inmuebles individuales objeto de un privilegio especial y de una hipoteca, así como de los bienes*

muebles individuales o del grupo de muebles pignorados y privilegiados especiales, con indicación analítica de las entradas y salidas de carácter específico y de la parte de las de carácter general imputables a cada bien o grupo de bienes según un criterio proporcional”.

Esta disposición implica que, el producto de la venta de los bienes prendados o hipotecados estará destinado en primer término al pago de los gastos específicos, es decir, de los gastos relacionados con la administración y conservación de un bien determinado, así como de una parte de los gastos generales o de los gastos en que se haya incurrido en beneficio de todos los acreedores (por ej., los honorarios del síndico).

De las dos disposiciones precitadas que, reiteramos, deben leerse conjuntamente, y particularmente a la luz del artículo 222, apartado 2, del CCII, resulta que los acreedores provistos de una garantía real deben ser satisfechos con prioridad sobre el producto del bien pignorado o hipotecado, menos los gastos específicos y la parte de los gastos generales. Sólo el importe restante podrá ser destinado al pago de los créditos prededucibles.

Esta prevalencia de los acreedores hipotecarios sobre los prededucibles en la distribución del producto de los bienes pignorados o hipotecados encuentra su principal justificación en el escaso interés que los acreedores hipotecarios tienen en participar en la ejecución colectiva, desde el momento en que la misma garantía que asiste a su crédito, en todo caso, podría ser satisfecha también mediante la ejecución singular. Esta solución intermedia, por lo tanto, reduce el riesgo de que los créditos prededucibles permanezcan parcialmente insolutos, como ocurriría en caso de completa subordinación a los créditos hipotecarios, limitando también “el daño” que los propios acreedores titulares de garantías reales podrían experimentar, en la medida que se vean afectados por la participación en el procedimiento de ejecución concursal.

A la luz de lo anterior, parece evidente que la relación entre créditos hipotecarios y costes de saneamiento será diferente según que estos últimos se califiquen como gastos (generales o específicos) o como créditos prededucibles.

Sin embargo, el legislador no establece un criterio de identificación de los gastos generales y específicos, por lo que es necesario proceder de forma interpretativa. En primer lugar, es preciso considerar que esta categoría no coincide con la de los créditos prededucibles, argumentar de otro modo significaría derogar implícitamente el art. 222,

apartado 2, CCII, por lo que se considera que los bienes que son objeto de garantías solo pueden estar sujetos a las cargas relacionadas con la administración y la liquidación de dichos bienes, o relacionadas con actividades de administración directamente destinadas a la conservación o al aumento de los mismos (gastos específicos) o destinados en cualquier caso a realizar una utilidad en beneficio de los acreedores garantizados (gastos generales).

En efecto, los gastos específicos son los que se dirigen específicamente a la utilidad del bien individual y que, por lo tanto, crearán una ventaja directa a los acreedores titulares de garantías reales que tienen derecho a satisfacerse con prioridad sobre dicho bien (ej. gastos para la adquisición, administración y liquidación de un bien individual). Los gastos generales, en cambio, representan una especie particular del genus créditos prededucibles, caracterizada por ser soportados en interés general de la clase crediticia. Es decir, se trata de gastos que no corresponden a un determinado bien, sino que están destinados a realizar una utilidad general también en favor de los acreedores garantizados.⁴³ Esta categoría incluye, por tanto, todos los gastos relacionados con las distintas fases a las que se hallan sometidos los órganos del procedimiento: gastos de retribución del síndico y, en su caso, de asistencia, reembolso a la junta de acreedores, gastos para elaborar los distintos informes, etc.⁴⁴ Estos gastos también correrán a cargo del producto de los bienes hipotecados según un criterio proporcional.

El art. 222 se ocupa, en cambio, de las demás deudas, distintas de los gastos, que deben satisfacerse con anterioridad, pero sin prioridad sobre el producto de los bienes pignorados o hipotecados, por ejemplo, las que se hayan originado durante el ejercicio provisional o como consecuencia de la asunción o disolución de relaciones pendientes o de otras operaciones efectuadas por los órganos del procedimiento o con ocasión o en función de procedimientos de insolvencia anteriores.

De lo expuesto anteriormente se desprende que los gastos de procedimiento (específicos o generales) deben distinguirse de las demás deudas de la masa, ya que solo los primeros pueden gravar los bienes pignorados e hipotecados, mientras que éstos están siempre exentos de contribuir al pago de las segundas, o sea, a las demás deudas de la masa que no sean gastos de procedimiento.

Así las cosas, si y solo si los costes de saneamiento pudiesen ser encuadrados como gastos

⁴³ FABIANI, Massimo, “Diritto fallimentare”, Bologna, 2011, spec. p. 482.

⁴⁴ BOZZA, Giuseppe, “La ripartizione dell’attivo”, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Diretto da A. Jorio – M. Fabiani, Torino, 2010, 628, nota 54.

específicos o generales (pro quota) del proceso falencial de acuerdo con la conceptualización de estos últimos, podrían ser abonados antes que los acreedores con garantía real. Caso contrario, como gastos prededucibles (y no como gastos del proceso, ni específicos ni generales), quedarán postergados.

Queda planteada, entonces, la cuestión.

Finalmente, y refiriéndonos al tema relativo a la calificación de los costes de saneamiento soportados por el síndico *en el supuesto del art. 213 CCII*, que ya hemos analizado, la Doctrina ha entendido lisa y llanamente que deben excluirse como:

a) gastos específicos, dado que no se procederá a la liquidación del bien al que los gastos de saneamiento afectan directamente, habiendo ejercido la facultad de exclusión prevista en el art. 213 CCII;

b) tampoco gastos generales, ya que ningún beneficio, ni siquiera potencial, se deriva para los acreedores, incluidos los titulares de garantías, con motivo de la realización del saneamiento del inmueble.

Así las cosas, se concluye que, al considerarse que los costes de saneamiento son prededucibles, sólo deberían satisfacerse después de los acreedores titulares de garantías reales sobre el producto de los bienes pignorados o hipotecados, en el sentido del art. 222, apartado 2, CCII.

4. Premisas del derecho ambiental argentino que deben ser tenidas en cuenta con relación a los problemas que se presentan en el proceso concursal cuando la empresa insolvente ha contaminado y ha dañado el medio ambiente

4.1. Preliminares

El Código de Vélez reguló el patrimonio como un atributo de la persona individual (nota al art. 2322 del Código derogado) dentro de los derechos reales (Libro Tercero). El método estaba fundado en dos nociones básicas, prevalecientes en todos los códigos del siglo XIX: (i) la relación directa del sujeto con los bienes; (ii) la vinculación esencial entre los bienes y su valor económico.

Este esquema, que respondía a una concepción patrimonialista, se mostró insuficiente

para solucionar los conflictos de la sociedad postindustrial, entre otras razones porque: por un lado, mudó la relación exclusiva entre los bienes y la persona; así, los conflictos ambientales se referían a bienes que el Código de Vélez mencionaba como del dominio público, pero que la Constitución y la Ley Ambiental 25.675 calificaba de “colectivos” y, por lo tanto, no solamente de propiedad del Estado. Por el otro, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tenían un valor económico, aunque sí utilidad, como sucedía con el cuerpo humano, órganos, genes, etcétera.

Por eso, el CCyC incorpora el capítulo 4 en el Título Preliminar, cuyo fin es proporcionar, mediante pocas normas, guías abiertas que luego desarrolla en artículos específicos, a conciencia de que su evolución y aplicación justa y equitativa depende de la legislación especial y de la jurisprudencia.

4.2. Diferencias entre el código de Vélez y el CCyC

Como se dijo, el Código de Vélez regulaba este tema en el Libro Tercero (Derechos Reales). El Título I (arts. 2311 y ss.) aludía a las cosas consideradas en sí mismas, desarrollaba la noción de bienes y cosas, las clasificaba y establecía su enajenabilidad. Los artículos 2339 y ss. trataban las cosas con relación a las personas, los bienes públicos y privados del Estado, los susceptibles de apropiación privada, los bienes municipales, de la iglesia y de los particulares.

El orden seguido se basaba en distinguir dos elementos:

— Subjetivo: tenía en consideración la persona, individual o jurídica. No visualizaba a las comunidades de los pueblos originarios, sujetos de derecho conforme la reforma constitucional de 1994.

— Objetivo: se dirigía a los bienes susceptibles de apreciación económica. Dentro de esta categoría se distinguía a los bienes materiales que son cosas y, además, a los que están dentro y fuera del comercio. Estas divisiones no tomaban en cuenta a bienes que no eran susceptibles de apreciación económica pero que presentaban otro tipo de utilidades, como el cuerpo humano.

Bien explica Gonzalo Sozzo que, la primera cuestión que introduce el CCyC para determinar cuando estamos en presencia de un “bien” (o no), no se limita a la consideración de su valor de permuta o cambio, sino a otros valores como el científico, humanitario, (arts. 17 y 56) o el ambiental o patrimonial (art. 240) o paisajístico (arts.

240 y 2078). A su vez, el valor no está más únicamente considerado en función de la persona humana; hay bienes que tienen un valor intrínseco independiente del beneficio directo para la persona humana, es lo que ocurre con la biodiversidad y la naturaleza en general. Esta transformación de la teoría del valor tiene raíz constitucional y convencional y genera un profundo cambio en la idea de lo que es un bien, que ya no se limita a lo que tiene un valor económico para individualizar a la persona, que fue el afán del Derecho de la primera modernidad. De una teoría del valor basada en lo material, patrimonial y económico, antropocéntrica, se pasa a una teoría del valor que reconoce el valor de lo inmaterial, biocéntrico, no patrimonial (humanístico, artístico, cultural, científico, ambiental y paisajístico).⁴⁵

Por otro lado, el CCyC:

– mantiene la clasificación tradicional de los bienes, basada en derechos individuales de las personas sobre bienes susceptibles de valoración económica. La diferencia metodológica radica en que, en lugar de regularla en el libro III (derechos reales), lo hace en el libro I (como objeto de todos los derechos, no sólo los reales).

– contempla, en el título preliminar, otros aspectos que ya están en la práctica social y en el sistema jurídico, tales como: i) Derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios. ii) Derechos sobre el cuerpo humano y sus partes. iii) Derechos de incidencia colectiva. Se trata de pautas generales. No fue más allá porque gran parte de la materia está tratada en leyes especiales (por ejemplo, Ley General del Ambiente 25.675 – en adelante LGA –, Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos 24.193 y sus modificatorias 26.066 y 26.326, etcétera).

4.3. Derechos de incidencia colectiva

Esta ampliación de la idea de bien que venimos resaltando, ha permitido identificar dos grupos de bienes no patrimoniales. El primer grupo es el de los bienes que integran la persona. El segundo el de los bienes colectivos.

Esta idea quedó claramente plasmada en el artículo 1737 del CCyC que, al definir el daño, reconoce que éste puede recaer sobre tres bienes: el patrimonio, la persona y los derechos de incidencia colectiva.

⁴⁵ “El daño a la naturaleza en la era del antropoceno: lecciones de la ola de la codificación ecológica” en “Daño ambiental”, Revista de Derecho de Daños, 2022 – 3, Rubinzal Culzoni, pág. 570.

La persona no es más considerada como mera voluntad. En el CCyC la persona tiene un cuerpo, dignidad y derechos fundamentales, humanos y personalísimos. Todos estos bienes, que no tienen un valor económico directo, tienen como referencia, no el patrimonio, sino la persona en sí. El segundo grupo de bienes es el de los bienes colectivos: el ambiente y la cultura. El reconocimiento de la existencia de estos bienes no apropiables trae consigo una transformación en la manera de concebir la relación con ellos. Dicho en otras palabras: las personas se relacionan con los bienes no sólo a través de la propiedad exclusiva y excluyente de los mismos, sino en ocasiones a través del disfrute, como ocurre con los bienes culturales y ambientales.⁴⁶

El art. 14 del CCyC reconoce dos tipos de derechos a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. Y agrega: *La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.*

Los llamados intereses difusos o derechos de incidencia colectiva son intereses supraindividuales; la facultad de actuar no atañe excluyentemente a la esfera propia de cada sujeto, sino que es compartida con otros. Se procura, conjuntamente, la satisfacción de necesidades comunes, a través de bienes indivisibles y, por ende, no susceptibles de fraccionamiento.

Son intereses difusos, por ejemplo: 1) la preservación del equilibrio ecológico y la prevención contra la contaminación ambiental, 2) la inocuidad de los productos elaborados colocados en el mercado, 3) la preservación del patrimonio cultural, 4) la veracidad de los anuncios publicitarios, 5) la equidad en las condiciones generales en los contratos.

Estos intereses presentan dos cuestiones básicas:

- (i) cuáles son los mecanismos procesales idóneos para su tutela, y
- (ii) quiénes son las personas legitimadas para reclamar en juicio.

El artículo 43 de la Constitución Nacional da la respuesta: por un lado, prevé la acción de amparo como instrumento o vía procesal para proteger estos intereses difusos. Esta acción puede promoverse para proteger a las personas contra los ataques al ambiente, a la libre competencia, a los derechos de usuarios y consumidores, etcétera. Además,

⁴⁶ SOZZO, Gonzalo, “El daño a la naturaleza en la era del antropoceno: lecciones de la ola de la codificación ecológica”, ob. cit., pág. 571.

enumera a las personas legitimadas para interponer judicialmente esa acción. Ellas son: a) el afectado (por ejemplo: el habitante de la ciudad donde se ubica la fábrica que contamina el aire; los usuarios del servicio telefónico que sufren una suba arbitraria de la tarifa, etcétera). b) las asociaciones que propendan a esos fines (por ejemplo: una asociación cuyo objetivo es la defensa del consumidor, etcétera). c) el defensor del pueblo.

En este contexto, el proceso de constitucionalización del Derecho Privado al que ya nos hemos referido, que impone una coordinación entre Derecho Privado y Constitución, obliga a un reconocimiento de los bienes ambientales por parte del Derecho Privado. Se produce así una reforma que tiene dos vías: (a) la reforma del Código Civil para introducir los bienes comunes y la propiedad comunitaria, y (b) la reforma en los hechos por vía de la jurisprudencia que al resolver típicos casos de Derecho Privado considera los límites que los bienes comunes constitucionales imponen a los derechos individuales codificados, como la libertad de contratar o la propiedad privada.⁴⁷

4.4. Daño ambiental

Partimos del siguiente interrogante que se formula Néstor Cafferatta⁴⁸ con respecto al daño ambiental colectivo y al daño civil individual, ¿son dos realidades, o categorías, totalmente separadas, o por el contrario constituyen dos realidades inescindibles? Explica el jurista que ambos forman las dos caras de una misma moneda. Por ello se ha dicho que el daño ambiental, es bicéfalo o dual. Tiene dos rostros, que están unidos. Como tal merece, un tratamiento único, aunque reconoce que la normativa contenida en los artículos 27 y siguientes de la Ley 25.675 General del Ambiente, que fue pensada inicialmente para situaciones de daño ambiental colectivo, cuando se aplica a casos de daño ambiental individual, debe sufrir una necesaria adaptación. Por estos argumentos, según la lógica jurídica, debe sostenerse con criterio flexible, la aplicación de la Ley 25.675, en todo aquello que se adapte a la individualidad del daño, o guarde analogía de situación, más cuando el hecho tiene causa común. La realidad es una sola, aunque bipolar. El régimen legal 25.675 regula ambas situaciones. Prueba de ello es que la propia ley menciona al damnificado directo como uno de los sujetos legitimados de obrar en causas por recomposición del daño ambiental colectivo. De otra manera, de excluir los daños ambientales individuales de las reglas previstas en dicha normativa, creemos que

⁴⁷ SOZZO, Gonzalo, “El daño a la naturaleza en la era del antropoceno: lecciones de la ola de la codificación ecológica”, ob. cit., pág. 572.

⁴⁸ CAFFERATTA, Néstor, A. “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho ambiental”, ed. La Ley, Bs. As., 2012, pág. 455.

se podría debilitar el régimen protectorio o tuitivo creado por la ley General del Ambiente, 25.675.

Así las cosas, y realizando un breve análisis de la Ley General del Ambiente (arts. 30, 32 y 33) de acuerdo a los fines propuesto en este trabajo, podemos aseverar que dicha normativa permite estructurar el daño ambiental y la acción para su reparación, según los siguientes criterios básicos:

- a) *daño ambiental directo*:⁴⁹ es aquél que sufren los ecosistemas, sus componentes y los procesos ecológicos esenciales que les dan vida. Se trata del daño al ambiente en sí mismo que, como hemos dicho, se trata de un bien colectivo y, por lo tanto, indivisible y no susceptible de apropiación privada.
 - a. Específicamente, el art. 30 regula la acción por daño ambiental colectivo.
 - i. El efecto primordial es la *recomposición*, el objetivo subsidiario la *indemnización*. En las normas de los artículos 28 y 30,

⁴⁹ Calificada doctrina reconoce inclusive, desde esta óptica, la posibilidad de reclamar daño moral colectivo ambiental. Explica que: “Es fácil entender que pueden existir casos de daño moral colectivo ambiental. Desde nuestra óptica, entendemos que puede haber supuestos de daños que afecten intereses legítimos (o derechos de incidencia colectivas ambientales), de amplios sectores la colectividad, en aspectos morales de la clase, categoría o sociedad en su conjunto global. El Artículo 27 de la Ley General del Ambiente, en cuanto define al daño ambiental colectivo como toda alteración negativa relevante, del ambiente, sus recursos, el equilibrio del ecosistema o de los bienes o valores colectivos, implícitamente introduce la noción de daño ambiental colectivo moral, porque no de otra forma puede calificarse la lesión a valores colectivos. Por lo expresado, en la temática ambiental, la protección alcanza a los bienes colectivos, tanto como bienes del patrimonio material de la sociedad, como los bienes colectivos integrantes de los “valores colectivos”, que se forman con estimaciones, sentimientos, bienes del acervo espiritual, que hacen a la identidad del grupo, de titularidad difusa, en cabeza la comunidad en general. Por último, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Capital Federal, en 2008, registra un fallo en una demanda promovida por el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de enorme valor doctrinario, en virtud del cual, se confirmó la condena de la demandada, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y una empresa constructora, en concepto de daño moral colectivo ambiental, por haber demolido un bien del patrimonio histórico cultural de la vieja localidad de Flores, la denominada “CASA MILLÁN”, perteneciente a los fundadores de este barrio capitalino. Todo lo cual, estimula a quienes creen en el valor de la justicia, en casos como el presente, cuando la pérdida o menoscabo, tiene por epicentro la faz espiritual de la comunidad, o los bienes o valores colectivos, de nuestro pasado histórico”. (CAFFERATTA, Néstor, A. “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho ambiental”, ob. cit., pág. 470). A todo evento, debe recordarse en este sentido el *leading case* de las *Nereidas* resuelto por la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL, Sala A, “Municipalidad de Tandil c/ T.A. La Estrella SA y otro”, con el voto de Jorge M. GALDÓS, del 22/10/96. En el caso, un ómnibus de la empresa demandada, luego de desplazarse sin conductor por la pendiente en la calle Avellaneda de la ciudad de Tandil, colisiona contra la fuente y grupo escultórico “Las Nereidas” emplazado en la intersección de dicha arteria con las calles Pujol, 14 de Junio y Diagonal del Parque, provocando al mismo diversos daños. La demanda se planteó por el resarcimiento de perjuicio patrimonial experimentado por el Municipio, consistente en el valor de los materiales y mano de obra necesarios para la restauración del referido grupo escultórico y en la disminución de su valor venal; pretendiéndose igualmente la indemnización del “daño a los intereses difusos o derechos públicos subjetivos” de toda la comunidad tandilense, dada la afectación del goce y disfrute estéticos que posibilitaba la contemplación de esa obra, ahora dañada, del patrimonio cultural de la Comuna. La sentencia hizo lugar a todo lo reclamado, con la aclaración de que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal, de forma tal que el Estado local, dueño y guardián de la escultura, resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la colectividad afectada, “porque aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado”.

desplegando el mandato constitucional del artículo 41, el legislador avanzó en desarrollar la idea de que en el campo de los daños ambientales directos el objetivo primordial debe ser la recomposición del ambiente y que “sólo en caso de que no sea técnicamente factible” (art. 28) debe condenarse a abonar una indemnización sustitutiva. La idea ha sido ratificada por el CCyC, que en su artículo 1740 establece que en caso de que la recomposición fuera imposible, el objetivo de la acción puede consistir en el pago de una indemnización por daños.

ii. En cuanto a la legitimación activa, producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación:

1. para obtener la *recomposición del ambiente dañado*, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental – conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional – y el Estado nacional, provincial o municipal;

a. en este sentido, quedan equiparados los legitimados activos en caso de amparo colectivo y de acción por recomposición del daño ambiental directo

2. sin perjuicio de lo indicado precedentemente, aunque *ya a nivel de prevención y precaución*, toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

b. El artículo 34, por su parte, crea un fondo de compensación ambiental al cual deben ingresar los fondos que se originan en condenas de recomposición. Al no afectarse bienes individuales, los fondos no pueden ingresar en el patrimonio del damnificado víctima directa de la contaminación que bebió el agua envenenada, al contrario, van a parar a un fondo común; que es administrado con el fin de producir y financiar a las acciones de recomposición del ecosistema afectado.

c. El artículo 33, segundo párrafo, regula la vinculación subjetiva de la sentencia estableciendo como regla general la expansión de sus efectos erga omnes, tanto si es favorable como desfavorable. Es otra consecuencia lógica de este tipo de acciones basadas en bienes colectivos.

b) *daño ambiental indirecto*: los daños que por reflejo sufren las personas humanas, que ven sus cursos de agua contaminados, enfermos o sufren la muerte

por efecto y consecuencia del estado de contaminación en que se encuentran los ecosistemas que habitan o algunos de sus componentes como el aire o el agua que beben.

