

El impacto del nuevo Código Unificado, en las comunidades Indígenas como persona jurídica. ¿Son sujetos concursables?. ¿Cómo se constituye su pasivo concursal?

Rosa Ancajima Dolor y Natalia Picciafuoco

I) Sinopsis

1) En las innumerables y sucesivas modificaciones de Ley de Concursos y Quiebras se visualizan concepciones de índole económico-financiera y político que influyeron en el aumento de los sujetos comprendidos en la concursabilidad.

2) Existen algunos antagonismos o dilemas respecto de determinados sujetos concursables, entre otros las Comunidades Indígenas por la falta de inclusión expresa en la ley especial.

3) Las comunidades Indígenas constituidas como persona jurídica reviste el carácter de “Sujeto Concursable”, atento a la nueva personalidad jurídica que le otorga el CCC y la C.N.

4) Aquellas Comunidades Indígenas no constituidas bajo la figura de persona jurídica, tal como lo faculta el Código Unificado, no se encuentran alcanzadas por el artículo 2 LCQ, o sea no configura el carácter de sujeto concursable.

II) Abanico del tiempo

Durante largos años las disposiciones falimentarias fueron materia aplicable, exclusivamente a los comerciantes, excepto algunas normativas provinciales de carácter aislado que posibilitaban a los sujetos no comerciantes acceder al procedimiento fijado por el ordenamiento citado tal como lo manifiesta Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval¹⁸⁴.

¹⁸⁴ JUNYENT BAS, FRANCISCO y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras*, t. I, Lexis-Nexis, 2005, p. 48.

Con el paso del tiempo, a consecuencia de innumerables concepciones de tipo económico-financiero y políticas provenientes del Estado, muchas de ellas impuestas por las nuevas estructuras de mercado, fueron insertándose nuevos sujetos pasibles de concursabilidad. En efecto, a partir de la reforma del año 1983 que sufrió la vieja Ley 19.551, obra de la Ley 22.917, se instala en nuestro país un sistema unitario concursal, unificando éste procedimiento tanto para los denominados comerciantes, no comerciantes, empresas, entre otros tantos, haciendo desaparecer los denominados concursos civiles reglamentados por leyes provinciales.

Con la Ley 24.522 (año 1995) se introduce una modificación general, en particular se incluye como sujetos concursables a las sociedades en las que es parte el Estado (Nacional, Provincial o Municipal), explicando los proyectistas que ello responde a una nueva concepción relativa a la actividad comercial realizada por el Estado¹⁸⁵. Pero con el paso del tiempo, estas incorporaciones no cesaron, o sea, no quedaron inactivas sino que prosiguieron ampliando el mosaico de sujetos concursables por intermedio de leyes especiales tales como las cooperativas, las mutuales y las obras sociales entre otras.

De esta manera, siguiendo lo manifestado por Julio C. Rivera – Horacio Roitman y Daniel Vítole¹⁸⁶ la actual Ley de Concursos y Quiebras, a pesar de las innumerables cantidad de modificaciones que viene sufriendo, mantiene el criterio de orientación amplia y no diferente respecto a los sujetos pasivos, a los comerciantes o empresarios respecto a otras personas físicas y hasta autorizando la inclusión a los incapaces e inhabilitados.

Siguiendo el Art. 2 de la L.C.Q., en su primera parte, define la regla de la concursabilidad abarcando a toda persona allí incluida mientras cuente con el atributo de la personalidad, a excepción del fallecido que no goza de ésta última situación (sin embargo primero cobran los acreedores de éste y luego los herederos sobre el remanente o la reprogramación factible bajo concurso preventivo).

A su vez el citado artículo formula exclusiones respecto a quienes no son susceptibles de ser declarados en concurso, llevando para ello un puntual detalle y por sobre todo ampliando el espectro al sostener “así como las excluidas por leyes especiales”, tal como acontece con el fideicomiso antes y después de la unificación de los Códigos Civil y Comercial. De esta manera,

¹⁸⁵ RIVERA, Julio Cesar y VÍTOLO, Daniel Roque, *Comentario al Proyecto de la Ley de Concursos y Quiebras*, Rubinzal-Culzoni, año 1995, p. 12.