- a. En este otro aspecto, la LGA es un tanto ambigua en lo que respecta a la posibilidad de demandar los daños ambientales indirectos exigiendo esta vez la indemnización de los daños. Sin embargo, no puede negarse que el primer párrafo del artículo 30 in fine prevé la posibilidad de que la persona “directamente afectada” por el daño al ambiente pueda, de manera individual, exigir la reparación de su daño, con lo cual tampoco puede negarse que prevé una acción por reparación del daño ambiental indirecto. En general la regulación de esta acción estará en el CCyC, siéndole aplicables las normas que rigen la función de reparación de la responsabilidad civil a través del diálogo de las fuentes.⁵⁰
- c) *acción de clase por daños ambientales indirectos grupales*: esta cuestión resulta de particular interés en nuestro trabajo desde que, en tren de conjeturas, cabe preguntarse si, acaso, ante la contaminación producida por una empresa que luego cae en quiebra, los miembros de la comunidad que han resultado intoxicados al beber el agua envenenada, a la hora de realizar sus reclamos indemnizatorios contra el deudor insolvente, en lugar de hacerlo individualmente, lo hacen pero a través de una asociación protectora del medio ambiente del pueblo donde se ha producido la contaminación.

Para una mejor comprensión del tema, dada su complejidad, cabe recordar algunos conceptos:

- a. Los llamados “derechos individuales homogéneos” configuran una tercera categoría de derechos. Estaban expresamente previstos en el anteproyecto del CCyC, pero fueron eliminados durante el proceso de revisión. La clasificación tripartita del anteproyecto seguía los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi”, resuelto el 24/2/2009,⁵¹ que enumeró:
 - i. Los *derechos individuales* (por ejemplo, derecho de dominio, condominio, al nombre, etcétera); configuran la regla general y son ejercidos por su titular.
 - ii. Los *derechos de incidencia colectiva* que tienen por objeto bienes colectivos (por ejemplo, derecho al ambiente sano); pueden ser

⁵⁰ SOZZO, Gonzalo, “El daño a la naturaleza en la era del antropoceno: lecciones de la ola de la codificación ecológica”, ob. cit., pág. 593.

⁵¹ Fallos 332:111.

ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que defienden el interés colectivo involucrado y el afectado. El ejercicio de estos derechos exige dos elementos: (i) La petición tiene por objeto la tutela de un bien colectivo, o sea, pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y sin exclusión alguna (por ejemplo, se peticiona la limpieza de un río contaminado); (ii) Por esta razón, se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre ese bien.

- iii. Los *derechos individuales homogéneos* que pertenecen a las personas individualmente, pero esas personas conforman un grupo en tanto el derecho que titularizan tiene origen en una sola causa, común a todas ellas. Por ejemplo, el banco ha descontado, ilegítimamente, a todos los clientes que titularizan una cuenta corriente, sumas correspondientes a un seguro de vida que ellos no han contratado. Cada uno de los clientes tiene un derecho a la devolución de las sumas descontadas y hay muchas personas (los clientes) que pertenecen al mismo grupo, en tanto el derecho a la restitución tiene la misma causa (el descuento ilegítimo). Por aplicación de estas reglas, en el caso “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/nulidad de cláusulas contractuales”,⁵² la CSJN reconoció que una *asociación de usuarios y consumidores (PADEC) puede iniciar una acción colectiva* para obtener la nulidad de una cláusula contractual que autoriza a una prestadora de medicina prepaga a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales que cobra a sus afiliados. En esta decisión y en otras posteriores, el mismo tribunal ha completado los requisitos necesarios para que las asociaciones puedan actuar a favor del grupo. Estos son: a) Existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos. b) La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar; en el ejemplo dado, se apunta a la ilegitimidad del descuento y no a la suma que a cada uno de los clientes se debitó en su cuenta. c) De no reconocer legitimación procesal a la asociación, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, pues no aparece justificado

⁵² Causa P.361.XLIII del 21/08/2013.

que cada uno de los posibles afectados del grupo involucrado promueva su propia demanda. La escasa significación económica de las sumas disputadas, individualmente consideradas, permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.⁵³

- b. Así las cosas, si bien ampliaremos sobre el tema más adelante, creemos que la respuesta a nuestro interrogante debe ser afirmativa, o sea, en el amplio escenario que monta el proceso concursal, la asociación de nuestro ejemplo, si podría promover esta *acción de clase por daños ambientales indirectos grupales, en tanto verificación concursal de la acreencia* (a través de las vías que confiere el art. 21 LCQ), siendo el destino final de la indemnización el patrimonio de las víctimas contaminadas (por ej., bajo el título – en principio – de cuota concordataria o dividendo falencial).
- c. En esta misma línea argumental, cabe citar la opinión del profesor Gonzalo Sozzo, quien entiende que: *“La regla legal contrastada con el descubrimiento de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes individuales, ha originado diferentes interpretaciones dogmáticas acerca de si están o no comprendidos los daños a los intereses individuales homogéneos (...) Es decir, si la ley habilita las acciones colectivas consistentes en acciones de clase por daños basadas en los daños a las personas en su persona o patrimonio, como consecuencia del daño a los bienes colectivos ambientales con los cuales están en contacto, por ejemplo, el caso de un grupo de personas que vive en las cercanías de un curso de agua contaminado y sufre daños en su salud al consumir el agua contaminada. No tengo dudas de que el legislador tuvo en miras la posibilidad de que se demandara el daño ambiental indirecto individual pero no la acción por daños ambientales indirectos individuales pero grupales. Sin embargo, una interpretación evolutiva de la norma, luego del dictado de sentencias como “Halabi” y de los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia en torno a los intereses individuales homogéneos, obliga a considerar incluida esta posibilidad. Esto tiene una cierta utilidad práctica, por ejemplo, para evitar discusiones inútiles sobre si los legitimados activos como los afectados por el daño pueden organizarse en una acción de clase por daños o si el*

⁵³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y BORETTO, Mauricio, “Manual de Derecho Privado”, editorial Eudeba – Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2017, Volume 1.

defensor del pueblo puede iniciar estas acciones. Ante el vacío regulatorio de la LGA en este tema, sumado a la ausencia de una regulación general de las acciones de clase a nivel nacional, sin dudas, el diálogo con la construcción de la jurisprudencia de la CSJN al respecto será esencial".⁵⁴

Lo expuesto por el profesor santafecino, avala nuestra respuesta al interrogante formulado.

5. Abordaje jurídico de algunos problemas que plantea el proceso concursal del empresario *insolvente* que contamina

5.1. Una breve aclaración

Analizar exclusivamente a la luz de la ley 24.522, el tema vinculado al tratamiento de los distintos problemas que puede presentar el abordaje de la insolvencia de una empresa que contamina, no sería lo más apropiado y justo. La legislación concursal no contiene normas vinculadas con la cuestión de la protección del medio ambiente y, para nuestro cometido, es necesario realizar un abordaje sistemático.

Por lo tanto, intentar dar respuestas a estos problemas sólo desde la óptica puramente falencial y bajo la lupa normativa estrictamente concursal, hoy, después de la reforma Constitucional de 1994 y del nuevo paradigma de la "Constitucionalización del derecho privado" receptado en el CCyC (arts. 1 y 2); es arriesgarse a realizar un análisis sesgado de la cuestión y a dar respuestas parciales y hasta injustas, huérfanas de una visión integral de la problemática y, particularmente, un enfoque constitucional; que afectaría la "razonabilidad" de la decisión judicial (art. 3 CCyC).

Por todo ello, para dar respuestas más ecuanímes al problema ambiental de la empresa insolvente, sin soslayar la ley 24.522, debemos echar mano, necesariamente, al *dialogo de fuentes*; procurando una adecuada integración normativa.

Recordemos que, nuestro CCyC, establece la necesidad de que toda decisión judicial sea razonablemente fundada (art. 3), mencionando una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas.

⁵⁴ "El daño a la naturaleza en la era del antropoceno: lecciones de la ola de la codificación ecológica", ob. cit., pág. 594.

Por esta razón se dispone (art. 1) que en esta materia deben tenerse en cuenta la Constitución, leyes, tratados de derechos humanos y la finalidad de la norma. Asimismo, la ley debe ser interpretada (art 2) teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con el ordenamiento. Estos textos, coordinados, junto al ya mencionado artículo 3, dan curso a un nuevo modelo en la decisión judicial.

Así las cosas, por ejemplo, el juez concursal no puede *soslayar* la Constitución Nacional (art. 41 y cctes.), ni los Tratados de Derechos Humanos con la misma jerarquía (art. 75 inc 22) y mucho menos la Ley General del Ambiente, al resolver los problemas ambientales en un proceso concursal en marcha. No puede quedarse con el mero texto de la ley 24.522.

Vamos de nuevo a fuerza de ser reiterativos.

Estábamos situados en una cultura positivista muy fuerte, es decir muy apegada a la interpretación del texto de la ley. Pero ahora nos encontramos frente a un cambio de esquemas, no solo de regulaciones. Hay un cambio de paradigmas en marcha. El nuevo Código pretende construir una plataforma de principios, una base flexible que se pueda adaptar a los tiempos futuros, por eso vemos su articulación con el bloque constitucional, la obligatoriedad de observar la finalidad de la norma, la exigencia de reparar en los principios y valores jurídicos como un modo de asegurar coherencia en todo el ordenamiento, y desde luego la metodología interna del Código, que construye el sistema a partir de una parte general, que en realidad no es solo del Código sino de todo el Derecho Privado y, también, las partes generales de cada materia, y microsistemas que provienen de leyes especiales.

A partir del nuevo Código ningún artículo podrá interpretarse en forma aislada. El Código se presentó como un sistema de normas articulado verticalmente con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, así como con los microsistemas autosuficientes, sin descartar las normas contractuales, los usos, prácticas y costumbres, los precedentes y los principios y valores. Aún más, en el final del texto de su artículo 2º, se agrega que dicha interpretación deberá ser realizada “de modo coherente con todo el ordenamiento”. Esto resulta conteste con lo establecido en su artículo 3º, cuando determina que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”; razonabilidad que tendrá su correlato en la aplicación del proceso lógico, unido a la articulación de todo el

ordenamiento. Todo esto constituye un giro copernicano respecto de aquella conducta exigida, de subsumir el caso en la norma expresa. De la tarea de, simplemente aplicar la ley, se pasa ahora a la necesidad de construir una solución para cada caso, considerando el amplio espectro de cuestiones jurídicas y axiológicas a las que remite la nueva legislación.⁵⁵

Efectuada esta breve aclaración, comenzaremos con el tratamiento de los distintos problemas que plantea el empresario en situación de insolvencia desde una óptica ambiental (y no puramente “concurzal”).

5.2. Tensión entre los principios del Derecho concursal y los principios del Derecho ambiental a la luz del Derecho judicial⁵⁶

Los dos casos que citaremos a continuación, reseñados por Fernando Semberoiz en un interesante aporte doctrinario, evidencian que estas dos disciplinas jurídicas están en permanente tensión, no obstante lo cual, constitucionalmente, debe prevalecer el “estatuto ambiental” por sobre el “estatuto concursal”.

Ambos serán de mucha utilidad para nuestras posteriores reflexiones.

- ✓ *Precedente “Esperanza del Mar S.A. s/quiebra” (fuero comercial, Expediente 71099/2009, Incidente 15, interlocutoria del 14/06/2017).*

En agosto de 2013 fue decretada la quiebra de “Esperanza del Mar SA”, propietaria de los buques “Esperanza Uno” (E 1) y “Esperanza Dos” (E2) y de un permiso de pesca accesorio de esta última embarcación.

En septiembre de 2013 el juez de la quiebra dispuso la prohibición de innovar respecto del permiso de pesca para evitar su caducidad a instancias del Estado Nacional. Apelada esa medida por el Estado Nacional, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial la confirmó el 19/05/2014 con fundamento en que:

1) la cuestión referente al permiso de pesca imponía la competencia del magistrado a

⁵⁵ ESTIGARRIBIA BIEBERM, María L. y PIRIS, Cristian R. A., “La reconfiguración del sistema de fuentes en el Derecho argentino”, Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁵⁶ Ver por todos SEMBEROIZ, Fernando J., “La cuestión ambiental en la quiebra”, LA LEY 20/07/2018, 1 – LA LEY 2018-D, 560 Cita: TR LALEY AR/DOC/1005/2018. Asimismo, se puede consultar DE MARIO, Gastón y LEGUIZA CASQUIERO, Guillermo “El deber de preservar el medioambiente y los intereses del proceso de quiebra”, LA LEY 27/12/2017, 6 – LA LEY 2018-A, 50 Cita: TR LALEY AR/DOC/3188/2017.

cargo del proceso universal;

2) en virtud del desapoderamiento (art. 107, LCQ) el juez concursal tenía facultad para resolver en la cuestión propia de la liquidación falencial;

3) la medida de no innovar importó la preservación del activo falencial en pos de su liquidación y del pago de acreedores concurrentes;

4) la orden de no innovar dispuesta por el juez falencial fue necesaria para arribar a la liquidación sin que los bienes fueran sustraídos de la órbita de examen del juez falencial.

En julio de 2014, el juez de la quiebra dispuso la subasta en conjunto de sendos buques, incluyendo el permiso de pesca accesorio. El trámite de enajenación quedó suspendido en virtud de nuevos cuestionamientos introducidos por el Estado, que llevó la cuestión a la Corte Suprema por vía de recurso extraordinario.

Paralelamente, las autoridades portuarias y navieras instaron al síndico de la quiebra para que dispusiera lo necesario para la puesta a seco y el desguace de sendos buques, denunciando su riesgo de hundimiento y de contaminación ambiental. El síndico solicitó el desguace de ambos buques, señalándole al juez de la quiebra el peligro de contaminación del medio acuático, en particular porque el buque titular del permiso de pesca tenía en sus tanques aceite, combustibles y amoníaco refrigerante. La petición fue desestimada por el juez de la quiebra.

Ante nuevas alertas de hundimiento y contaminación ambiental el síndico reiteró al juez de la quiebra su pedido de desguace de los buques, lo que fue rechazado en febrero de 2017, entre otros motivos porque:

1) el permiso de pesca era el único atractivo que podía despertar en la plaza para la compra de los activos de la quiebra;

2) el desguace del buque titular del permiso de pesca podría redundar en la pérdida total de tal permiso, ocasionando “evidente e irreparable perjuicio para la masa”, toda vez que “constituiría el único activo realizable del universal”.

En ese estado de cosas, el síndico de la quiebra inició en marzo de 2017 una acción de tutela cautelar ambiental ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal Nro. 12 tendiente al retiro y desguace del buque “E1”. Atendiendo a los informes de la Prefectura

Naval Argentina y de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (“ACUNAR”), de los que se concluía que el derrame de hidrocarburos databa del 2015, la existencia de un riesgo de hundimiento y riesgo ambiental que podía afectar la cuenca, en marzo de 2017 el Juzgado Federal hizo lugar a la petición sindical intimando al Poder Ejecutivo Nacional y a la ACUMAR a la extracción y puesta en seco del buque.

El Juez Federal consideró acreditado el riesgo ambiental y su potencial incidencia en el espacio geográfico de la cuenca bajo su jurisdicción. En sus fundamentos la resolución señaló:

- la colisión entre los intereses particulares homogéneos por los cuales debe velar el juez de la quiebra y el interés colectivo de protección del ambiente.
- En función de lo dispuesto en los arts. 14 y 240 CCyC hizo prevalecer el bien colectivo “ambiente” por constituir un derecho de raigambre constitucional, personalísimo, esencial y humano que prima sobre los derechos individuales y el interés colectivo de los acreedores de la quiebra.

Ante una segunda presentación del síndico ante el Juez Federal (con relación al buque “E2”) el magistrado desestimó la tutela ambiental, dejando a salvo qué si bien estaban dadas las condiciones para su procedencia, carecía de jurisdicción sobre la base de que el Buque estaba ubicado en el Puerto de Buenos Aires, fuera del ámbito de la cuenca Matanza-Riachuelo.

El Fiscal Federal dictaminó que la cuestión era competencia del juez de la quiebra.

Informado el juez de la quiebra de lo actuado por el síndico en el fuero penal, sancionó al funcionario sindical con multa, encuadrándolo como mal desempeño, señalando que: 1) los actos de disposición sobre bienes desapoderados deben hacerse “bajo la autoridad y dirección del juez concursal, siendo las funciones del síndico solo participativas” y “complementarias” de las que competen al magistrado; 2) Todo acto de disposición llevado a cabo por el síndico “sin la anuencia o control del magistrado” es nulo pues solo este puede “decidir sobre la disposición de la masa activa”; 3) “El pedido de desguace que la sindicatura dedujo en sede penal respecto del activo falencial” sin haber recabado previamente la autorización del juez de la quiebra “importó exorbitar notoriamente las facultades que confiere al funcionario concursal el dispositivo legal”; 4) La conducta del síndico se adecuó a las causales de negligencia, falta grave y mal desempeño que prevé el art. 255 de la Ley de Quiebras.

La sanción fue atenuada por la Cámara comercial disponiendo un llamado de atención al funcionario sindical.

- ✓ *Precedente “Satecna SA s/ quiebra” (Expediente 32902/2013/1, JCom. N° 20, Secretaría N° 40. Resolución del 13/ 11/2017).*

El Estado Nacional argentino efectuó en la quiebra de Satecna SA una oferta de compra directa de los buques “Cazador” y “Luchador”, abonando el precio mediante una parte en efectivo, para cubrir los gastos causídicos vinculados con los mencionados buques, y ofreciendo pagar el saldo que existiera (resultante de la diferencia entre el precio ofrecido y el pago en efectivo que realizaría) mediante compensación del importe pendiente con parte del crédito hipotecario verificado que detentaba, hasta el monto de la suma menor. Ese procedimiento no está previsto en las formas de enajenación reguladas en la Ley de Quiebras.

Al expedirse la sindicatura sobre la oferta del Estado Nacional, consideró que la venta directa bajo la modalidad ofrecida por el Estado era la forma más apropiada, entre otras razones, porque:

- 1) habían fracasado varias subastas y no existía ningún indicio que permitiera suponer qué si se intentaba otra más, aparecería un comprador y que podrían venderse por un precio mínimamente cercano a su valor real;
- 2) el Estado Nacional se hacía cargo de los gastos de justicia;
- 3) Si no se le vendía al Estado Nacional, la quiebra concluiría sin fondos para pagar los gastos, la tasa de justicia y los honorarios de quienes trabajaron desde hacía más de doce años en el concurso preventivo y en la quiebra posterior;
- 4) la venta inmediata significaba el punto final a nuevos gastos de amarre y de conservación de los buques, a las erogaciones laborales del custodio, y a la carencia de aseguramiento, que no existía en razón de la falta de fondos de la quiebra.

Sin perjuicio de lo anterior, particularmente cabe mencionar la actuación de la sindicatura, quien sostuvo que la venta al Estado Nacional era la solución que mejor se ajustaba a la “cláusula ambiental” de los arts. 41 y 43 de nuestra CN y al mandato del art. 32 de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente) que en virtud de los arts. 1º, 2º, 14 y 240 CCyC rigen para la quiebra y le imponen al juez ajustarse a los principios de política ambiental del art. 4º, LGA (principios de prevención, precautorio, de equidad intergeneracional, sustentabilidad, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad y

solidaridad).