¹⁸⁶ RIVERA, Julio C. – ROITMAN, Horacio y VÍTOLO Daniel, *Ley de Concursos y Quiebras*, Rubinzal-Culzoni, t. I, 2009, p. 163.

quienes se consideran sujetos concursables deben estar taxativamente identificados por la Ley de Concursos y Quiebras o bien por leyes u ordenamientos que lo consideren susceptibles de acceder a dicho procedimiento.

III) Las Comunidades Indígenas Como Sujetos legitimados para acceder a los procesos concursales

Si bien es cierto que la reforma introducida por el nuevo Código Civil y Comercial sostiene que no modifica a la Ley de Concursos y Quiebras, muchas de sus disposiciones impactan sobre el sistema concursal vigente generando trascendentales consecuencias.

Entre tales disposiciones se destaca la “ampliación” de los sujetos concursales, toda vez que legisla a las “personas jurídicas privadas” en el artículo 148 CCC, lo que es el equivalente a las “personas de existencia ideal de carácter privado”, que refiere el artículo 2 de la LCQ.

Las personas jurídicas privadas enumeradas por el nuevo Código, gozan de personalidad jurídica diferenciada de sus miembros y administradores, y se les aplican, además de las normas especiales previstas para cada una de ellas, las establecidas por los artículos 150 al 167 del citado ordenamiento.

Como se advierte, de la compulsa al nuevo articulado se amplían los sujetos concursales en orden al artículo 2 LCQ, dado que ahora integrarán también esta categoría las “sociedades anónimas unipersonales”, las Iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas (Artículo 148, inc. e.) y “las otras personas jurídicas a determinar”, según sus características.

En cambio, y a pesar de ser “personas jurídicas” por expreso mandato constitucional y reconocimiento del nuevo Código Unificado, debe advertirse que existen objeciones en la doctrina sobre si las “comunidades indígenas”, las “simples asociaciones”, y el “consorcio de propiedad horizontal” podrían ser eventualmente sujetos concursables; basándose tales objeciones, en lo que a comunidades indígenas refieren, por su estatuto constitucional de “inembargable”, y el consorcio de propiedad en razón de su estructura y finalidad.

Por lo tanto queda por analizar específicamente como la norma constitucional protege la propiedad de estas comunidades que no pueden ser enajenadas ni transmitidas, se convierten en un dominio público dada la concesión de uso y usufructo de carácter perpetuo. Pero en el momento que estas comunidades se constituyen como personas jurídicas privadas quedarían alcanzada por lo dispuesto en los artículos 151 y ss. del CCC, y de esta forma conforme a lo dispuesto por el artículo 2 LCQ, y no habiéndose dispuesto ninguna ex-

clusión puntual, consideramos que las comunidades indígenas también podrán ser sujetos concursables.

IV) La personalidad Jurídica de los pueblos Originarios

La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó que el derecho de propiedad de las tierras de los pueblos indígenas comprende el uso y goce efectivo de las mismas (Art. 21, Pacto de San José de Costa Rica, ley superior según la C.N., al ser ratificada por el Congreso Nacional), pues de lo contrario implicaría privarlos de practicar, conservar y revitalizar las costumbres culturales que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. Tal uso y goce incluye todo tipo de actos culturales de explotación, religiosos, entre otros.

En este lineamiento, siguiendo los principios fijados por la Constitución Nacional, Humberto Quiroga Lavié¹⁸⁷ manifiesta “...**la Constitución Nacional permite a las comunidades indígenas obtener personería jurídica, a través de lo cual, están en condiciones óptimas de hacer respetar sus derechos, llevando adelante una implementación jurídica...**”.

Al respecto, siguiendo lo normado por la Constitución Nacional, al habla de propiedad, se refiere a aquellas que quedan fuera del comercio convirtiéndose en un dominio público dada la concesión de uso y usufructo de carácter perpetuo, considerado su inenajenabilidad y su intransmisibilidad.