En un capítulo expresamente dedicado a la cuestión ambiental, el síndico invocó como un valioso precedente jurisprudencial la sentencia dictada por la señora jueza titular del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 18, Secretaría N° 35 en los autos “Desarrollo Pesquero Marítimo Atlántico Sur SA s/ quiebra s/ incidente de subasta (Buque Pesquero Depemas 51), expediente 46020/2009/10, proceso en el cual la magistrada autorizó la venta directa del buque que integraba el activo de la quiebra, puntualizando que las ventas de tales bienes tienen características especiales ya que:

1) sus subastas suelen fracasar por falta de postores, desalentados por los altísimos costos de retiro del buque, que incluyen gastos de traslado, disposición de residuos y materiales;

2) son bienes que tienden a desvalorizarse rápidamente cuando no se le efectúan periódicamente las reparaciones y controles que demandan, con elevadísimos costos que las quiebras no están en condiciones de afrontar y terminan recayendo en la autoridad marítima, es decir, el Estado Nacional, por lo que mantenerlos en el patrimonio de la quiebra es costoso y significa su pérdida de valor;

3) la estadía del buque genera gastos para la quiebra, en concepto de impuestos, tasas, custodia, incrementando los pasivos;

4) deben tenerse en cuenta razones de seguridad ambiental.

Al mencionar las razones de seguridad ambiental, la juez anticipó al llamado “paradigma ambiental” que tomaría vigencia legal mucho tiempo después con el CCyC en el año 2015.

El síndico invocó expresamente como fundamento de su petición la incorporación a nuestro derecho positivo vigente del “paradigma ambiental”, aludiendo al nacimiento de:

1) un nuevo bien jurídico colectivo —el ambiente—;

2) un nuevo sistema de acción de orden imperativo: la prevención y precaución;

3) un nuevo diseño de los derechos subjetivos, que puestos en relación con el bien colectivo adquieren una “función ambiental”; y

4) una concepción fundada en la idea de la armonización del derecho con la naturaleza y de que el sistema jurídico incorpore la cuestión ambiental en todos los aspectos.

El funcionario sindical expresó que en cuanto respecta al hecho de que los buques

requieren mantenimiento y vigilancia constante y el riesgo de impacto ambiental que generaría la desatención de esas actividades, correspondía tener especialmente en cuenta que el ambiente acuático integra el medio ambiente y que desde la sanción del nuevo Código las normas de protección ambiental han pasado a ser de rango superior a la Ley de Quiebras [conf. arts. 240, 241 y 1709, Cód. Civ. y Com., y las directivas al Poder Judicial emanadas del fallo “Mendoza, Silvia Beatriz y otros v. Estado nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.⁵⁷

Además, invocó la misma doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que en materia de responsabilidad por daño ambiental lo primero es la prevención; y luego, la recomposición (art. 41, CN, arts. 27 y concs., ley 25.675).

En noviembre de 2017 el juez de la Quiebra hizo lugar a la venta directa de los buques, entre otros fundamentos por:

- “la especial naturaleza de los buques objeto del caso, con la característica de ser remolcadores que no pueden ser utilizados para ninguna otra actividad diferente de la específica para la que fueron construidos, por lo que el mercado es casi inexistente”;
- “el fracaso de dos subastas anteriores por ausencia de postores hace presumir, en función de la existencia de un incierto mercado, que habrá de naufragar un nuevo intento, con el consecuente agravante de gastos infructuosos”;
- “el crédito privilegiado que detenta el Estado Nacional al día de la fecha supera ampliamente las bases fijadas en el último decreto de subasta de los barcos en cuestión”;
- que “el Estado, único interesado, ofrece hacerse cargo de los abultados gastos de justicia”;
- que “permitirá concluir satisfactoriamente una quiebra que actualmente se halla sin fondos y es deudora por los gastos del último remate fracasado al martillero y por los salarios del marinero”;
- que “la venta en estos términos tiene la virtualidad de impedir que se sigan generando nuevos y costosos gastos de amarre y de conservación de las naves”.

El juez de la quiebra encontró elementos convincentes para subsumir el caso en el art. 213, LCQ, y apreció pertinente la aplicación del art. 41 de la CN, la Ley General del Ambiente (ley 25.675) y los arts. 1º, 2º, 14 y 240 CCyC, teniendo en cuenta que el solo hecho del paso del tiempo y la falta de adecuado mantenimiento implicaba “un riesgo

⁵⁷ Fallos 326:2316, LA LEY 2006-D, 281.

potencial, susceptible de afectar derechos de incidencia colectiva” y “el deber de toda autoridad de proveer a la protección del ambiente y la preservación del patrimonio natural”, y que “ante la posible afectación del ambiente (v.gr., hundimiento por falta de mantenimiento, según último informe en los autos principales), el juez debe priorizar el análisis en la etapa previa al daño, operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, y tratando de impedir su consumación”.

A continuación, comenzaremos con nuestro análisis.

5.3. Reclamos – patrimoniales y no patrimoniales – contra la Empresa concursada preventivamente o declarada en quiebra que ha producido y continúa produciendo un daño ambiental

Partamos de un ejemplo. Si una fábrica contamina el curso de un río que utiliza la casi totalidad de una pequeña población de 5.000 habitantes que viven allí para regar sus campos cultivados y que es el sustento de la comunidad, hay un daño ecológico, pues se afecta el ecosistema en sí mismo, como bien colectivo ambiental.

Ante esta plataforma fáctica, nos preguntamos:

- 1) ¿Qué vías legales y procesales pueden implementarse para *evitar* que continúe la contaminación?
- 2) ¿Cómo proteger el bien colectivo medio ambiente del daño ambiental directo que está experimentando?
 - a. ¿Cómo reclamar la “recomposición del curso de agua” en el marco de un proceso concursal?
 - b. Y, si técnicamente no es posible, ¿Cómo reclamar la reparación (indemnización sustitutiva) del daño ambiental directo (al bien colectivo en sí) cuyo destino no es el patrimonio de una “acreedor” víctima de la contaminación de sus verduras y frutas irrigadas por el agua contaminada, sino un “fondo de compensación ambiental”?
 - i. ¿Existe aquí técnicamente un “acreedor”, figura que presupone la existencia de un derecho subjetivo patrimonial crediticio de disfrute personal ejercido por su titular, cuando – en realidad – estamos en presencia de un bien – el ecosistema – que pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y sin exclusión alguna?

- 3) ¿Cuál es la vía legal y procesal que tiene el granjero que sufrió la contaminación en sus frutas y verduras, o sea, el daño ambiental indirecto? En este caso, pareciera que sí hay un “acreedor”, titular de un derecho subjetivo individual.
- 4) ¿Cuál es la vía legal y procesal sí, en la situación anterior, en lugar de reclamar un granjero a la empresa insolvente, lo desean hacer los 200 granjeros que han sufrido el mismo daño patrimonial en sus campos, a causa de la contaminación del río?
 - a. ¿Puede efectuar el reclamo patrimonial ante el proceso concursal de la empresa contaminante, la “Asociación protectora del medio ambiente” del pueblo cuyo curso de agua fue envenenado y que aglutina a todos los granjeros del mismo?

Intentaremos dar respuestas a estos interrogantes.

5.3.1. ¿Qué vías legales y procesales pueden implementarse para evitar que continúe la contaminación del curso de agua o, en otras palabras, para solicitar la cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo?

De acuerdo con el art. 4 LGA deben tenerse en cuenta dos principios:

- *Principio de prevención*: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.
- *Principio precautorio*: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

En nuestro ejemplo, el daño ya se ha producido y existe certeza del factor contaminante; se trata, entonces, de *evitar* que continúe el envenenamiento del río o sea su *agravamiento*, por lo tanto, opera el *principio de prevención*, por lo que habrá que activar los mecanismos de *prevención del daño* a través de la acción *amparo ambiental* (art. 43, Const. Nacional y art. 30 LGA), que hará las veces de *acción preventiva del daño* (art. 1710 y ctes CCyC).⁵⁸ Habrá que tener especialmente en cuenta, en este aspecto, las

⁵⁸ Las modernas tendencias doctrinales adicionan la función preventiva a la función tradicional reparadora.

amplias facultades del “juez ambiental” de acuerdo con el art. 32 LGA.

¿Quiénes pueden iniciar esta acción? Cualesquiera de los legitimados a que se refiere el art. 43 Constitución Nacional.

¿Ante quién? No hay fuero de atracción en los términos de los arts. 21 y 132, L.C.Q., sea concurso preventivo o quiebra. No hay juicio de contenido patrimonial, no obstante, claro está, que las medidas preventivas del daño repercutirán directa o indirectamente en el patrimonio de la empresa insolvente (por ej., cierre de la fábrica) y en el desarrollo de su actividad. Este dato reviste particular importancia en el caso de concurso preventivo donde el deudor “debe” continuar necesariamente con su actividad para “arreglar” con los acreedores cómo les pagará sus acreencias.

No sólo se indemniza el daño causado; se busca prevenirlo y, de este modo, responder al dicho popular “más vale prevenir que curar”. De tal modo, la llamada “tutela inhibitoria” adquiere un rol significativo. Este remedio procesal tiene como objetivo impedir que se cause un daño (en caso de amenaza de lesión) o bien, que cese su producción (si la actividad ya se ha iniciado y es previsible su continuación o reiteración). Por ej., si el Estado ha otorgado una concesión pesquera para capturar toninas en forma indiscriminada en aguas argentinas, una asociación protectora del medio ambiente podría solicitar judicialmente la suspensión del acto administrativo del que emana esa autorización para evitar se cause o se siga causando un daño ecológico; si un niño se ha caído en un pozo existente en un terreno público, en el juicio en el que se reclama la indemnización de los daños sufridos, el juez podría disponer no sólo se repare el daño sufrido por el niño, sino hacer cercar el pozo para evitar que en el futuro otros niños se caigan. El CCyC tiene especialmente en cuenta esta función preventiva; en tal sentido, el art. 1710 dispone: “toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: (a) evitar causar un daño no justificado; (b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; (c) no agravar el daño, si ya se ha producido”. *La acción preventiva*. Conforme el art. 1711 CCyC, “*La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”. Los presupuestos de esta acción son: *a) autoría*: puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; *b) antijuridicidad*: el hecho o la omisión debe ser antijurídica, o sea, contraria a derecho. Conforme los principios constitucionales, un juez no puede impedir que una persona realice una actividad lícita, aunque cause un daño a un tercero; por ej., un comerciante advierte que otro se instalará al lado de su negocio; aunque seguramente sufrirá algún daño (algunos de sus clientes comprarán al competidor) no puede impedir esa instalación, a través de la acción inhibitoria, pues la conducta del vecino es lícita, aunque cause un daño; *c) Relación de causalidad* entre la situación antijurídica y el daño altamente probable, conforme las pautas reguladas en los arts. 1726 y siguientes. A diferencia de lo que ocurre con la función reparadora, como regla, el código no requiere para la tutela inhibitoria ningún factor de atribución. Una excepción a esta regla es la prevención de las ejecuciones abusivas en materia de garantías a primera demanda o garantías unilaterales, en las cuales para detener la ejecución extrajudicial es necesario acreditar el dolo o el fraude (art. 1810 CCyC). *Legitimación activa*. El art. 1712 reconoce legitimación para peticionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado (art. 1712 CCyC). Se trata, pues, de un criterio amplio. Por ej., ante la existencia de numerosas malezas que impiden la visión en un paso a nivel sin barreras, un vecino del lugar podría solicitar que el juez, además de indemnizar los daños que ya se han causado, ordene a la Administración el corte de esas malezas para evitar nuevos daños. *La sentencia*. El art. 1713 CCyC distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo, cuya finalidad es únicamente la prevención, de la tutela provisoria. En ambos supuestos, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos; en el ejemplo anterior, obliga a un hacer (cortar las malezas). El contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por las siguientes reglas: (i) menor restricción de derechos posible (en el caso anterior, el juez no dispone la eliminación del paso a nivel, sino el corte de las malezas); (ii) la utilización del medio más idóneo; (iii) la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad. *Facultades judiciales*. El juez puede disponer esas medidas a pedido de parte o de oficio (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y BORETTO, Mauricio, “Manual de Derecho Privado”, editorial Eudeba – Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2018, Volume 2).

Para mayor claridad, a los efectos de calibrar nuestra respuesta, es necesario traer a colación la opinión de Pablo Heredia⁵⁹ sobre el concepto de “juicio de contenido patrimonial”, quien nos recuerda que: *“La suspensión y radicación de juicios en sede concursal, alcanza a todas aquellas acciones que impliquen un desequilibrio con los acreedores comunes frente a la masa de bienes del concurso. Con tal sentido debe interpretarse la frase “juicios de contenido patrimonial” contenida en el primer párrafo del art. 21, LCQ (texto según ley 26.086). Como ya lo señalara Quintana Ferreyra, bien que refiriéndose al art. 22, inc. 1º de la ley 19.551, esa expresión se refiere, precisamente, a aquellos juicios cuyo objetivo es la obtención de algún beneficio patrimonial a favor del actor, en desmedro de la igualdad en el tratamiento de los acreedores, importando un desequilibrio que atenta a la integridad del patrimonio”*.⁶⁰

Así las cosas, regirá sobre el particular el art. 7 LGA: *La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal.*

En suma, desde esta óptica, no hay técnicamente acreedor, ni crédito, ni juicio de contenido patrimonial, ni fuero de atracción. Estamos en presencia de la protección de un bien colectivo, de disfrute común y de índole extrapatrimonial.

5.3.2. ¿Cómo proteger el bien colectivo medio ambiente del daño ambiental directo que está experimentando a causa de la empresa contaminante insolvente?

a. Recomposición ambiental

Aquí el tema se complica.

Partimos de la premisa según la cual el hecho jurídico de la contaminación es anterior al pedido de concursamiento o a la fecha de la declaración de la quiebra (arts. 32 y 200 L.C.Q.).

⁵⁹ Ley N° 26.086: Nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones, y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo.

⁶⁰ QUINTANA FERREYRA, Francisco, “Concursos”, Astrea, Buenos Aires, 1988, t. I, p. 274.

Primero, ante el daño propinado al bien colectivo medio ambiente en sí, como ya lo hemos expresado, técnicamente no hay un acreedor en tanto titular de un crédito, o sea, un derecho subjetivo individual patrimonial.

De algún modo, y entre otros aspectos, ello queda evidenciado en la legitimación activa extraordinaria que confiere el art. 43 Constitución Nacional y el art. 30 LGA para la defensa de un bien indivisible, que no puede ser apropiado o disfrutado individualmente: el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental. Coherente con ello, este último dispositivo de la ley ambiental aclara, a todo evento, que *deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros*. Ello se explica atento al carácter de bien de disfrute común como son los casos de la biodiversidad, el ecosistema, la flora, la fauna, etc.

Segundo, por mandato constitucional (art. 41), lo prioritario es la *recomposición del medio ambiente, restaurándolo, volviendo las cosas a su estado anterior a la contaminación*.

¿Cómo reclamar la “recomposición del curso de agua del río contaminado” en el marco de un proceso concursal?

A tal efecto, los legitimados deberán iniciar el “juicio ambiental” (arts. 7, 32 y 33 LGA) con el fin de obtener las medidas correspondientes, que se traducirán en mandatos de hacer o no hacer a cargo de la empresa insolvente; *para volver las cosas a su estado anterior al de la contaminación*.

¿Hay fuero de atracción en los términos del art. 21 L.C.Q.? Me explico.

Va de suyo que el Defensor del pueblo no va a verificar esta prestación de tutela ambiental tempestivamente ante el síndico conforme al art. 32 L.C.Q. La propia estructural procedimental concursal no toleraría darle curso a una petición de esta naturaleza.

Ahora bien, ¿El afectado o la asociación de defensa ambiental, podrían iniciar el juicio de conocimiento ambiental en los términos del art. 21 L.C.Q., en sede no concursal, para luego “verificar” en el concurso – el mandato de hacer o no hacer – contenido en la sentencia que ordena las medidas de recomposición contra la empresa deudora?

Entiendo que no. Aunque las medidas de restauración ambiental repercutirán seguramente en el patrimonio cesante en sus pagos (concurado preventivamente o quebrado), no podemos calificar como “juicio de contenido patrimonial” al “juicio ambiental iniciado para tutelar el bien colectivo medio ambiente”.

Recordemos lo ya explicado por los profesores Quintana Ferreira y Heredia.

En efecto, no estamos en presencia de un juicio – el ambiental – cuyo objetivo es la obtención de algún beneficio patrimonial a favor del actor, en desmedro de la igualdad en el tratamiento de los acreedores, importando un desequilibrio que atenta a la integridad del patrimonio del deudor. No hay acreedor. No se afecta la igualdad de tratamiento entre los acreedores.

Véase que, aunque existe un sacrificio patrimonial a cargo del patrimonio insolvente cuyo titular debe “recomponer el medio ambiente que contaminó”, quien se beneficia con ello no es estrictamente una persona puntual titular exclusiva de un derecho subjetivo patrimonial, al contrario, es la comunidad toda que vive donde corre el río contaminado e, igualmente, la propia biodiversidad del lugar en sí mismo (fauna, flora, ecología, aire, agua).

¿Los legitimados del artículo 43 de la Constitución Nacional deben verificar en el concurso la prestación de hacer o no hacer a cargo del concursado, reconocida en la sentencia recaída en el juicio ambiental?

No. Pues no son típicamente acreedores del concursado. Ya lo dijimos. No son titulares de un crédito contra un deudor. No hay crédito, que es lo que se “verifica” (art. 32, 56, 200, 202 L.C.Q.) en el concurso.⁶¹

⁶¹ Sin ninguna pretensión de hacer analogía, sino, simplemente, de mostrar otras situaciones en las cuales, dentro de los “grises” que presenta la jurisprudencia, se advierte que – aunque se ve involucrado el deudor concursado con consecuencias que a la postre pueden repercutir en lo patrimonial (por ej., asamblea que decide autorizar la constitución de una hipoteca, o afianzar un préstamo bancario, etc.) – el proceso judicial (en este caso la nulidad de una asamblea), no se ve atraído por el concurso: *“Las demandas y otras actuaciones de índole societaria concernientes al funcionamiento estructural interno de sociedades en situación de concurso preventivo o quiebra, están sujetas al régimen general de asignación de causas, sin radicación en el juzgado de trámite concursal, salvo expresa disposición en contrario de la ley de la materia y sin perjuicio de lo que jurisdiccionalmente pudiera decidirse en particulares circunstancias, que serán interpretadas restrictivamente. El ordenamiento concursal no contempla en ninguna de sus normas la competencia del Juez del concurso en actuaciones de esta naturaleza. Es claro que no se trata de supuestos de competencia del Juez del concurso derivados del fuero de atracción (Rouillon Adolfo, “Régimen de Concursos y Quiebras”, pág. 236) en tanto la pretensión trata sobre aspectos de funcionamiento interno de la sociedad que deben enmarcarse en un juicio de conocimiento pleno y no en el marco de este trámite universal. En efecto, se encuentra aquí involucrado, por ejemplo, un conflicto relativo a una nulidad asamblearia y un planteo de remoción del presidente de la demandada, siendo que ambos planteos deben transitar las vías extrajudiciales y judiciales de la LGS 250, 265 y ctes., extrañas a*

No obstante lo anterior, indudablemente será el deudor quien deberá cumplir con las medidas de recomposición patrimonial ordenadas en la sentencia.

En el concurso preventivo, lo hará el concursado por sí, desde que conserva la administración de su patrimonio (art. 15 LCQ), con el riesgo de que – en caso contrario – y tratándose de personas jurídicas, la responsabilidad se extienda a sus administradores por no arbitrar los mecanismos respectivos (art. 31 LGA). En la quiebra, donde el deudor está desapoderado de sus bienes (arts. 107 y 110 LCQ), las deberá cumplir el síndico, que tiene a su cargo la administración del patrimonio del quebrado (arg. art. 31 LGA y arts. 274 y 275 L.C.Q.).

¿Y qué sucede si, estas medidas, implican poner en riesgo la actividad empresarial del deudor en el concurso preventivo?

En el conflicto entre un bien patrimonial (actividad del deudor de ejercer el comercio y la industria lícita, derecho subjetivo constitucional patrimonial individual, art. 14 Const. Nacional) y un bien extrapatrimonial (protección del medio ambiente, derecho humano a vivir en un ecosistema equilibrado, bien colectivo común, de disfrute indivisible por parte de la comunidad que resguarda el desarrollo de la persona, art. 41 Const. Nacional), prevalece este último; conforme ya vimos nos lo enseña Robert Alexy.⁶²

Claro que el juez concursal intentará buscar un equilibrio, pero a la hora de la verdad, debe prevalecer la protección del medio ambiente.