También puntualizamos que el Artículo 75 inc. 17, de la Constitución Nacional, dispone “...**asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten...**”; en tanto el Convenio 169 de la O.I.T. Artículo 15, párrafo 1º, establece “...**los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden, el de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos...**”, situación que viene siendo reiteradamente avalada por la jurisprudencia y la doctrina¹⁸⁸.

¹⁸⁷ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, Constitución de la Nación Argentina. Comentada, Zavallia, 1996, p. 404.

¹⁸⁸ Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia de Neuquén s/ Acción de Inconstitucionalidad, Expte. 1090/2004, www.eldial.com.ar, citado por ALTERINI - CORNA - VÁZQUEZ, p. 187; coincidente con esta opinión, respecto a la reglamentación suficiente a fin que las tierras sean explotadas por las comunidades indígenas, se enrola Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Análisis Pedagógico de la Constitución*

En lo atinente a las comunidades indígenas registradas como personas jurídicas acorde lo faculta la Constitución Nacional y el artículo 148 del Código Unificado, son o no sujetos de concursabilidad. Al respecto la exclusión efectuada CCC, dejó zonas grises que a la fecha están dividiendo la doctrina y de allí elaborándose corrientes dispares como las que mencionaremos a continuación:

IV) a) Si tenemos en cuenta la postura de Luis Niel Puig¹⁸⁹, reza que “... *los pueblos, al tener una existencia étnica y cultural anterior al dictado de la Constitución Nacional deben ser contemplados dentro de las personas jurídicas públicas, y no de las privadas. Claro está, que su incorporación dentro de estas últimas, tiene como finalidad simplificar su actuación como titular de relaciones jurídicas, en los aspectos interno y externo. No obstante, debe tenerse el mayor de los cuidados, ya que los pueblos indígenas tienen una organización interna, como la forma de adoptar resoluciones grupales, que muchos casos difieren del sistema, la práctica o soluciones que adopta el derecho argentino respecto a las personas jurídicas privadas...*”.

Nacional, Depalma, 1996, p. 149. En tanto Sergio Sebastián Barocelli en un pasaje de su desmenuzado análisis al fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos de mención (La Ley-2014-B, Trabajo: Personalidad jurídica de pueblos y comunidades indígenas originarias. Recientes estándares de la Corte Suprema), sostiene: “la otra norma relevante supra legal en la cuestión es el convenio N° 169 de la OIT. El Convenio N° 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en Ginebra, Suiza, en la 76 Reunión de la Confederación Internacional del Trabajo y ratificada por Argentina, mediante ley 24.071, conceptualiza a los Pueblos Indígenas por: “... el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país u en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o en la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o partes de ellas. Agrega el inc. 2 de dicho artículo que “la consciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” por consiguiente, el criterio de auto identificación o auto percepción es uno de los estándares fundamentales que deben respetar los Estados miembros de dicho Convenio a la hora de su aplicación en el ámbito interno. El citado convenio, que reconoce una serie de derechos a los Pueblos Indígenas, no establece expresamente el derecho a reconocimiento de la persona jurídica de los pueblos y comunidades indígenas. En igual sentido, hace referencia a la cita de Bidart Campos, quien afirmó: “Cualquier agrupación, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo al derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva merecen ser registrados, reconocidos o inscriptos”.

¹⁸⁹ NIEL PUIG, LUIS, *Personas Jurídicas Privadas*, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 39.

IV) b) Siguiendo este lineamiento encontramos a Eduardo M. Favier Dubois (p) y Eduardo M. Favier Dubois (h)¹⁹⁰, quienes rechazan la posibilidad del concursamiento de este tipo de personas jurídicas toda vez que consideran que *“...Aun cuando el Proyecto les de calidad de Personas Jurídicas la inembargabilidad de las tierras previstas por la Constitución Nacional las excluye como sujetos del concurso, debiendo considerarse una excepción constitucionalmente tasada al ámbito del artículo 2 de la Ley 24.522...”*.