Este parámetro que debe tener en claro el juez del concurso, o sea, que debe resolver fundadamente en clave constitucional (arts. 1, 2 y 3 CCyC), permitirá que reconozca la eficacia de medidas cautelares contra la concursada, aún de contenido patrimonial (por ej., clausura de la fábrica, secuestro de ciertas maquinarias indispensables para el desarrollo de la actividad empresarial, etc.), para que cese de contaminar; aún en detrimento de la prohibición dispuesta por el art. 21 L.C.Q. que veda el dictado de este tipo de medidas.

¿Conclusión?

las contingencias de esta causa concursal” (CNCom, Sala A, 13/06/17, “Marti Juana Rosa c/ Jugos Del Sur S.A. s/ Ordinario” – DECONOMI – AÑO II – NÚMERO 2 – Jurisprudencia Condensada: “Incidencias de índole Societaria en los Procesos Concursales” por Rodrigo Emmanuel Nasilovsky).

⁶² “Teoría de los derechos fundamentales”, pág. 152 y sigtes., 1º reimp., traducción Ernesto Garzón Valdez, Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

- Quien decide las medidas de recomposición ambiental será el juez ambiental y no el juez concursal. Obviamente, en casos de urgencia, si alguno de los legitimados del art. 43 Constitución Nacional no toman la iniciativa, podrá hacerlo el juez falencial (art. 274 LCQ).
- Quien deberá cumplirlas será el concursado preventivamente y, si el deudor está quebrado, lo será a través del órgano sindical; sin necesidad de previa verificación en el concurso – del mandato de hacer o no hacer contenido en la sentencia ambiental – por parte de alguno de los legitimados activos del art. 43 Constitución Nacional.
- En ambos casos, indudablemente, el juez del proceso falencial no será un mero espectador, debiendo adoptar un comportamiento proactivo (art. 274 L.Q.C.). Este magistrado también debe aplicar la LGA. Se ha dicho con razón en este sentido: *“(…) En ausencia de actividad de la autoridad administrativa, el juez de la quiebra no solo puede, sino que debe, aun de oficio, dictar las medidas tutelares ambientales, cuando los activos bajo su jurisdicción y competencia fuesen generadores de riesgo ambiental. La Ley General del Ambiente 25.675 (LGA), en su art. 32 dispone: “La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su sentencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”. El juez de la quiebra debe dictar medidas cautelares ambientales, de oficio, no solo porque lo habilita el art. 32 de la LGA, sino porque el deber de preservar el ambiente es una carga que recae sobre todos los ciudadanos (art. 41 de la CN) (...)”*.⁶³

Un ejemplo interesante, en este último sentido, nos lo da el destacado magistrado Dr. Sergio Ruiz (Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Concursos y Sociedades

⁶³ SEMBEROIZ, Fernando J., “La cuestión ambiental en la quiebra”, LA LEY 20/07/2018, 1 – LA LEY2018-D, 560 Cita: TR LALEY AR/DOC/1005/2018.

en la Ciudad de Córdoba) en los autos 8506169, “Porta Hnos S.A. – Gran Concurso Preventivo” (sentencia 245), Córdoba 21/08/2019, en el cual dispuso – apertura mediante del concurso preventivo de la sociedad – que:

“Cuestiones de Derecho Ambiental: Atento lo dispuesto por la Ley Nacional N° 25.675 y la Ley Provincial N° 10.208, hágase saber a la Sindicatura que deberá formalizar una revisión inicial del establecimiento industrial de la concursada, relevando instalaciones, procesos productivos y tratamiento dado a la eliminación de los residuos industriales; asimismo, en oportunidad de la presentación del Informe previsto por el artículo 14 inciso 12 L.C.Q., deberá analizar si se da cumplimiento a los requisitos que las normas particulares de derecho ambiental exigen, pudiendo requerir la información pertinente a la autoridad de aplicación de la Ley N° 10.208. A su vez, en oportunidad del Informe General (art. 39 inc. 3° L.C.Q.), la Sindicatura deberá incluir, como previsión, la posible generación de daños ambientales y su posible incidencia como pasivo. Por otra parte, requiérase a la concursada para que en el término de cinco días brinde información al Tribunal, acompañando la documentación pertinente, respecto de la implementación de políticas ambientales y cumplimiento de las leyes en materia ambiental, adjuntando, en su caso, evaluación del impacto ambiental, señalando si cuenta con seguro de cobertura para garantizar el financiamiento de una eventual recomposición del daño ambiental que – en su tipo – se pudiere producir (art. 75 de la Ley N° 10.208)”.

Como puede apreciarse, tampoco se trata de esperar a que los legitimados activos inicien la acciones preventivas o precautorias correspondientes, si el riesgo de degradación ambiental es patente, evidente e importante, también el juez concursal puede adoptar las medidas del caso, para evitar una agravación del daño, *en tanto y en cuanto, como funcionario público y director del proceso, de él dependen (arg. art. 1710 y ctes CCyC y art. 274 L.C.Q.)*.

Una última cuestión.

Las empresas contratadas por el deudor concursado preventivamente o por el síndico en caso de quiebra, para realizar la labor de recomposición ambiental (*ripristino dell' ambiente*), *¿Cómo y cuándo cobrarán la prestación de estos servicios que son verdaderos créditos contra el concursado, aunque hayan nacido con posterioridad al*

concurramiento?

En el concurso preventivo, siendo acreedores posteriores a la presentación en concurso, el proceso concursal le es indiferente. Pueden accionar y ejecutar patrimonialmente al deudor concursado (embargar, pedir la quiebra, etc.) por las prestaciones impagas (*costi di bonifica*), sin ningún obstáculo legal. Es como si la empresa contaminante no estuviera concursada (arg. arts. 15 y 16 LCQ).

En la quiebra, se trata de erogaciones – posteriores a su declaración – que pueden ostentar el carácter de reserva de gastos (art. 244 LCQ)⁶⁴ o de gastos de conservación y justicia (art. 240 LCQ).⁶⁵

⁶⁴ Nuestra ley concursal, a estos efectos, regula diversas “categorías” de acreedores fijando su posición de preferencia con respecto a las otras categorías. Las categorías existentes – según el orden de prioridad en el cobro sobre el producido de los bienes realizados – son las siguientes: los acreedores por importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del bien asiento de privilegio especial efectuados en el concurso. También los acreedores por gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes (*reserva de gastos*, art. 244 L.C.Q.). Se trata de gastos y honorarios devengados por gestión realizada en beneficio exclusivo del bien asiento de privilegio especial. Como sólo benefician al acreedor con este tipo de privilegio, éste debe contribuir a solventarlos (pues han sido útiles para conservar, custodiar el bien, evitar que disminuya su valor, etc.). Esta categoría de acreedores tiene el máximo rango concursal pues prevalecen aún respecto de los acreedores con privilegio especial. Pueden cobrar la totalidad de la acreencia sobre el producto del bien sobre el cual han recaído; no alcanzando los fondos para satisfacer a todos los acreedores pertenecientes a la categoría del art. 244 L.C.Q., en caso de concurrencia entre sí, la distribución del insuficiente producido del bien se hace a prorrata entre ellos. El pago de estas acreencias debe hacerse cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación (arg. art. 240 L.C.Q.). Son créditos nacidos concomitante o posteriormente a la apertura del concurso, pues en definitiva se generan con motivo de él. Ejemplo: expensas comunes generadas con posterioridad a la declaración de la quiebra sobre inmuebles hipotecados sujetos al régimen de propiedad horizontal; impuesto al automotor generado con posterioridad a la declaración de la quiebra sobre un rodado prendado; los honorarios de los funcionarios del concurso aunque sólo en la proporción que corresponda a las tareas – post quiebra – vinculadas a la venta del bien hipotecado (o prendado) en tanto y en cuanto han beneficiado al acreedor hipotecario en el marco de la liquidación general de bienes en la falencia o si el bien se subastó en un concurso especial; por el contrario, no corresponde incluir en la reserva de gastos los honorarios de los *abogados del acreedor hipotecario* si el bien no se remató en un concurso especial sino en la liquidación general de los bienes que estuvo cargo del *síndico (y su letrado)*; en cambio, los emolumentos proporcionales de estos últimos – por su actuación en beneficio de la venta del bien asiento de privilegio especial en el marco de la liquidación general – sí tendrán la categoría de reserva de gastos, etc..

⁶⁵ “*Gastos de conservación y justicia*” (art. 240 L.C.Q.). Son preferidos al resto de los acreedores concurrentes en el proceso concursal, salvo los privilegiados especiales y, por ende, la reserva de gastos del art. 244 L.C.Q. Se trata de aquellos créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso. Son de beneficio común para todos los acreedores del proceso concursal y su prioridad de cobro se hace efectiva ejercitándose sobre el patrimonio íntegro del deudor fallido, luego de pagados los privilegios especiales. Favorecen a la masa en forma generalizada. Pueden cobrar la totalidad de la acreencia sobre el producto resultante de la realización de los bienes integrantes del patrimonio del deudor, hayan sido o no asiento de privilegios especiales. No alcanzando los fondos para satisfacer a todos los acreedores pertenecientes a la categoría del art. 240 L.C.Q., en caso de concurrencia entre sí, la distribución del insuficiente producido del patrimonio realizado se hace a prorrata entre ellos. El pago de estas acreencias debe hacerse cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación (art. 240 L.C.Q.). Son créditos nacidos concomitante o posteriormente a la apertura del concurso, pues en definitiva se generan con motivo de él. Ejemplo: honorarios del *síndico* por su actuación durante el concurso preventivo; servicios públicos prestados durante el concurso preventivo y no pagados a su exigibilidad (hecha valer la acreencia en la quiebra ulterior, art. 20 L.C.Q.); sueldos, jornales y remuneraciones impagas con motivo de la continuación de la explotación de la empresa en la quiebra (art. 198 L.C.Q.); honorarios del *síndico* por su actuación en la liquidación general de los bienes del fallido que no recaiga sobre bienes asiento de privilegio especial.

En el primer caso, siempre y cuando fueran realizadas sobre un bien asiento de privilegio especial; beneficiando a su titular. Por ejemplo, se realizan las tareas de limpieza ambiental sobre el inmueble donde se asienta la fábrica hipotecada. Sin duda alguna, vender el inmueble sin contaminación le reportará un mayor valor, que beneficiará al acreedor hipotecario. Cobra primero entonces la empresa que realizó la limpieza ambiental y luego el acreedor hipotecario.

En el segundo caso, se trata de gastos efectuados por quien realizó la labor de *ripristino dell' ambiente* que han beneficiado a todos los acreedores de la masa y no exclusivamente a un bien asiento de un privilegio especial. En este caso, cobrarán después de los acreedores privilegiados especial, pero antes que los privilegiados generales y, por supuesto, que los quirografarios.

b. Y, si “técnicamente no es posible la recomposición patrimonial” (art. 28 LGA), ¿Cómo reclamar la reparación (indemnización sustitutiva) del daño ambiental directo (al bien colectivo en sí) cuyo destino no es el patrimonio de una “acreedor” víctima de la contaminación, sino un “fondo de compensación ambiental”?; ¿Existe aquí un “acreedor”, figura que presupone la existencia de un derecho subjetivo creditico patrimonial de disfrute personal ejercido por su titular, cuando estamos en presencia de un bien que pertenece a toda la comunidad, de carácter indivisible y sin exclusión alguna?

En este caso, a diferencia del anterior (*que se traducía en prestaciones de hacer o no hacer para “recomponer” el medio ambiente*), estamos en presencia de un derecho indemnizatorio reconocido en la sentencia recaída en el juicio ambiental, que se traduce claramente en el pago de una suma de dinero sustitutiva (de la recomposición patrimonial que no pudo ser “técnicamente”) y que deberá ser satisfecha por el deudor insolvente la que, sin embargo, no tiene como contracara un típico “acreedor” – titular de un derecho subjetivo patrimonial – contra el deudor concursado. Al contrario, se trata de la indemnización a causa de una lesión a un derecho de incidencia colectiva que titulariza toda la comunidad, siendo indivisible y de disfrute común, razón por la cual, es que solo puede ser reclamada por los legitimados extraordinarios legal y constitucionalmente autorizados (art. 30 LGA y art. 43 Const. Nacional), a la vez que dicha suma de dinero irá a parar a un *fondo de compensación ambiental* gestionado por la autoridad de aplicación creada por la LGA con fines exclusivamente ambientales (art. 34 LGA, sin que este Fondo puede disponer de ese dinero a discreción).

Así las cosas, no se puede hablar de un acreedor en los términos del art. 32 LCQ. Tampoco un juicio de contenido patrimonial contra el deudor (arg. 21 L.C.Q.). No es estrictamente un crédito, que es lo que se verifica o reclama en el proceso concursal contra el patrimonio del deudor.

No obstante lo anterior, es evidente que estamos en presencia de una prestación con contenido patrimonial cuyo objeto consiste en una suma de dinero, que sí deberá “salir” del patrimonio del deudor insolvente y a la que hay que darle un tratamiento legal.

Así las cosas, se generan algunos interrogantes.

Primero, entendemos que caben los mismos argumentos que hemos esgrimidos en el ítem anterior, a los efectos de desestimar el funcionamiento del fuero de atracción y la innecesariedad de incorporarse al pasivo concursal – por cualesquiera de las vías legales (art. 21, 32, 56, etc., L.C.Q.) – para obtener la satisfacción de esa suma de dinero, etc.

Segundo, el pago en cuestión no puede quedar, en manera alguna, sujeto a una propuesta de acuerdo en el concurso preventivo ni tampoco al proyecto de distribución final en la quiebra. No puede ser postergado por el pago de otros créditos ni subordinado al previo pago de éstos.

Ni siquiera se trata, al menos desde la óptica del daño ambiental directo (colectivo), de una prioridad concursal excluyente.⁶⁶

No obstante, debe ser pagado prioritariamente, por mandato constitucional. Va de suyo que, si se trata de una empresa concursada preventivamente, la idea es lograr una delicada armonía que permita evitar la quiebra de la misma a causa de este “pasivo ambiental”, pues sus efectos serían contraproducentes. Será el juez quien deberá hacer

⁶⁶ Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro (art. 2573 CCyC). Esta “preferencia” ha sido ubicada – junto con los gastos de justicia, los créditos con derecho de retención y los que tienen garantías reales – entre aquellas “prioridades” que confieren una ventaja al acreedor que reside en la *cantidad*, es decir, si el activo liquidado no basta para cubrir el pasivo, el acreedor privilegiado cobra *más* que el quirografario. Asimismo, atento a que estas “preferencias” no autorizan al acreedor a “separar” o “retirar” un bien del patrimonio del deudor, se las ha denominado “no excluyentes”, por oposición a las “excluyentes” que sí confieren aquella facultad a su titular (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Modificaciones producidas por la ley 24522 al régimen de las prioridades concursales no excluyentes”, RDPC, n° 11, concursos y quiebras II, págs. 156 y 157). Por ejemplo, el art. 146, 2do. párrafo, L.C.Q., esto es, el adquirente por boleto de compraventa; también se nos ocurren estos otros ejemplos: entrega – ante el pedido de un tercero, vgr., productor agropecuario – de los bienes obtenidos de la transformación de productos elaborados por la empresa concursada por los denominados sistemas “a maquila”, art 138, 1er. párrafo, L.C.Q. según ley 25.113; facultad del dador de la cosa entregada en leasing – en caso de quiebra o concurso del tomador – de obtener la restitución de aquella por el juez del concurso o la quiebra con la sola exhibición del contrato inscripto y sin necesidad de trámite o verificación previa, art. 11 ley 25.248).

“malabarismos” a través de una decisión *razonablemente* fundada (art. 3 CCyC) para no postergar el pago de esta indemnización; distrayéndose con el listado de los privilegios de la LCQ (art. 239 y cctes).

¿Y entonces? Pues debemos salir de la lógica del proceso concursal.

En el concurso preventivo, tendrá que pagarse la indemnización con el resultado de la explotación, pero no porque el Defensor del Pueblo o la Asociación ambiental sean “acreedores”, aún de causa o título anterior al concursamiento, sino porque estamos en presencia de la tutela de un bien jerárquicamente superior, de índole constitucional y en resguardo de toda la comunidad. Un verdadero derecho humano. No funcionan los blindajes concursales. Ni la suspensión de intereses. Ni el fuero de atracción. Ni la inhibición del poder de agresión patrimonial, pudiendo inclusive ejecutarse dicha “sentencia colectiva” indemnizatoria contra el patrimonio de la empresa concursada.

En la quiebra, el síndico deberá proceder también prioritariamente al pago de la indemnización y por los mismos fundamentos axiológicos que hemos visto. Tampoco hay “técnicamente” un acreedor. Se trata de un legitimado extraordinario dotado constitucionalmente de la potestad de reclamar la indemnización sustitutiva en representación de la comunidad, que es la única beneficiaria del disfrute indivisible de medio ambiente. Así las cosas, sindicatura deberá proceder con la urgencia del caso, cual si fuera “una reserva de gastos” – que, reiteramos, no lo es porque no hay “acreedor” del otro lado –, pagándola con los fondos líquidos existentes o, incluso, procediendo a la venta de bienes con tal objetivo puntual, de ser necesario.

Hay que repensar el sistema en clave constitucional.

Por ello, y a fuerza de ser reiterativos, en el marco del conflicto entre el derecho constitucional a ejercer la industria lícita (por parte del deudor, art. 14 Const. Nacional) de índole patrimonial e individual y la protección del medio ambiente (art. 41 Const. Nac.), bien colectivo, de disfrute comunitario, verdadero derecho humano; ante la colisión entre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales, deben prevalecer los últimos (arts. 14 y 240 CCyC).

Es que, indudablemente, la noción de desarrollo sustentable necesariamente debe poner límites al ejercicio individual del derecho a la explotación empresarial, aún en un escenario de insolvencia.

Es la conclusión a la que inevitablemente debe arribarse, tras interpretar la normativa concursal *de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico* (art. 2 CCyC):

- por directiva constitucional (art. 41 Const. Nacional)
- por el diálogo de fuentes entre la ley concursal y el resto del ordenamiento jurídico
 - o especialmente la LGA (art. 4, principio de responsabilidad: *el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan* y principio de sustentabilidad: *el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras*).
 - o el CCyC, art. 1 (fuentes y aplicación), 2 (interpretación), 14 (*la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente*) y 240 (*el ejercicio de los derechos individuales debe ser siempre compatible con los derechos de incidencia colectiva, sin afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, fauna, la biodiversidad, los valores culturales, el agua, los paisajes, entre otros, según los criterios de la ley especial*).

Se ha dicho con razón: “(...) *El magistrado, aun en casos de incertidumbre científica con respecto a casos potenciales de daño al medio ambiente o a la salud humana, debe inclinarse a favor de la preservación de esos bienes, o mejor dicho, derechos humanos. En el conflicto emergente entre el deber del juez de la quiebra de dirigir la liquidación de la forma más conveniente económicamente para la masa (...) o adoptar la medida para evitar el daño ambiental (el desguace) el juez debería sacrificar los intereses de la masa. La quiebra como proceso de liquidación para hacer efectivo el principio de que todos los bienes son la garantía común de los acreedores (art. 242, CCyC) actualmente tiene como límite la protección de los derechos de incidencia colectiva (art. 240, Cód. Civ. y Com.). Cuando el Código dispone específicamente que “cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos”, debe respetarse prioritariamente la normativa sobre presupuestos mínimos ambientales (art. 240, Cód. Civ. y Com.) que le*

impone al juez de la quiebra resguardar el estatuto legal ambiental vigente, de jerarquía superior a la ley Concursal. Destacamos que de priorizar el juez falencial la exigencia legal de liquidar los activos, ordenando la enajenación en subasta pública de un bien con riesgo de generación de daño ambiental, se llegaría al absurdo de que el costo ambiental se trasladara como obligación propter rem al adquirente, como también las responsabilidades penales ambientales. En algunos casos, convirtiéndose el tribunal en factor de situaciones punibles penalmente (por ej., cap. IX de la ley 24.051, con expresa remisión al art. 200 del Cód. Penal) (...).⁶⁷

5.3.3. ¿Cómo funcionaría el sistema en caso de daño ambiental indirecto?

En este caso, recordemos, estamos en presencia de daños individuales, que sufren las personas humanas “personalmente” por reflejo y consecuencia del estado de contaminación en que se encuentran los ecosistemas que habitan o algunos de sus componentes como el aire o el agua que beben.

La LGA habla de persona *directamente afectada*, quien puede reclamar la reparación del daño ambiental indirecto, o sea, el daño que sufre ella misma, en su persona; no el bien colectivo “medio ambiente”.

Pues bien, en este otro escenario, si hay vínculo jurídico con un deudor en un extremo y un acreedor en el otro. Hay crédito concreto (*derecho subjetivo patrimonial personal*) para ser reclamado por un titular también concreto, contra un deudor también específico.

¿Cómo reclama la víctima contaminada dentro del proceso concursal?

Va de suyo que, por la complejidad de la pretensión indemnizatoria, la estructura verificatoria tempestiva (art. 32 LCQ) – esencialmente de base probatoria documental – no le servirá; aún cuando la vía procesal subsiguiente de la revisión (art. 37 LCQ), pudiera permitirle incorporar otros elementos probatorios. El tiempo, en este contexto, no sería el mejor aliado para este acreedor.

Consecuentemente, la mejor opción sería iniciar el *juicio ambiental indemnizatorio*, que es de conocimiento y de contenido patrimonial, contra el deudor concursado o fallido ante el juez no concursal (arts. 21 y 132 LCQ).

⁶⁷ SEMBEROIZ, Fernando J., “La cuestión ambiental en la quiebra”, LA LEY 20/07/2018, 1 – LA LEY2018-D, 560 Cita: TR LALEY AR/DOC/1005/2018.

¿Y después?

a. El acreedor “ambiental”⁶⁸ frente al concurso preventivo

Luego de obtenida la sentencia que le reconoce su “crédito”, y que le servirá como título justificativo de su derecho indemnizatorio, deberá verificar en el concurso preventivo, aún después de los dos años del plazo de prescripción (art. 56 LCQ), siempre que lo haga dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia recaída en el juicio ambiental; y sin que su pedido de verificación se considere tardío, por lo que no sufrirá – por este motivo – la imposición de las costas del proceso.

Según el art. 56 LCQ: *“Si el título verificadorio fuera una sentencia de un juicio tramitado ante un tribunal distinto que el del concurso, por tratarse de una de las excepciones previstas en el artículo 21, el pedido de verificación no se considerará tardío, si, no obstante haberse excedido el plazo de dos años previsto en el párrafo anterior, aquél se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia”*.

Como puede apreciarse, cuando estamos en presencia de una sentencia dictada por otro tribunal, el pedido verificadorio no será considerado tardío, aunque se hubiera excedido el plazo de dos años, si se dedujere – con respaldo en la resolución judicial emitida por el juez no concursal – dentro de los seis meses de haber quedado firme la misma.

Recuérdese a todo evento que, la sentencia obtenida en aquellos procesos de conocimiento ante el juez natural, vale simplemente como “título verificadorio” en el concurso (no equivale a la “sentencia vericatoria” del art. 36 L.C.Q.), sin eximir al acreedor de la carga de pedir la verificación de su acreencia.

Cabe aclarar que el plazo semestral en cuestión, no constituye una abreviación del plazo bianual sino que, por el contrario, implica una extensión de aquél, para aquellos supuestos en los cuales no se haya dictado sentencia luego de transcurridos los dos años desde la presentación del concurso preventivo.

Por lo tanto, para que opere la prescripción no sólo tienen que haber transcurrido seis

⁶⁸ Utilizamos las comillas porque, en realidad, su daño no es típicamente ambiental; por ej., la persona que toma agua contaminada en realidad sufre un daño que por la “causa” es ambiental pero que, en sus efectos, podría ser similar a la de un consumidor de productos elaborados, por ejemplo.

meses desde la oportunidad en que quedó firme la sentencia, sino también los dos años contemplados en el art. 56, párr. 7mo, L.C.Q.

Esta parecería ser la conclusión que se infiere de la norma en análisis cuando establece que el pedido de verificación no se considerará tardío si, no obstante haberse excedido el plazo de dos años previsto en el párrafo anterior, aquel se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia.

Ahora bien, deducido el pedido verificadorio en el tiempo establecido por la norma, se producen dos efectos:⁶⁹

- 1) No prescribe la acción del crédito reclamado en el proceso de conocimiento de que se trate. Es una lógica solución pues, si la propia ley 24.522 le reconoce al acreedor la facultad de iniciar o continuar el proceso de conocimiento – pese a la apertura del concurso preventivo – y no lo obliga a verificar “concurzalmente”, debe ser coherente con el efecto que produce la promoción de dicho proceso, que no es otro que interrumpir la prescripción (arts. 2546 y 2547 CCyC y art. 32 L.C.Q.). *A fortiori*, la acción del crédito cuya prescripción se interrumpió mediante demanda en juicio, ha proseguido contra el concursado – después de la apertura del proceso prevencional – por lo que mal puede prescribir si, después de obtenida sentencia firme en dicho juicio, se pide verificación dentro de los seis meses posteriores a esa sentencia (no concursal).
- 2) Al no considerarse “tardío” el pedido verificadorio, tampoco cabe imponerle las costas al acreedor, conforme a la regla creada por el Derecho judicial⁷⁰, por el solo hecho de su tardanza.

⁶⁹ Conf. ROUILLÓN, Adolfo A. N., “Régimen de Concursos y Quiebras”, 16° edición actualizada, ed. Astrea, Bs. As. – Bogotá, 2012, pág. 169.

⁷⁰ *En el incidente de verificación tardía de créditos, no obstante no surgir de un texto legal vigente, el principio rector es que las costas son a cargo del acreedor, con independencia del resultado de dicho incidente. Sin embargo, existe también coincidencia en afirmar que este principio no es absoluto, la propia evolución jurisprudencial fue relativizando este principio rector. Se ha dicho que debe tenerse en cuenta que se trata de un principio de fuente jurisprudencial y que carece de un texto legal que lo consagre, y con razón, que dicho principio no puede ser erigido en dogma, ni en una regla pétrea que no admita excepciones, por lo que corresponde apreciar en cada caso concreto las circunstancias especiales que se presenten y que eventualmente puedan aconsejar un reparto diferente de los gastos causídicos. Las excepciones están relacionadas con la imposibilidad del acreedor de presentar la verificación tempestivamente. La excepción a la imposición de costas ha ido ganando espacio en los repertorios jurisprudenciales, frente a las justificaciones del caso concreto, es decir, que el principio general cede, ante situaciones puntuales, donde el verificador acredite eficientemente la situación impeditiva. En definitiva, esta flexibilización de la regla general, es una tendencia que podemos decir se ha ido consolidando con el transcurso de los años (conf. STORNINI Mauricio s/ Concurso Preventivo – Inc. d/ Bco. Supervielle S.A Legajo P/ Tramitar Rec. de Apelación por costas d/ Dr. Jorge Baistrocchi”).*

¿Cuál es la naturaleza jurídica del plazo semestral?

Otra cuestión controvertida es la naturaleza jurídica del plazo de seis meses, ¿Es de caducidad, de prescripción o ni uno ni otro?

La respuesta es importante desde que, según tenga una u otra naturaleza, será susceptible de suspenderse (art. 2539 y ctes CCyC), interrumpirse (art. 2544 y ctes CCyC), podrá (o no) declararse de oficio; es más, si el término se ha cumplido sin que se haya presentado el pedido verificadorio mediando dificultades de hecho o maniobras dolosas que obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, podrá aplicarse (o no) el instituto de la dispensa (art. 2550 CCyC), etc.

La biblioteca está dividida.

Hay quienes entienden que es un plazo de caducidad.⁷¹

Otros sostienen que se trata de plazo de prescripción.⁷²

Hay quienes opinan que no es ni uno ni otro. En efecto, el plazo de 6 meses previsto en el art. 56 LCQ nunca puede ser considerado de caducidad. La adecuada interpretación de la norma debe considerar ese plazo *a los solos fines de no calificar como tardío al insinuante*, no pudiendo computarse tampoco como un lapso adicional o complementario de la prescripción en curso.⁷³

En la actualidad, en el ámbito de la Justicia Nacional de Comercio se dictó el acuerdo extraordinario plenario en autos “Trenes de Buenos Aires” que considera que es un plazo de prescripción.⁷⁴

⁷¹ HEREDIA, Pablo D., Ley 26.086: Nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo, en JA, 2006-II, pág. 980; DI LELLA, Nicolás y ANDERSON, Pablo E., Naturaleza jurídica del plazo semestral previsto por el art. 56 de la LCQ, en L.L. 2016-E, pág. 395; GRAZIABILE, Darío J., Efectos concursales sobre las obligaciones y los contratos, Buenos Aires, Astrea, 2018, págs. 237 y 238.

⁷² GERBAUDO, Germán E., “La prescripción concursal y los juicios extraconcursales. Cómputo del plazo semestral previsto en el art. 56 de la L.C.”, *Diario Comercial Nro. 221 – 18.09.2019*; E. Daniel Truffat claramente se inclina por sostener que es un plazo de prescripción y argumenta al respecto que “lo dice la ley: “vencidos esos plazos... [el de dos años y el de seis meses complementarios] prescriben las acciones del acreedor” (TRUFFAT, E. Daniel, Fuero de atracción en los concursos, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 195). También considera que es un plazo de prescripción: GEBHARDT, Marcelo, Ley de Concursos y Quiebras, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2008, pág. 288.

⁷³ Conf. BOQUIN, Gabriela F., “La verificación tardía y el plazo de prescripción. La vigencia de “Reversat”. Los actuales precedentes “Madero Tango” y “Transporte Tomeo”.

⁷⁴ Cám. Nac. de Apelaciones en lo Comercial – “Trenes de Buenos Aires SA s/Concurso Preventivo – Incidente de Verificación por Jimenez, Asunción” – 28 de Junio de 2016.

¿Cuándo comienza a correr el plazo semestral?

Desde que queda firme la sentencia recaída en el juicio iniciado de acuerdo al art. 21 LCQ. (conf. art. 56 L.C.Q.)

Si bien la respuesta parece sencilla y surge de la propia literalidad de la norma, la Doctrina⁷⁵ se ha preocupado por explicar la lógica de esta conclusión:

- Cabe asignar efecto interruptivo a las peticiones realizadas ante el trámite no atraído, que demuestran la intención del acreedor de hacer valer su derecho. Así, el plazo de dos años previsto en el art. 56 de la LCQ no comenzaría a correr hasta que se obtuviera sentencia firme. En idéntico sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, postulando *“la continuidad interruptiva de la prescripción que produjo la demanda por daños y perjuicios”* en el caso, por lo que concluyó que el trámite verificadorio se inició dentro de los plazos previstos por el art. 56 de la ley 24.522. (Ac. N° 2078, sentencia del -VII- 2008, in re *“Reversat, Ricardo David y otra c/ Expreso General Sarmiento S.A. s/ incidente de verificación de crédito”*)
- No quita valor a lo expuesto que, el art. 56, disponga que *“el pedido de verificación no se considerará tardío, si, no obstante haberse excedido el plazo de dos años previstos en el párrafo anterior, aquel se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia”*. Ello porque claramente establece la norma un plazo adicional, dentro del cual la respectiva insinuación no se considerará tardía (por ende, no se le aplicarán los efectos que de tal calificación se derivan, como es el caso de la imposición de costas), pero de ninguna manera podemos considerar que se hace referencia al plazo de prescripción propiamente dicho, a sus causales de interrupción y/o suspensión.
- Por otro lado, debe destacarse que la literalidad del art. 56 LCQ permite afirmar que el plazo de 6 meses es a los fines de considerarlo (o no) *“tardío”* al verficante, pero no tiene relación a una reducción del plazo prescriptivo, que siendo de 2 años comienza a correr (art. 2544 C.C.C.) desde el último acto interruptivo conforme el art 2546 CCyC; cuyos efectos perduran en el tiempo en los términos del art. 2547 CCyC.

⁷⁵ Conf. BOQUIN, Gabriela F., *“La verificación tardía y el plazo de prescripción. La vigencia de “Reversat”. Los actuales precedentes “Madero Tango” y “Transporte Tomeo”*.

- En suma, el plazo de 6 meses para verificar por parte de los acreedores con sentencia en los términos del art. 21 L.C.Q., se cuenta desde que quedó firme la misma, es decir, desde la última petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo (art. 2546 CCyC)⁷⁶ realizada en el juicio de conocimiento en cuestión; cuyos efectos, reiteramos, perduran en el tiempo en los términos del art. 2547 CCyC.

b. El acreedor “ambiental” frente a la quiebra

Aquí también. Luego de obtenida la sentencia que le reconoce su “crédito” en el juicio ambiental, y que le servirá como título justificativo de su derecho indemnizatorio, deberá verificar en la quiebra, sin que su pedido de verificación se considere tardío, por lo que no sufrirá – por este motivo – la imposición de las costas del proceso.

No obstante lo anterior, el tema del plazo de prescripción cambia.

➤ *Quiebra directa*

El plazo del art. 56 L.C.Q. no se aplica a la quiebra directa. No hay controversia sobre el particular.

Se ha argumentado del siguiente modo:⁷⁷

- El plazo de prescripción abreviada del art. 56 L.C.Q. no tiene sentido en la quiebra directa. En efecto, el concurso preventivo y la quiebra tienen objetivos diferentes. La quiebra tiene un fin liquidativo: persigue el pago a los acreedores mediante la realización de los bienes del deudor. Por lo tanto, la diligencia del acreedor en solicitar la verificación y el reconocimiento de su acreencia le permitirá participar en el dividendo concursal. Por el contrario, el concurso preventivo busca sanear la situación patrimonial del deudor.
- El art. 56 L.C.Q. se encuentra en la sección III, capítulo V, que regula los

⁷⁶ La sala D de la CNCom., considera también que el plazo para verificar será de 6 meses a contar desde la última petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo (art. 2546 CCyC). CNCom., Sala D, “MADERO TANGO S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO POR BENÍTEZ, LUIS FELIPE” 18 de Octubre del 2016.

⁷⁷ SCJ Mza, 12/04/2002, autos 72.073, “Vazquez, Armando R y ots. en J Vazquez, Armando y ots en J Cristalerías de Cuyo S.A. p/concurso s/incidente de verificación tardía. Casacion; C. Nac. Com., sala B, 09/11/2001, “Frate, Gustavo s/quiebra s/incidente de verificación por Liendo Bonelli, Nelly”, Revista de Sociedades y Concursos, num. 14, pág. 226; C. Civ. Y Com., Azul, sala 2da., 26/12/2000, autos 42.084, “Illia, M. A. y otra s/incidente de verificación tardía por Osprera”, RDPC 2001-I-468.

efectos del acuerdo homologado y el art. 200 L.C.Q. – referido al período informativo en la quiebra – no tiene remisión alguna al mentado art. 56 L.C.Q.

- La aplicación analógica en materia de prescripción está prohibida. El art. 56 L.C.Q. se refiere claramente al concurso preventivo y computa el plazo desde la presentación en concurso preventivo; previendo la conclusión de este tipo de proceso concursal.

Así las cosas, cabe aclarar – entonces – que en la quiebra directa rigen los plazos de prescripción del régimen común, según lo establecido en el CCyC, o sea, 3 años (art. 2561 CCyC). Nos estamos refiriendo, claro está, al reclamo indemnizatorio por daño ambiental indirecto.⁷⁸

➤ *Quiebra indirecta*

El tema de la aplicabilidad del plazo del art. 56 L.C.Q., desde este otro punto de vista, si es muy controvertido.

Una corriente de opinión sostiene que la prescripción abreviada del art. 56 L.C.Q. sólo se aplica al concurso preventivo exitoso, esto es, que culmine con un acuerdo preventivo homologado y no para cuando resulte fracasado por desistimiento o quiebra indirecta. En efecto, en este último caso, las prescripciones operadas en el concurso preventivo fracasado no se interrumpen por la quiebra ulterior. Pasados los dos años desde la presentación en concurso, la acción vericatoria prescribe, haya o no una sentencia que declare la prescripción y aunque el concurso termine en quiebra indirecta por incumplimiento del acuerdo, y esta solución obedece a que la cristalización del pasivo a cierta época está dirigida a facilitar las negociaciones con los acreedores, con terceros posibles adquirentes de la empresa y el crédito posconcursal. Si esa cristalización fuese condicionada a que no se decretase la quiebra ulterior, no serviría de nada, pues tantos acreedores como terceros, como posibles financistas, seguirían en la incertidumbre acerca del pasivo total y real, que es lo que la ley ha querido eliminar.⁷⁹

⁷⁸ En efecto, cuando se trata del daño ambiental directo (al bien colectivo en sí) se ha concluido que la acción es imprescriptible. Así lo ha dicho la CSJN en autos “IRAZU, MARGARITA c/COPETRO S.A. y otro” – donde se reclamaba el cese de polución por contaminación – en el sentido de que *resulta imprescriptible la acción de responsabilidad iniciada en representación de intereses difusos o colectivos cuando el daño es ambiental, dada sus connotaciones de perdurabilidad.*

⁷⁹ RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho concursal”, tomo 1, 2da. Edición, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 417.

La jurisprudencia ha seguido esta posición. La Sala D de la Cámara Nacional de Comercio declaró prescripta la acción de una acreencia fiscal, razonando que si bien el plazo del art. 56 L.C.Q. no se aplica al supuesto de quiebra, en el caso, la acreencia ya se encontraba prescripta cuando el deudor se hallaba aun en concurso preventivo, por lo que la declaración de quiebra no provocaba que tal acreencia readquiera vigencia.⁸⁰

Para otra corriente de opinión, todo depende de la existencia o no de una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada. La solución difiere según la cuestión haya sido planteada en el concurso y haya recaído decisión; si se había declarado prescripto, no se puede volver sobre el tema; en cambio, si no hay decisión, no corresponde aplicar la prescripción breve del art. 56 L.C.Q.⁸¹

La jurisprudencia también ha acompañado esta postura.⁸²

c. ¿Acreedor quirografario o preferente/privilegiado “involuntario” o “Vulnerable”?

✓ *Planteo del problema*

El tema que vamos a abordar no es menor. Ha sido un punto de inflexión en la Doctrina y en la Jurisprudencia concursalista argentina.

Es aquí, precisamente, donde la visión del Derecho privado desde la óptica constitucional – como nuevo paradigma – ha interpelado más fuertemente al operador jurídico del *derecho comercial*; quien, porque no decirlo, no está muy acostumbrado a interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico *mercantil* en clave *constitucional*.

El golpe de timón ha significado dar un giro de ciento ochenta grados.

En efecto, si miramos la ley 24.522 y la regulación de los privilegios, el acreedor *ambiental* es un acreedor quirografario, sujeto a la propuesta de acuerdo que haga el deudor en el concurso preventivo – la que podrá votar o no, obviamente – y relegado en el proyecto de distribución final en la quiebra; para cobrar después de los privilegiados

⁸⁰ C. Nac. Com., sala D, 24/09/2002, “Ciudad de Buenos Aires s/incidente de verificación de créditos en Club Comunicaciones”, L.L. del 20/05/2003, Suplemento de Concursos y Quiebras, pág. 1.

⁸¹ MAFFIA, Osvaldo, “Verificación de créditos”, 4ta edición, Lexis Nexis – Depalma, Bs. As. 1999, pág. 413.

⁸² SCJ Mza, sala I, 12/04/2002, autos 72.073, “Vazquez, Armando R y ots. en J Vazquez, Armando y ots en J Cristalerías de Cuyo S.A. p/concurso s/incidente de verificación tardía. Casacion”.

generales.

Por el contrario, la *relectura de la misma ley 24.522 en clave constitucional*, patea fuertemente el tablero del orden legal de los privilegios concursales y, desde la *jurisprudencia*, emerge un privilegio especial con eficacia suficiente para cobrar, sin respaldo legal – *¿Aunque sí Constitucional?* – antes que otros acreedores privilegiados *legalmente regulados*.

Los colegas italianos con quienes compartí tribuna en el seminario di studi su “*Le tutele dei creditori involontari nelle procedure concorsuali nell'ordinamento argentino*”, organizado por el Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari en febrero de 2024, lo consideraban poco menos que un sacrilegio.

La pregunta provocadora a quienes comparten esta nueva visión *constitucional*, que pega en la columna vertebral del sistema republicano de gobierno (art. 1 Const. Nac.), es: *¿Pero el juez concursal no está avanzando sobre la división de poderes constitucionalmente consagrada (arg. arts. 29 y 109 Const. Nac.), invadiendo esferas del Parlamento (art. 75 inc 12 Const. Nac.), creando privilegios que solo pueden nacer de la ley?*

Este interrogante no es baladí.

En efecto, el argumento fue utilizado por la misma CSJN que, de manera contraria a lo que había resuelto unos pocos meses antes en el precedente “*Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)*”⁸³, en el cual por mayoría “*había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales, dándole prioridad para el cobro (un privilegio especial de primer orden) a los padres de un joven que quedó discapacitado al nacer producto de una mala praxis médica*, por el contrario, en “*Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros*”⁸⁴ resolvió:

“1) *ni las Convenciones internacionales invocadas – Convención sobre los Derechos del Niño y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – , ni la Ley 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal en*

⁸³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26-marzo-2019.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6-noviembre-2018.

las que no se prevé expresamente – ni puede derivarse de sus términos – una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal.

2) reconocer el carácter de privilegiado a un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro, y que tal calidad solo puede surgir de la ley. Asimismo, los privilegios, en tanto constituyen una excepción al principio de la par conditio creditorum – como derivación de la garantía de igualdad protegida por el art. 16 de la Constitución Nacional – deben ser interpretados restrictivamente, pues de aceptarse una extensión mayor a la admitida por la ley se afectarían derechos de terceros

3) admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, contra legem, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general. Por ejemplo, la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (artículo 241 inciso 4 de la ley 24.522) se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio. En efecto, esa preferencia se vincula con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que, como las garantías, aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad. La preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear”.

Para colmo de males, si se nos permite la expresión, y como una cosa rara del destino, ambos casos tuvieron estas características:⁸⁵

- 1) transcurrieron sólo cuatro meses entre uno y otro
- 2) el Tribunal Nacional los resolvió de manera diferente

⁸⁵ Ver nuestra crítica en: “Crisi del sistema dei privilegi d’insolvenza in argentina alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema della Nazione” en Rivista di Diritto della Crisi, 7 de septiembre 2023, ISSN 2785-0889; INSOL I-READ, INSOL INTERNATIONAL, Newsletter ISSUE 6 – february 2023 – “Secured vs. Unsecured Creditors: A review of Argentina’s Supreme Court Precedents”.

- 3) ambos casos eran muy parecidos: la disputa surge – básicamente – entre un acreedor hipotecario (acreedor privilegiado incuestionable según la ley 24.522, art. 241 inc. 4 y CCyC) y la víctima con derecho a reclamar daños y perjuicios (acreedor común, sin privilegio)

Lo bueno es que el Tribunal Superior de la Nación, al menos, estuvo integrado de distinta manera:⁸⁶

✓ *Tratamiento del acreedor “involuntario”. Expansión de la solución en clave constitucional hacia el acreedor “vulnerable”.*

¿Quiénes son acreedores involuntarios?⁸⁷

Fue el profesor Ángel Rojo Fernández Río⁸⁸ quien se refirió al distingo que se venía haciendo en el derecho comparado, entre acreedores voluntarios y acreedores involuntarios, poniendo de resalto la radical marginalidad del tratamiento que se les brindaba ante la insolvencia y reclamando una mayor sensibilidad hacia ellos.

En concreto, distinguió a los acreedores en dos categorías: voluntarios e involuntarios. La primera de las categorías se integra por los acreedores contractuales, en tanto que la segunda, por los acreedores extracontractuales, los que han sufrido un daño en eventos personales o eventos patrimoniales.

Si bien el concepto fue evolucionando, el eje de la distinción parte de esta premisa: los involuntarios son acreedores que devienen en tales “por fuerza de las circunstancias” pues nunca quisieron conferir crédito al deudor. Quedaron vinculados jurídicamente con el deudor por razones ajenas a su voluntad y aún en contra de su voluntad. Por ello, no pudieron conocer de antemano el riesgo para adoptar seguridades en su protección.

Habitualmente son de origen extracontractual (bien podría ser el caso del “acreedor ambiental”, que bebe agua contaminada, o el peatón que resulta lesionado en un

⁸⁶ El Alto Tribunal quedó integrado – con la Dra. Graciela Medina – por reemplazo del Dr. Rosenkrantz, quien debió excusarse.

⁸⁷ Ver por todos las excelentes monografías de GARCÍA, Silvana, “El principio de protección de vulnerables y el derecho de la insolvencia”, Revista jurídica – Región Centro Argentina – Número 1 – 8/6/2023 – cita IJ-IV-CDXXXIII-617; GERBAUDO, Germán, “Los acreedores hipervulnerables en los procesos concursales. Estado actual en el Derecho concursal argentino y su impacto en el Régimen de privilegios concursales”, Revista Lex Mercatoria, Vol. 20, 2022, artículo 3, pág. 41.

⁸⁸ “Los acreedores involuntarios”, en “VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, T IV, pág. 201.

accidente de tránsito), pero este nuevo rotulo abarca también a determinados acreedores contractuales – en tal caso el crédito se origina con motivo de un incumplimiento de un contrato – como podría suceder con el paciente dañado por una mala praxis médica, que había contratado con el sanatorio la intervención quirúrgica.

Con el tiempo, la categoría de acreedor involuntarios ensanchó sus fronteras y mutó en su conformación para dar cabida a los a los acreedores vulnerables y hasta hipervulnerables.

Se trata, entonces, de categorías que no deben equipararse,⁸⁹ porque no todo acreedor involuntario es de por sí o necesariamente un sujeto vulnerable. Así, por ejemplo, el dueño del vehículo chocado por el concursado, bien que califica de acreedor involuntario o extracontractual, aunque, *prima facie*, no reviste ningún tipo de vulnerabilidad.

Entonces, cabe preguntarse, ¿Cuándo el acreedor es *vulnerable* (involuntario o no, contractual o extracontractual)?

Conforme las 100 Reglas de Brasilia,⁹⁰ “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. (regla Nro.3)

Enumera asimismo algunas causas de vulnerabilidad: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”. (Regla 4).

Es más, se habla en la actualidad de hipervulnerabilidad. Es una categoría que comenzó a desarrollarse en el ámbito del derecho del consumo, en el cual, de por sí, todo consumidor se encuentra en una situación estructural de vulnerabilidad, pero hay algunos que, por su condición de edad, salud, social, cultural, etc.; profundiza aquél

⁸⁹ VITOLO, Daniel; *Privilegios concursales y derechos humanos*, CABA, La Ley, 2022, pág.149.

⁹⁰ Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008).

estado y lo expone a una sumisión mayor frente al proveedor. Se trata de supuestos donde a la vulnerabilidad del consumidor, se le suma “la de pertenecer a un grupo minoritario, ser adulto mayor, analfabeto digital y vivir en zonas rurales”. Este concepto de vulnerabilidad está estrechamente relacionado con las circunstancias, con la situación particular y el contexto. Es un concepto dinámico. Por lo tanto, se entiende que nos encontramos en un supuesto de acreedor hipervulnerable cuando concurren más de una condición de vulnerabilidad. Por ejemplo, se es vulnerable por razones de salud – presenta una enfermedad – y también de edad – una persona edad avanzada.⁹¹

A mayor abundamiento, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha esbozado una “tipología de la vulnerabilidad”, que se sintetiza como “vulnerabilidad derivada de la condición personal”, y “vulnerabilidad derivada de la situación específica en la que el sujeto se encuentra”. Así, por ejemplo, la discapacidad es una condición personal de vulnerabilidad, y ser migrante ilegal una situación de vulnerabilidad derivada.⁹²

Esta última distinción puede ser muy útil para nuestro trabajo. En efecto, frente a la gran empresa insolvente que contamina, el habitante del pueblo que bebió el agua envenenada y reclama el resarcimiento de los daños a su persona, pueden encontrarse en un contexto de vulnerabilidad al pretender cobrar una acreencia en un proceso concursal donde impera la insuficiencia patrimonial, donde los tiempos muertos del mismo proceso se alongan por la estructura propia de un proceso universal y su crédito es quirografario según el texto explícito de la ley concursal.

Así las cosas, y ante la pereza del Legislador de hacerse cargo del problema y regular *oportunamente* esta nueva realidad, comienza a tomar fuerza la idea de releer la misma ley concursal de hace casi 30 años, a la luz de los nuevos valores jurídicos constitucionales (arts. 1 y 2 CCyC), y *fundamentar así razonablemente desde el Poder Judicial* (art. 3 CCyC) – cuya poder decisional es más dinámico – el desplazamiento de los acreedores privilegiados regulados legalmente por los acreedores vulnerables e hipervulnerables.

⁹¹ GERBAUDO, Germán, “Los acreedores hipervulnerables en los procesos concursales. Estado actual en el Derecho concursal argentino y su impacto en el Régimen de privilegios concursales”, Revista Lex Mercatoria, Vol. 20, 2022, artículo 3, pág. 49.

⁹² GARCÍA, Silvana, “El principio de protección de vulnerables y el derecho de la insolvencia”, Revista jurídica – Región Centro Argentina – Número 1 – 8/6/2023 – cita IJ-IV-CDXXXIII-617; ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin: *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología*, en “Derechos humanos y políticas públicas. Manual” AA.VV. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, pág. 215 y jurisprudencia citada en nota 92.

Son ejemplos de esta nueva ola, los siguientes precedentes, algunos de los cuales ya hemos referenciados a través de las decisiones de la CSJN:

a) *“González Feliciana c/ Microómnibus General San Martín s/ verificación tardía”*, (C1aCivyComSanIsidro) (Sala I), 18/05/2004,⁹³

El magistrado de 1ra instancia confirió pago adelantado a la indemnización de daños y perjuicios por accidente de tránsito (obtenida luego de diez años de litigio) a una mujer octogenaria y con problemas graves de salud, aún cuando el acuerdo homologado preveía su pago en dieciocho años. La Cámara, y luego la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, confirmaron lo resuelto.

b) *“La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro | quiebra – incidente de verificación de crédito por Tules Yolanda Erminia”* CNCom Sala C, 10-5-18, MJ-JU-M-111635-AR | MJJ111635

La Cámara autoriza el “pronto pago” previsto en el art. 16 de la LCQ respecto del crédito quirografario de una anciana con diversas condiciones de vulnerabilidad. La solución tiene una particularidad, impone el pago anticipado con sustento en la mencionada norma, haciendo una interpretación amplia de lo allí previsto cuando autoriza el pronto pago de créditos destinados a atender contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demora. Se consideró que, a estos efectos, no importa si el acreedor de que se trate es o no titular de un crédito laboral.⁹⁴

⁹³ TR LALEY AR/JUR/865/2004.

⁹⁴ *Pronto pago de créditos laborales*. Dentro del plazo de diez (10) días de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11), el juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales y las previstas en los artículos 132 bis, 212, 232, 233 y 245 a 254, 178, 180 y 182 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744; las indemnizaciones previstas en la ley 25.877, en los artículos 1º y 2º de la ley 25.323; en los artículos 8º, 9º, 10, 11 y 15 de la ley 24.013; en el artículo 44 y 45 de la ley 25.345; en el artículo 52 de la ley 23.551; y las previstas en los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, que gocen de privilegio general o especial y que surjan del informe mencionado en el inciso 11 del artículo 14. Para que proceda el pronto pago de crédito no incluido en el listado que establece el artículo 14 inciso 11), no es necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia en juicio laboral previo. Previa vista al síndico y al concursado, el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de pronto pago mediante resolución fundada, sólo cuando existiere duda sobre su origen o legitimidad, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado. En todos los casos la decisión será apelable. La resolución judicial que admite el pronto pago tendrá efectos de cosa juzgada material e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal. La que lo deniegue, habilitará al acreedor para iniciar o continuar el juicio de conocimiento laboral ante el juez natural. No se impondrán costas al trabajador en la solicitud de pronto pago, excepto en el caso de connivencia, temeridad o malicia. Los créditos serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del síndico se deberá afectar el tres por ciento (3%) mensual del ingreso bruto de la concursada. El síndico efectuará un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios, no pudiendo exceder cada pago individual en cada distribución un monto equivalente a cuatro (4) salarios mínimos vitales y móviles. *Excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias*

c) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como explicamos antes de ahora, con diferencia de cuatro meses, nuestro Alto Tribunal falló en dos casos análogos, resolviendo en sentido opuesto. Se trató de niños que resultaron víctimas de mala praxis médica, quedando lesionados de parálisis cerebral, con ciento por ciento de incapacidad irreversible y absoluta.

Se formula el respectivo reclamo indemnizatorio contra las instituciones sanatoriales demandadas, quienes se concursan y, finalmente, quiebran.

En los procesos falenciales los acreedores invocan un reconocimiento preferente, pese a su calidad de quirografarios de acuerdo el texto expreso de la ley 24.522.

Esto provoca un conflicto con los acreedores hipotecarios verificados en las respectivas quiebras – con su privilegio especial – expresamente reconocido en la LCQ.

En las instancias inferiores, los jueces concursales asignaron a los créditos por indemnización, “privilegio especial prioritario de cualquier otro” y beneficio de pronto pago. Declararon, además, la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la LCQ.

En 2da Instancia, la CNCom., Sala A, revoca lo resuelto en ambos fallos. Los casos llegan a la Corte Nacional:

- *“Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/ verif. Por L.A.R” (Caso Lenna)*

Aquí la Corte confirma el fallo de Cámara. Por lo tanto, el crédito indemnizatorio queda finalmente como quirografario, perdiendo el privilegio especial otorgado en la primera instancia y, consiguientemente, el pronto pago. En el conflicto antes plateado: cobra primero el acreedor hipotecario.

- *“Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)” (Caso Fava)*

particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras. En el control e informe mensual, que la sindicatura deberá realizar, incluirá las modificaciones necesarias, si existen fondos líquidos disponibles, a los efectos de abonar la totalidad de los pronto pagos o modificar el plan presentado.

Como señalamos anteriormente, con una integración diferente en su composición,⁹⁵ la CSJN revoca el fallo de Cámara, confirmando de tal modo el de 1ra. instancia. Reconoce así al crédito indemnizatorio un privilegio especial prioritario de cualquier otro disponiendo su pago inmediato. En el conflicto planteado: queda relegado el acreedor hipotecario.

d) “Fundación Educar / concurso preventivo” CNCom, Sala F, 15-12-21⁹⁶

Se trató de una menor víctima de abuso sexual perpetrado dentro de la institución educativa a la que concurría. Se inicia juicio de indemnización de daños y perjuicios. La Fundación se presenta en concurso preventivo. Obtiene acuerdo y es homologado. El crédito es verificado tardíamente.

En 1ra Instancia, ante el juez del concurso, los padres reclaman pago inmediato con privilegio autónomo y la inaplicabilidad del efecto de suspensión de intereses (art.19 LCQ). Lo demandado no fue concedido.

En 2da instancia, la Cámara revoca el fallo, declarando la inoponibilidad del acuerdo y de la aplicación del art. 19 LCQ respecto de la acreencia de la menor, habilitándola a percibir íntegramente la indemnización “como si el concurso no existiera a su respecto”.

¿Nuestra opinión?

Nuestro acreedor “ambiental”, va de suyo, deberá iniciar – sea en el concurso preventivo, sea en la quiebra (arg. art. 21 L.C.Q.) – el respectivo juicio ambiental de conocimiento en sede no concursal, para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio y luego proceder a su incorporación en el pasivo; conforme ya lo hemos explicado (la opción de la verificación tempestiva, art. 32 LCQ, no es la más atinada).

De acuerdo con el texto de la ley 24.522, estamos en presencia de un “quirografario” (arg. arts. 241, 247, 248 y ctes LCQ.).

A partir de allí, viene los problemas.

⁹⁵ El Alto Tribunal quedó integrado – con la Dra. Graciela Medina – por reemplazo del Dr. Rosenkrantz, quien debió excusarse.

⁹⁶ Publicado en TR LALEY AR/JUR/195646/2021.

En el concurso preventivo, salvo una categoría especial y razonable formulada por el deudor (art. 42 L.C.Q.), con una propuesta de pago que no sea abusiva (*por ser acorde a los principios de la reparación plena art. 1740 y cctes CCyC*), que resulte finalmente votada y homologada judicialmente (arts. 45, 52 y 55 L.C.Q.); la realidad de los expedientes judiciales es que el escenario es absolutamente diferente.

De hecho, las empresas normalmente se concursan para no pagar íntegramente este tipo de pasivos *que patearon para más adelante, intentando ganar tiempo*.

Entonces, propuesta de acuerdo mediocre de por medio, vendrán los planteos del acreedor quien, para eludirla, pretendiendo cobrar íntegra y oportunamente; invocará ¿un privilegio especial?, ¿una “preferencia”?, ¿un pronto pago?, en fin.

Los fallos analizados muestran un abanico de posibilidades.

En la quiebra, el acreedor “ambiental” intentará eludir quedar postergado en el proyecto de distribución final, junto con el resto del “pelotón de quirografarios”. La misma situación, observará el proyecto e invocará alguna preferencia.

Dicho esto, y sin eludir la pregunta auto impuesta, desde la óptica constitucional, no me cabe duda que, el acreedor “ambiental”, debe ser considerado como un acreedor vulnerable y, por lo tanto, privilegiado con prioridad suficiente para cobrar la indemnización *oportunamente* – sin las dilaciones propias del proceso concursal – e, *incluso, antes que otros acreedores con preferencia legal, que le permita resguardar su proyecto de vida como persona o mitigar las consecuencias negativas de su frustración; en un escenario de escasez de recursos económicos de parte de quien provocó el daño ecológico*.

Somos concientes y no ignoramos que el concepto de acreedor vulnerable e hipervulnerable proviene y ha sido “acuñado” desde el derecho de consumo y está claro que el “acreedor ambiental” no es un consumidor que “aplique” para dicha “calificación”. No obstante vimos que, de acuerdo a las reglas de Brasilia citadas y, particularmente, a la tipología de vulnerabilidad que ha esbozado la Corte Interamericana de Derechos Humanos – “vulnerabilidad derivada de la condición personal” y “vulnerabilidad derivada de la situación específica en la que el sujeto se encuentra” – el elenco de “vulnerables” se ensancha, lo nos permite hablar del “acreedor ambiental” como una acreedor en situación de vulnerabilidad frente al concurso del sujeto contaminador;

generalmente, la gran empresa.

De este modo, las particulares circunstancias en las que se encuentra este acreedor, que lesionan su salud y su integridad moral y física causándole enfermedades – y, en ocasiones, hasta la muerte –, generan una vulnerabilidad de la cual no se hace cargo el legislador concursal, y en donde el factor tiempo puede ser vital, lo que justifica *axiológica y jurídicamente* un tratamiento preferencial que genere las condiciones de igualdad necesarias, para cobrar primero y lo antes posible en relación al resto del elenco de los acreedores; debido a las enormes desventajas personales, sociales y económicas provocadas en su salud por la contaminación y la maraña que implica transitar los carriles del proceso concursal desde el punto de vista de una tutela judicial *oportuna* (arts. 8 Convención Americana de Derechos Humanos) para intentar cobrarle a una empresa insolvente, resignando el derecho a una reparación plena ante reglas – las propias de la insolvencia – que buscan distribuir “lo hay” en un escenario de escasez (donde imperan las quitas, las esperas, los alongados tiempos muertos del proceso, etc.).

Recordemos especialmente que, de acuerdo a la regla 3 de las “Reglas de Brasilia”, el “vulnerable” es aquel que, por las particulares circunstancias en las que se encuentra, tiene dificultades para ejercer *plenamente* ante la justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. El acreedor “ambiental”, creemos, no escapa a esta situación.

¿Se nos dirá que es una solución *contra legem*?

Reconoce el suscripto que, a diferencia de casos tales como “*Ekmekdjian vs Sofovich*”⁹⁷ o “*Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra*”,⁹⁸ ni la Constitución ni los Tratados de Derechos Humanos del bloque de constitucionalidad *regulan directa ni*

⁹⁷ Fallos 315:1492 – CSJN. El abogado Miguel Ángel Ekmekdjian solicitó el derecho a réplica en el programa “La noche del sábado”, conducido por Gerardo Sofovich ya que se sintió lesionado en sus convicciones religiosas por unos comentarios que hizo Dalmiro Sáenz sobre Jesús y la Virgen María en la emisión del 11 de junio de 1988, por Canal 2 de Televisión. Para reparar el agravio preparó una carta documento con una contestación, que dirigió al productor del programa, el mismo Sofovich, y al canal donde se había producido la emisión. Esperaba que el texto fuera leído al aire; pero no obtuvo respuesta. Consecuentemente, inició una acción de amparo para que se reconociera su “derecho a réplica”, en los términos del artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La acción intentada por Ekmekdjian fue rechazada en todas las instancias. En este estado de las cosas, el amparista interpuso un recurso extraordinario, cuyo rechazo originó una queja ante la Corte Suprema. La corte dio lugar al derecho a réplica y esto produjo la modificación de la interpretación del derecho internacional. Anteriormente la postura era dualista (derecho interno y derecho internacional. En caso de duda, prevalecía en interno.). Con este precedente se adoptó la postura monista (el derecho interno debe amoldarse el derecho internacional, para lo cual se va a aplicar el control de convencionalidad en caso de un pleito).⁴ Esta modificación en el orden de prelación de nuestra pirámide jurídica quedó plasmada en nuestra Constitución con la Reforma de 1994, en la cual se le otorgaron jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26-marzo-2014, donde se resolvió que “*El crédito laboral originado en una indemnización por accidente de trabajo, reconocido mediante sentencia firme, goza de privilegio sobre los de la AFIP en virtud de la aplicación del Convenio de la OIT N° 173*”.

indirectamente el caso del acreedor ambiental (y cualquiera de los otros acreedores involuntarios o vulnerables) versus el acreedor privilegiado concursal.

En este escenario, cuando el Derecho convencional y Constitucional no regulan el caso omitido por el legislador infra constitucional, invocar el paradigma de la *constitucionalización del derecho privado y el principio de convencionalidad, es tarea muchas más compleja y requiere de una carga argumentativa mayor.*

De lo contrario, corremos el grave riesgo de que el juez realmente se convierta en legislador.

Creemos, modestamente, que este es el “quid” de la cuestión en estos casos “concursoales” donde se ven implicados los “acreedores involuntarios/vulnerables”.

Nos explicamos.

En los supuestos que pusimos como ejemplo, los Tratados de Derechos Humanos regulaban el *derecho de respuesta o la situación del acreedor laboral frente al Fisco*. Por el contrario, los Tratados de Derechos Humanos no contemplan el conflicto entre el acreedor “involuntario” y el “acreedor privilegiado”, ya sea en situación concursal o no. Nada dicen tampoco sobre el acreedor ambiental y su conflicto con otros acreedores a la hora de intentar cobrar su acreencia.

Por ello, ante esta dificultad, es la *eficacia interpretativa* de la cual hablamos al comienzo de este trabajo, al explicar el nuevo paradigma de la Constitucionalización del Derecho privado, la que precisamente juega un rol fundamental *porque son los valores y principios jurídicos que emanan de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos* (arg. art. 1 y 2 CCyC) (con normas claramente referidas a la protección de la persona humana, su dignidad, su salud, el medio ambiente, etc. *aunque no se refieran expresamente al problema concursal*), los que permiten al juez crear la regla del caso, razonablemente fundada (art. 3 CCyC), no ya con base meramente legal, sino con un fundamento superior, de índole *constitucional; confiriéndole al acreedor ambiental – quirografario según la ley concursal – el rango de acreedor preferente/privilegiado, incluso especial, para cobrar prioritariamente con respecto al resto de los acreedores atento a su situación de vulnerabilidad.*

Sin embargo nos queda una duda más.

Qué pasa si el acreedor ambiental no pide la preferencia o el privilegio al verificar, ¿Puede el juez concursal concederla de oficio en la sentencia de admisión al pasivo?

Entendemos que sí. De nuevo, se trata de efectuar una interpretación integradora del caso y lograr una decisión jurisdiccional razonablemente fundada (art. 3 CCyC), de acuerdo a los valores y principios jurídicos constitucionales en los términos de los arts. 1 y 2 CCyC.

Sin perjuicio de lo anterior, de por sí suficiente para respaldar nuestra opinión, el artículo 2 CCyC nos explica que, al interpretar la ley, se pueden tener en cuenta – entre otros elementos – *las leyes análogas*.

Ello nos permite aplicar, *mutatis mutandis*, a los acreedores vulnerables, la regulación de los acreedores laborales en el concurso.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 2575, *in fine*, establece – para el trabajador titular de un crédito laboral:

- i) la imposibilidad de renunciar al privilegio que ampara a dicho crédito
- ii) la imposibilidad de aceptar la postergación de dicho privilegio en beneficio de otros acreedores titulares de créditos privilegiados. Ello en función del carácter tuitivo que el privilegio cumple respecto de este tipo de acreencias, la naturaleza alimentaria de estas y la situación de vulnerabilidad que el trabajador presenta frente a su empleador, congruente con lo dispuesto por el art. 12 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo, como lo señalado en el Convenio OIT 173, ratificado por la ley 24.285.

Sin perjuicio de ello, el art. 43 de la ley 24.522 – ley especial – admite la renuncia del privilegio del acreedor laboral, *en la medida en que sea ratificada en audiencia ante el juez del concurso, con citación a la asociación gremial legitimada. Si el trabajador no se encontrare alcanzado por el régimen de convenio colectivo, no será necesaria la citación de la asociación gremial*.

La renuncia del privilegio laboral:

- a) no podrá ser inferior al veinte por ciento del crédito;

b) los acreedores laborales que hubieran renunciado a su privilegio se incorporarán a la categoría de quirografarios laborales por el monto del crédito a cuyo privilegio hubieran renunciado;

c) el privilegio a que hubiere renunciado el trabajador que hubiere votado favorablemente el acuerdo renace en caso de quiebra posterior con origen en la falta de existencia de acuerdo preventivo, o en el caso de no homologarse el acuerdo y

*d) la renuncia debe ser expresa (no se presume), o sea que, por el mero hecho de no pedir el privilegio a la hora de verificar, no se entiende que el trabajador haya renunciado al mismo. A fortiori, el juez concursal puede admitir al trabajador como acreedor privilegiado, a pesar de que el empleado no pidió expresamente su privilegio al verificar, pues la renuncia de este último debe ser ratificada expresamente ante el magistrado (arg. arts 944 y 948 CCyC).*⁹⁹

Así las cosas, ante un acreedor involuntario/vulnerable, el juez concursal puede conceder una preferencia de cobro, aún un privilegio especial, no obstante no haber sido solicitado por el titular de la acreencia al solicitar su admisión al pasivo.

En este caso, el principio dispositivo (art. 32 LCQ) debe ceder ante el principio de oficiosidad, dada las características especiales de vulnerabilidad del acreedor, permitiendo que el juez concursal otorgue la preferencia de cobro que, quizás por negligencia hasta del propio abogado del trabajador, éste no solicitó.

Es una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico en clave constitucional; echando mano al principio de las leyes análogas (arts. 1 y 2 CCyC).

5.3.4. ¿Cómo funcionaría el sistema de daño ambiental indirecto en el caso de acciones de clase por daños ambientales indirectos grupales?

Es el supuesto de los *derechos individuales homogéneos* que pertenecen a las personas individualmente, pero esas personas conforman un grupo en tanto el derecho tiene origen en una sola causa, común a todas ellas.

Desde esta óptica se trata de saber *si, la ley concursal y, particularmente, el proceso concursal, toleran la tramitación de acciones colectivas consistentes en acciones de clase por daños basadas en los daños a las personas en su persona o patrimonio, como*

⁹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Modificaciones producidas por la ley 24522 al régimen de las prioridades concursales no excluyentes”, RDPC, n° 11, concursos y quiebras II, págs. 156 y 157.

consecuencia del daño a los bienes colectivos ambientales con los cuales están en contacto, por ejemplo, el caso de un grupo de personas que vive en las cercanías de un curso de agua contaminado y sufre daños en su salud al consumir dicho recurso.

Tal como hemos hecho con los supuestos anteriores (daño ambiental directo, daño ambiental indirecto), cabe repasar si, en este caso, tenemos un acreedor concreto, un crédito concreto y un deudor concreto. La respuesta debe ser afirmativa. Por lo tanto, su consecuencia es que hay un crédito indemnizatorio para verificar (arg. art. 32 L.C.Q.).

No obstante, el tema se complejiza desde el punto de vista de la legitimación activa y procesal para formular la verificación de la acreencia.

¿Pueden hacerlo cada una de las víctimas individualmente?

Claro que sí, pero, a nuestro entender, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, pues no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del grupo involucrado se vea obligado por separado a promover su propia demanda, desde que la causa del daño radica en la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos. Ello hace suponer que, el costo que insumiría a cada víctima contaminada accionar en forma particular, resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable para el “grupo”.

Así las cosas, la pregunta concreta es si podrá formular el pedido verificadorio “colectivo” o, iniciar el juicio ambiental “colectivo”, a través de una acción colectiva y en defensa de estos derechos subjetivos plurindividuales homogéneos, una de las *víctimas afectadas* o una *asociación de defensa del medio ambiente*, en representación de la “clase”; conforme lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Fallos 332:111. Recordemos el caso. Ernesto Halabi, ciudadano argentino, de profesión abogado, interpuso acción de amparo contra el Estado Nacional, solicitando se declarase la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 25.873, y su decreto reglamentario 1.563/04. Dicha normativa incorporaba a la Ley Nacional de Telecomunicaciones (Ley 19.798) la obligación a los prestadores de servicios de telecomunicaciones de captar y derivar las comunicaciones que transmiten para su observación remota, de acuerdo a lo que establece la legislación vigente, a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público. Es decir, se estableció un amplio margen de intervención dado que los prestadores de servicios de telecomunicaciones tenían la obligación de registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o del Ministerio Público, debiendo conservar la información por el plazo de 10 años. Que el fundamento de la acción de amparo promovida se basó en que las disposiciones de la Ley 25.873 y su decreto reglamentario vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley o la misma ley, determine en qué casos y con qué justificativos, es decir su alcance. Asimismo, el Sr. Halabi sostenía que era una clara intromisión a la esfera de privacidad de su persona, lo cual constituía una violación a sus derechos a la privacidad y a la intimidad en su condición de usuario, y también, una vulneración a su privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus

La respuesta debe ser afirmativa.

O sea, la Asociación de nuestro ejemplo si podría promover esta *acción de clase por daños ambientales indirectos grupales, en tanto verificación concursal de la acreencia* (a través de las vías que confiere el art. 21 LCQ), siendo el destino final de la indemnización el patrimonio particular de las víctimas contaminadas.

Esta solución, no sólo aparece ajustada a nuestra Constitución (arg. arts. 41 y 43), sino que es perfectamente compatible con el principio de economía y optimización de los tiempos del proceso concursal (arg. arts. 159, 217, 273 L.C.Q.).

5.3.5. Fresh start, discharge y el acreedor ambiental

a. Preliminares

De acuerdo al art. 104 L.C.Q. *“Deudas posteriores. Las deudas contraídas mientras no esté rehabilitado, pueden dar lugar a nuevo concurso, que sólo comprenderá los bienes remanentes una vez liquidada la quiebra y cumplida la distribución y los adquiridos luego de la rehabilitación”*.

El pasivo concursal está integrado por las deudas del fallido anteriores a la fecha de la sentencia de quiebra, más los gastos de conservación y justicia (art. 240 L.C.Q.).

Las deudas del fallido posteriores a la fecha de la sentencia de quiebra (cualquiera fuese

clientes. El Tribunal de grado, es decir la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, confirmó la sentencia de primera instancia la cual declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la Ley 25.873, asistiéndole razón a los fundamentos del amparista. Asimismo, determino que la legitimación del actor no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del 2º párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional por lo que la sentencia dictada en tales condiciones, debía aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio. Y en este punto es que nos centraremos en los párrafos siguientes. El Estado Nacional, ante la decisión de la Sala II, interpone recurso extraordinario federal, el cual es concedido y ataca exclusivamente el efecto erga omnes que la Cámara atribuyó a su pronunciamiento, sosteniendo que la pretensión fue deducida exclusivamente por un particular. En estas condiciones, es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo conocido como “Halabi” el pasado 24 de febrero de 2009, que en resumen estableció: a Ratifica la inconstitucionalidad decretada por el Tribunal de grado en relación a los arts. 1 y 2 de la Ley 25.873, sosteniendo, a grandes rasgos, que dicha normativa constituye una violación al derecho a la intimidad y una injerencia o intromisión, arbitraria y abusiva en la vida privada de los afectados. b En materia de legitimación procesal delimita tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. c Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, conforme el art. 43 de la Constitución Nacional, y los mismos son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. d Aun cuando no exista una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase, el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Como vemos, nuestro máximo Tribunal sentó una fuerte doctrina en cuanto a la aplicación del art. 43 CN, la ampliación de la legitimación activa e incluso, la ampliación de los efectos de una sentencia judicial.

su fuente, legal, contractual o no) no integran dicho pasivo y, por ende, no pueden ser verificadas en la quiebra ni ser admitidas a la concurrencia – dentro de dicho juicio – para aspirar sobre el activo falencial. Dichas deudas posteriores solo pueden ejecutarse – individual o colectivamente – sobre bienes adquiridos después de la rehabilitación o, en su caso, sobre el eventual saldo de la liquidación falencial anterior (art. 228, *in fine*, L.C.Q.).

El pasivo falencial concurre en la quiebra para cobrarse sobre el producto de la liquidación del activo falencial. Este está integrado por los bienes del fallido, sujetos a desapoderamiento (art. 107 L.C.Q.).¹⁰¹

Sin perjuicio de lo expresado, y conforme al propio art. 104 L.C.Q., el deudor quebrado puede volver a quebrar. Esta afirmación, requiere una explicación. No hay incompatibilidad entre los dos concursos, ya que, si bien tienen afín el mismo sujeto como quebrado, son distintos los acreedores y activo falencial.

Los acreedores del segundo concurso nacen después de la primera sentencia de quiebra, por lo que escaparon a ésta (art. 32 y 126 LCQ), en tanto que el activo de la primera quiebra abarca todos los bienes desapoderados del deudor a la fecha de la declaración de quiebra y los que adquiera con posterioridad hasta su rehabilitación (art. 107 LCQ).

Por su parte, el activo de la segunda quiebra lo constituyen los bienes que no fueran desapoderados para la primera, pero sí lo fueron ahora, el remanente de la primera liquidación, y aquellos bienes adquiridos luego de la rehabilitación.

De este modo, el efecto que la rehabilitación produce es el de crear un segundo patrimonio del fallido, o lo que es lo mismo, dividir en dos partes un único patrimonio.

¹⁰¹ Los bienes adquiridos con posterioridad al decreto que dispone la rehabilitación escapan al ámbito de la quiebra. Sin embargo, el activo proveniente del embargo de los haberes del fallido merece un tratamiento diverso. En efecto, estímase que si el emolumento percibido por la relación laboral, en su proporción legal embargable, emana de una relación de empleo de origen anterior al decreto de falencia o nació mientras el deudor se encuentra fallido, dicho bien importa la existencia de un activo generador de frutos de origen preconcursal o concursal que por ello persiste afectado a la satisfacción de los acreedores del concurso. Ello así, en tanto resultaría paradójica la circunstancia de que aquél que se encuentra en estado falencial y generase una fuente laboral de ingresos alcanzada dentro del marco de la quiebra, habiendo incumplido sus obligaciones y no honrando sus deudas, pueda sustraerse de la posibilidad de resarcir a sus acreedores por su incumplimiento, transcurrido un año desde el decreto de quiebra, encontrándose en mejor posición que aquél que se halla *in bonis*, y atendiendo a sus obligaciones sometido a un embargo, como ocurre con cualquier demandado en un juicio ejecutivo individual. En este contexto no cabe levantar el embargo sobre los haberes del fallido rehabilitado (JUAREZ, Diego Patricio s/ quiebra, SENTENCIA.CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, 11/5/2023).

Entonces, apreciamos que la segunda quiebra tendrá un pasivo completamente distinto al de la primera. Los créditos por causa o título anterior al primer decreto de quiebra, de ningún modo podrán constituir el pasivo concursal de la segunda quiebra, pues la ley 24.522 no hace ninguna salvedad al respecto.

Contrariamente a lo que resulta de la aplicación de la ley 24.522, el Bankruptcy Code de EE.UU. sólo dispone la liberación (*discharge*) respecto de ciertas deudas, por lo que las deudas no liberadas seguirían pesando sobre el patrimonio del fallido.¹⁰²

En nuestro caso, el segundo patrimonio sólo constituirá prenda común de los acreedores posteriores al primer decreto de quiebra.

En cuanto al activo, es obvio que una y otra quiebra tendrán distintos bienes que la integren. Como dijimos, el segundo patrimonio estará compuesto por los bienes excluidos del desapoderamiento de la primera quiebra (y de la segunda) y los adquiridos con posterioridad a la rehabilitación de la primera quiebra.

Todo este razonamiento es aplicable también a un deudor que quebró, se rehabilitó y no volvió a quebrar.

En efecto, el deudor fallido una vez rehabilitado (1 año desde la sentencia de quiebra), si adquiere bienes posteriores a este hecho jurídico, los mismos no podrán ser alcanzados por los acreedores de la quiebra anterior. Dichos bienes no están destinados a pagar a los acreedores del concurso y sobre los mismos tendrá la libre facultad de administración y disposición (ya que no volvió a quebrar nuevamente). Es más, las deudas que quedaron impagas en la quiebra anterior, la que concluyó por alguno de los modos previstos anteriormente, se extinguen definitivamente (*discharge*) y, reiteramos, no pueden ser cobradas sobre los nuevos bienes adquiridos por el deudor después de rehabilitado.

Por ello, en definitiva, se habla de un nuevo comienzo o *fresh start*.

¹⁰² Ver en este sentido: Discharge in Bankruptcy – The bankruptcy discharge varies depending on the type of case a debtor files: chapter 7, 11, 12, or 13. Así las cosas, en ciertos casos, el deudor debe pagar esas deudas después de la quiebra. La ley ha determinado que este tipo de deudas no se extinguen por la quiebra por razones de política pública (ya sea por la naturaleza de la deuda o por el hecho de que las deudas se generaron debido a un comportamiento inadecuado del deudor, como conducir en estado de ebriedad). Hay 19 categorías de deudas exceptuadas de la condonación en virtud de los capítulos 7, 11 y 12. Se aplica una lista más limitada de excepciones a los casos del capítulo 13. Por ejemplo, deudas por manutención o pensión alimenticia del cónyuge o de los hijos, deudas por daños intencionales y maliciosos a persona o propiedad, deudas con unidades gubernamentales por multas y sanciones.

b. El acreedor “ambiental”, ¿Excepción al art. 104 L.C.Q.?

El interrogante lo formula la destacada profesora Silvana García¹⁰³ bajo el título “Liberación o descarga de créditos de titularidad de sujetos en situación de vulnerabilidad”.

Explica que, a raíz de la rehabilitación, la persona humana fallida se libera de responder con sus nuevos bienes (los adquiridos después de la rehabilitación) frente a sus acreedores concursales no totalmente satisfechos. No está así previsto de modo expreso por la LCQ, y existen diversas tesis sobre la vigencia y alcance de tan trascendente efecto, a cuya operatividad sólo se arriba mediante una labor de reconstrucción racional y razonable del sistema de quiebra.¹⁰⁴ Esta exoneración, descarga o liberación de deudas, al no existir regulación expresa en cuanto a presupuestos, condiciones, y efectos concretos, abarca o comprende cualquier tipo de crédito concursal. Por ende, no existen acreencias exceptuadas de la descarga, lo cual implica que el crédito no satisfecho perteneciente a un acreedor sujeto vulnerable queda comprendido en el beneficio que obtiene el deudor, provocando una nueva conculcación del principio protectorio.

La jurista propone de *lege ferenda* que ciertos créditos deberían excluirse de la posibilidad de una descarga:

- a) créditos vinculados a daños personales (de cualquier origen, extracontractual y/o contractual; físicos, síquicos y/o morales) causados por el deudor.
- b) deudas alimentarias relativas a hijos menores o discapacitados u otros beneficiarios de alimentos en la misma condición

En nuestra opinión, el crédito indemnizatorio – sea por daño ambiental directo (en caso de imposibilidad técnica de la recomposición), como por daño ambiental indirecto –, en una futura reforma legislativa, debería quedar expresamente consagrado también como excepción.

Ahora bien, ¿Y, en la actualidad y a pesar de la parquedad del derecho positivo vigente, haciendo una relectura (art. 104 y ctes L.C.Q.) en clave constitucional (art. 41 Const.

¹⁰³ GARCÍA, Silvana, “El principio de protección de vulnerables y el derecho de la insolvencia”, Revista jurídica – Región Centro Argentina – Número 1 – 8/6/2023 – cita IJ-IV-CDXXXIII-617.

¹⁰⁴ Cfr. GARCÍA, Silvana, “La Extinción de las obligaciones de la quiebra”, Premio Dalmacio Velez Sarsfield, Tesis sobresalientes, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, y RDPC, Liberación patrimonial por rehabilitación del fallido. Pasado, presente y futuro, Tomo: 2019 3 Insolvencia – II.

Nacional), podrá perforarse el límite de nuestro artículo 104 LCQ, o es infranqueable?

Creemos que, dada la trascendencia del bien jurídico en juego en tanto *derecho constitucional a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, verdadero derecho humano, su importancia para la generación del presente y también sus implicancias para las generaciones futuras*, la interpretación del mentado art. 104 L.C.Q. debe ser tal que siempre se adecue a la Constitución, pudiendo el juez concursal abrir la puerta – sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma falencial – para que estos créditos no sufran la “descarga”, no se “extingan” y pueden ser cobrados con los bienes adquiridos por el sujeto contaminador, aún después de la rehabilitación.

Desde la óptica de la constitucionalización del derecho privado (art. 1 y 2 CCyC), el juez concursal tiene suficiente respaldo para hacerlo. Ya hemos argumentado en este sentido. En el conflicto entre un bien jurídico patrimonial (derecho subjetivo del deudor a liberarse de las deudas y empezar de nuevo, reinsertándose en el mercado económico) y un bien jurídico extrapatrimonial (derecho humano a un ambiente sano de disfrute común), debe prevalecer el segundo, que asegura una mejor calidad de vida a toda la comunidad – para hoy y el futuro – y no solo un *reseteo patrimonial* de una persona insolvente puntual. Una vez más recordemos los postulados de Robert Alexy,¹⁰⁵ respaldados – claro está – en nuestro ordenamiento jurídico por todo el bloque de constitucionalidad (art. 1,2 y 3 CCyC y arts. 42 y 75 inc 22 Const. Nacional).

Sin embargo, si todo esto aparece como un gran “blasfemia jurídica” para el derecho concursal, pues bien, en ese caso, no tendrá más opción el magistrado que declarar la inconstitucionalidad de la norma que, sin duda alguna, contraría flagrantemente un pilar fundamental del desarrollo *sustentable* de nuestro país desde la reforma constitucional de 1994 (arg. arts. 14 y 240 CCyC).

5.4. Otras cuestiones conexas a la contaminación ambiental en el marco del proceso concursal

Veremos a continuación algunas otras cuestiones puntuales donde convergen el derecho concursal y el derecho ambiental.

Declarada la quiebra, dentro de los 20 días corridos contados a partir de la aceptación

¹⁰⁵ “Teoría de los derechos fundamentales”, pág. 152 y sigtes., 1º reimp., traducción Ernesto Garzón Valdez, Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

del cargo, el síndico debe informar la juez sobre la posibilidad excepcional de continuar con la explotación de la empresa del fallido y la conveniencia de enajenarla en marcha.

La continuación de la actividad empresarial regulada a partir del art. 189 L.C.Q. no tiene por finalidad reorganizar la empresa, ni impedir o demorar la liquidación, sino posibilitar que la liquidación se lleve a cabo como empresa en marcha si ello fuera conveniente de acuerdo a los estrictos parámetros del art. 190 L.C.Q. (si no fuese conveniente, la actividad empresarial no puede continuar, y los bienes del deudor se enajenarán individualmente y no como formando parte de una unidad productiva en funcionamiento).

La liquidación de la empresa como empresa en marcha debe ser decidida por el juez en base a un informe que debe presentar el síndico.

Para decidir la continuidad de la empresa, el juez tomará también en consideración el pedido formal de los trabajadores en relación de dependencia que representen las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales (en este último caso ya despedidos), quienes deberán actuar en el período de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo.

Cualquiera sea la situación, la continuación de la explotación es francamente excepcional. Más aún lo será, si la empresa contamina.

Este dato, va de suyo, debería ser informado por el órgano sindical en el informe art. 190 LCQ, aunque no lo diga expresamente, siendo un elemento de juicio muy importante a ponderar y que, a decir verdad, debería desalentar la posibilidad de continuación. Es que, con el afán de continuar la explotación para vender a un mejor valor la empresa del fallido, se corre el grave riesgo de generar pasivos post quiebra (“pasivos ambientales”), que terminen de diluir definitivamente toda posibilidad de cobro de los ya relegados quirografarios.

Difícilmente se venda a buen precio una empresa que contamina. Por ello, son muy importantes las medidas de saneamiento que pueda instar el síndico en este sentido, con autorización del juez.

Por lo demás, vale la pena aclarar que – estos pasivos ambientales post quiebra – podrán revestir distinta entidad, según los distintos casos.

Algunos (por ej., medidas de saneamiento ambiental ejecutadas por el síndico) serán gastos de conservación de justicia (art. 240 LCQ) o reserva de gastos (art. 244 LCQ), conforme hayan sido útiles y, además, hayan resultado en beneficio de un bien asiento de privilegio especial o hayan redundado en beneficio común. Ya nos hemos exployado sobre el particular.

Por el contrario, otros gastos, post quiebra también, pero que no se vinculan con la dinámica del proceso concursal (por ej., daños generados a terceros – envenenamiento de un curso de agua – por parte de la empresa fallida) y que se han originado durante la continuación de la explotación, pueden ser créditos ajenos a la quiebra cuya data de nacimiento ha sido posterior a la declaración falencial, en cuyo caso no participan de la distribución de fondos en la quiebra; pudiendo cobrar sus acreencias con los bienes adquiridos post rehabilitación por parte del fallido (art. 104 LCQ), lo que puede dificultar el “*fresh start*” de este último.

Otra cuestión. El síndico que deba intervenir en un proceso concursal de una empresa cuya actividad es contaminante o, por lo menos, presenta riesgos de contaminación; lo deberá hacer conocer al Tribunal y a los acreedores, a través del Informe General.

En efecto, la ley dispone en el art. 39, inc. 3, que el síndico deberá informar en el rubro pasivos, los que “resulten de otros elementos de juicio verosímiles”. Uno de ellos puede ser el “ambiental”. Adviértase la importancia de conocer este dato a los fines del procedimiento de salvataje de terceros¹⁰⁶ dispuesto en el art. 48 inc. 3) LCQ cuando debe

¹⁰⁶ Si el deudor no presenta propuesta de acuerdo o si esta propuesta es rechazada, se decreta la quiebra del deudor, salvo que el concursado sea un sujeto de derecho habilitado para participar del llamado “*período de salvataje por terceros*”. O sea, en algunos casos, el ordenamiento deja abierta una vía para escapar a la quiebra. (a) *Supuestos que habilitan el salvataje empresario por terceros*. Esta vía se habilita cuando: (I) vencido el período de exclusividad, el deudor no ha obtenido las conformidades previstas para el acuerdo preventivo, o (II) las mayorías han sido obtenidas por el deudor, pero el juez ha admitido una impugnación formulada contra la propuesta de acuerdo, aún no homologada judicialmente (vgr.: por ocultación de activo, exageración de pasivo, etc.; art. 50 L.C.Q.). (b) *Personas que pueden beneficiarse con este remedio*. Las personas que pueden beneficiarse con la utilización de este instituto son: las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades por acciones, las cooperativas y las sociedades en que sea parte el Estado (Nacional, Provincial o Municipal). No es admisible en los concursos preventivos de las personas humanas, ni en los de otras personas jurídicas que no fueran las expresamente contempladas en la ley 24.522 (vgr.: una sociedad colectiva, una sociedad informal, etc.). (c) *Procedimiento*. El procedimiento se rige por las siguientes reglas:

El juez dispone la apertura de un registro por cinco días para que se presenten los acreedores o terceros interesados (no acreedores) en la adquisición de las cuotas o acciones representativas del capital social de la sociedad concursada. Si nadie se presentó ni se inscribió, se declara la quiebra. Si hubiere terceros inscriptos, el juez designa un evaluador (art. 262 L.C.Q.), quien establecerá el valor real de mercado de la empresa (en función del patrimonio neto de la sociedad concursada). A tal efecto formulará una composición actualizada y detallada del activo, con la estimación de los valores probables de realización de cada rubro, incluyendo los bienes intangibles, y ponderará: (I) las altas, bajas y modificaciones sustanciales de los activos; (II) la incidencia de los pasivos postconcursoales; (III) las causas del desequilibrio económico del deudor. Conforme a esos elementos (especialmente la valuación formulada por el estimador), el juez procede a fijar el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada. Si un tercero (que puede ser un acreedor o no) se presentó, se abre un plazo para gestionar la conformidad de los acreedores

estimarse el valor de la unidad económica. No es el mismo valor el de una empresa que presenta riesgo de pasivo ambiental, que el valor de aquella que no lo presenta o lo tiene controlado. La trascendencia de esta información es evidente a los fines de ponderar la eventual transferencia de inmuebles y, particularmente, por la solidaridad involucrada entre las partes en los términos del art. 31 LGA.¹⁰⁷

de la sociedad concursada. Asimismo, y sólo si se inscribió un tercero, *el deudor* recobra la posibilidad de procurar adhesiones a su anterior propuesta o a la nueva que formulase, en los mismos plazos, compitiendo con el resto de los interesados oferentes sin ninguna preferencia. Dentro de los 20 días posteriores a la fijación judicial del valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada, los interesados (y también el deudor), deben obtener las conformidades de los acreedores. Los acreedores verificados y declarados admisibles podrán otorgar conformidad a la propuesta de más de un interesado y/o a la del deudor. Rigen iguales mayorías y requisitos de forma que para el acuerdo preventivo del período de exclusividad. El tercero inscripto que primero presenta las conformidades tiene derecho a que le sean adjudicadas las acciones o cuotas, debiéndose tener en cuenta el valor que se les fijó judicialmente. Los terceros inscriptos, siempre que obtengan la aprobación de la propuesta de acuerdo de pago dirigida a los acreedores de la deudora, se convierten en nuevos titulares del capital social de la concursada, que de este modo deja de pertenecer a los viejos socios. El valor fijado judicialmente a las cuotas es muy importante. En efecto, si el valor es cero o negativo (porque el patrimonio neto es cero o negativo), nada debe pagarse a los viejos socios; por esta razón, quien acordó con los acreedores de la concursada adquiere las acciones, cuotas o participaciones sociales de los viejos socios, junto con la homologación del acuerdo. Si el valor es positivo, debe reducirse en la misma proporción en que se reduce el pasivo verificado y admitido a valor actual. Véase este ejemplo: el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social ha sido fijado por el juez en \$ 10.000 y la sociedad tiene emitidas 200 acciones, de donde el valor patrimonial proporcional de cada acción es de \$ 50. Ahora bien: la propuesta de pago a los acreedores quirografarios es de 5 años, a una tasa de 6% anual, con cuotas crecientes, etc., lo cual hace – de acuerdo al cálculo financiero establecido por la ley concursal, art. 48, inc. 7, pto. b – que el valor presente del crédito sea del 40%, con lo cual los acreedores hacen un sacrificio del 60% (por ejemplo: un acreedor de \$ 100 que en virtud de la propuesta de acuerdo preventivo iba a cobrar con una espera de 5 años, con cuotas crecientes y a una tasa del 6 % anual, traído a valor presente es como si cobrara hoy \$ 40). Así las cosas, los \$ 50 por acción, se reducen en un 60 %, por lo que el tercero pagará cada acción a \$ 20 a cada socio. Una vez determinado judicialmente el valor positivo indicado, el tercero puede: a manifestar que pagará el importe respectivo a los socios, depositando en esa oportunidad el 25% con carácter de garantía y a cuenta de saldo que deberá efectivizar mediante depósito judicial, dentro de los 10 días posteriores a la homologación del acuerdo, oportunidad en la cual se practicará la transferencia definitiva de la titularidad del capital social, o b dentro de los 20 días siguientes, acordar la adquisición de la participación societaria por un valor inferior al determinado por el juez, a cuyo efecto deberá obtener la conformidad de los socios o accionistas que representen las dos terceras partes del capital social de la concursada. Obtenidas esas conformidades, el tercero deberá comunicarlo al juzgado y, en su caso, efectuar depósito judicial y/o ulterior pago del saldo que pudiera resultar, de la manera y en las oportunidades indicadas en el párrafo anterior, cumplido lo cual adquirirá definitivamente la titularidad de la totalidad del capital social. En cambio, si el primero que presenta las conformidades es el deudor, se aplican las reglas previstas para la aprobación y homologación del acuerdo preventivo obtenido en el período de exclusividad. Finalmente, si no se obtuviera acuerdo preventivo, ni por tercero, ni por deudor, el juez declarará la quiebra sin más trámite.

¹⁰⁷ Colectora S.A. y otros c/ YPF S.A. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 7 de septiembre de 2023, Cita: MJ-JU-M-146692-AR|MJJ146692|MJJ146692. Cuando no es posible determinar en forma precisa la medida del daño ambiental causado por cada parte, la responsabilidad debe ser solidaria. 1 Las invocaciones de las partes sobre la responsabilidad por los hechos de contaminación ambiental a su contraria, no las exime de responsabilidad ya que estamos ante la presencia de un daño ambiental colectivo y ello permite aplicar el art. 31 de la Ley 25.675 que establece que si en la comisión de un daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o mas personas o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación ante la sociedad, sin perjuicio en su caso del derecho de repetición entre sí. 2 En tanto no fue posible determinar en forma precisa la medida del daño causado por cada parte, cabe confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto a la responsabilidad solidaria de ambas partes, quienes se acusaron mutuamente de la causación de un daño ambiental, pero no invocaron una ruptura del nexo causal y por tanto ambas partes resultan responsables. 3 Si bien se demandó se condene a la demandada a abonar los trabajos de remediación de la contaminación existente en el suelo y napas freáticas del predio donde funcionaba una estación de servicio, la condena de 'remediar la contaminación', no implicó una violación al principio de congruencia en tanto que ambas partes en forma solidaria son las obligadas a remediar el daño ambiental en su carácter de responsables, pero ello no significa que sean los sujetos capacitados para realizar tales tareas habida cuenta su falta de conocimientos; es decir, sobre la demandada no recayó una obligación de hacer sino de abonar en forma solidaria con la actora los trabajos de remediación que se lleven a cabo por la empresa especializada

En este punto, y tal como lo manifestáramos precedentemente, el síndico debe tener en cuenta esta contingencia a los fines de la emisión del presente informe, debido a los efectos perjudiciales y peligrosos que pueden generarse a causa del desconocimiento de todas estas circunstancias. Si bien la norma no contiene específicamente una referencia expresa, este rubro debería integrar el punto 1 del informe del art. 190 LCQ, vinculado a la posibilidad de contraer nuevos pasivos.

Indudablemente el riesgo ambiental, como dijimos, no es solo importante para terceros ajenos a la firma en quiebra, también se vincula con la salud y protección de quienes trabajan en la actividad y con la comunidad entera donde funciona la empresa.

Por último, no podemos dejar de considerar que parte de la doctrina¹⁰⁸ ha entendido que en los casos de quiebra y, primordialmente, si el Tribunal ordenara la continuación de la actividad, el síndico al mando de esta última podría verse involucrado en una acción por responsabilidad ambiental en los términos del art. 31 LGA. El último párrafo de esta norma extiende la responsabilidad, en el caso de personas jurídicas, a “sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación”.

Si bien no pueden asimilarse los “cargos” entre un síndico y las autoridades de una persona jurídica, si es factible establecer una semejanza con respecto a las funciones que deben ejercerse entre ambos, atento a que el síndico toma el control sobre el patrimonio del deudor – con fines de liquidarlo – con motivo del desplazamiento de este último a causa del desapoderamiento falencial (arts. 107 y 110 LCQ).

Así las cosas, un síndico podría verse implicado en una causa de esta naturaleza, si su inacción o su descuido – ante un daño incurrido durante la actividad en la quiebra – no es señalado, advertido al tribunal o no se han dispuesto las medidas preventivas o correctivas necesarias para solucionarlo.

en hacerlo. 4 Habiendo la empresa petrolera entregado en consignación bienes – combustible, tanques, etc., quedó probada su titularidad en cabeza de aquella y, así, adquiere relevancia lo establecido en la Ley 24.051 que dispone que todo generador de residuos peligrosos es responsable en calidad de dueño de los mismos, de todo daño producido por éstos en los términos del capítulo VII de la ley, que presume que los residuos peligrosos son cosas riesgosas de acuerdo al segundo párrafo del art. 1113 del CCiv. y, además el art. 47 de dicha ley expone que solo se exime de responsabilidad al demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso.

¹⁰⁸ ANICH, Juan, “Créditos Extracontractuales o Créditos Involuntarios” ¿Reconocimiento especial o tratamiento general? Un ejemplo “el problema del daño ambiental ante la insolvencia” – conferencia Congreso Derecho Concursal – Mendoza 2009. – Con colaboración de los Dres Sheila Böhm y Martin Prieto Abogados asociados de Allende & Brea.

Los principios de *precaución* y *prevención* así lo imponen (art. 4 LGA).¹⁰⁹

Es cierto también que, la norma en análisis, señala el límite de la responsabilidad al establecer que la misma lo es en “la medida de su participación”, con lo cual habrá que analizar las circunstancias del caso para concluir si el síndico es pasible (o no) de este reproche legal.

6. Final

No esperamos con el presente trabajo haber agotado todas las aristas de un tema tan complejo y tan dinámico a la vez.

Seguramente, de las opiniones vertidas, hay muchas pasibles de crítica.

El suscripto se hace cargo de ellas.

Sin embargo, más allá de los cuestionamientos que puedan hacerse a estas líneas, lo que no es objetable es la necesaria impronta constitucional con la que hay que analizar el derecho ambiental y el derecho concursal, y sus puntos de contactos.

En este sentido, creemos – modestamente – haber cumplido con nuestro principal objetivo.

¹⁰⁹ Hay autores que efectúan una distinción en el sentido de que el síndico sólo es responsable en la medida de la prevención, no de la precaución. En tal sentido explican que: “*Con marcada diferencia con la situación anterior a la sanción del Código Civil y Comercial, la obligación del síndico de reaccionar contra la dañosidad es diferente, teniendo relevancia la diferenciación entre los principios precautorio y preventivo y la función preventiva de la responsabilidad civil. El art. 1710, Cód. Civ. y Com. establece que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella depende, de evitar un daño. Toda persona tiene el deber de evitar un daño injustificado, de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzcan, de no agravarlo. Todas estas obligaciones alcanzan al síndico respecto de los bienes desapoderados, no en su calidad de funcionario sino en tanto individuo con la capacidad de accionar preventivamente. Cuando el art. 1712 legitima para accionar a quien acredite un “interés razonable en la evitación del daño”, ninguna duda cabe que el síndico lo tiene, cualquiera sea la naturaleza y alcance del daño. Por lo tanto, el cumplimiento por parte del síndico de una obligación legal que le incumbe prioritariamente como ciudadano y responsable de la administración de un bien potencialmente generador de daños no debería dar lugar a una sanción. Aclaremos que el deber de prevención del art. 1710, Cód. Civ. y Com. no supone un deber de precaución. El síndico estaría obligado a actuar preventivamente cuando el daño sea probable. Entendemos que diferente es la evaluación que debe hacer el juez falencial que deba resolver la cuestión. Sabido es que en el derecho ambiental no rige el criterio de la causalidad adecuada entre el hecho y el daño, pues el principio precautorio atiende al estándar de “simple posibilidad”. En virtud de ese principio es irrelevante la certidumbre sobre el acaecimiento futuro del daño. Se está en presencia de la zona indeterminada de causalidad, de la causalidad “posible” o “posibilística”. El síndico tiene el deber de adoptar medidas para evitar un daño previsible (“racionalidad preventiva”). El magistrado debe decidir con una “racionalidad precautoria”. El síndico, siguiendo el principio de cautela (art. 41 de la CN y art. 4º de la LGA), podría solicitar una medida ambiental, aunque pudiera ser lesiva para la masa en razón de criterios de costos y beneficios económicos o evaluando la preservación de la explotación empresarial, etc. si advirtiera la posibilidad del daño ambiental” (SEMBEROIZ, Fernando J., “La cuestión ambiental en la quiebra”, LA LEY 20/07/2018, 1 – LA LEY 2018-D, 560 Cita: TR LALEY AR/DOC/1005/2018).*

Mientras el legislador concursal siga lerdo y perozoso, la jurisprudencia y la doctrina avanzarán por sus propios medios.

Como citar:

BORETTO, Vynicius. La cuestión ambiental en el derecho concursal argentino e italiano. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 2, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

20.2.2025

Aprovado em:

12.7.2025