IV) c) En tanto en sentido opuesto encontramos a Pablo C. Barbieri¹⁹¹ quien considera que las comunidades indígenas pueden ser, eventualmente, sujetos concursables, afirmando su posición por intermedio de lo siguiente; *“...Como bien se ha sostenido, la incorporación de las comunidades indígenas como personas jurídicas privadas, es otra mención novedosa y oportuna del proyecto...”* (hoy texto legal), siguiendo ya la postura adoptada por la Constitución Nacional de 1994, en su artículo 75, inc. 17, el cual obliga a reconocer la personalidad jurídica de estas comunidades, cuestión que ya se había producido por ley 23.302. Al mismo tiempo acentúa que *“...si bien no se han dispuesto normas específicas sobre su constitución y/o funcionamiento, las mismas pueden desprenderse del régimen general contemplado para todas las personas jurídicas privadas en los artículos 151 y ss. Creo que, conforme al texto del primer párrafo del artículo 2 de la Ley 24.522 y no habiéndose dispuesto ninguna exclusión puntual las comunidades indígenas también podrán ser sujetos concursables...”*.

En sentido análogo, o sea, por la procedencia de la concursabilidad se manifiestan proclives Carlos Roberto, Antoni Piossek y María José, Antoni Piossek, al sostener¹⁹²: *“... Desde otra perspectiva, la Ley de Concursos y Quiebras ha excluido algunos supuestos de la posibilidad de ser sujetos concursables, entre otrosd, las personas jurídicas públicas, tales las hoy detalladas en el art. 146 del Código Civil y Comercial de la Nación (Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...). Partiendo del principio, las comunidades indígenas, revisten el carácter de persona jurídica privada, no pueden ser asimiladas a las citadas normativas denunciadas, y de allí excluidas del art. 2 de la Ley 24.522, toda vez*

¹⁹⁰ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) – FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), obra citada, pto 3.3.

¹⁹¹ BARBIERI, Pablo C., Los sujetos concursables y la reforma del Código y Comercial, Dic. 2014, www.infojus.gov.ar.

¹⁹² *Gravitaciones del Código Civil y Comercial de la Nación en el Derecho Comercial Argentino*. Lerner creativos, 2016, p. 59, seg. párrafo.

que este último no posee carácter enunciativo, sino taxativo en cuanto a las exenciones...”.

Por todo lo anteriormente expuesto, no podemos desconocer que los derechos de las comunidades indígenas se encuentran plasmados en el Artículo 18 del Código Civil y Comercial de la Nación y en la ley 23.302 (modificada por ley 25.799) formalizando un enlace con lo dispuesto por la Constitución Nacional.

Teniendo en cuenta los distintos posicionamientos de la Doctrina, sostenemos que dichas comunidades son pasibles de concursabilidad, atendiendo los siguientes fundamentos:

1. El reconocimiento de la personería jurídica por parte del artículo 75, inc. 17 de la C.N., es concordante con el artículo 148 del CCC, toda vez que este último, en el inc. i), ***“...incluye a todos aquellos contemplados en otras leyes...”***. Por consiguiente, las comunidades indígenas con personería jurídica podrán ***“poseer y ser titulares de las tierras que tradicionalmente ocupan; regular la entrega de otras aptas...”***¹⁹³.

2. Acorde lo dispuesto por el artículo 154 de la Ley 26.994, ***“...la persona jurídica debe tener un patrimonio...”***, hasta aquella que se encuentre ***“... en formación puede inscribir a su nombre los bienes registrables...”***.

De aquí resulta que las personas jurídicas privadas deben contar con patrimonio propio al momento de su inscripción, esto no implica la prohibición de engrosar bienes del patrimonio con donaciones de terceros, subvenciones, beneficios del Estado o del desarrollo de la actividad normal de dichas comunidades que le permitan acrecentarlo.

3. Al contar con patrimonio propio y ante la necesidad de subsistir, desarrollar sus actividades normales y en general cumplir con su objeto, afrontar gastos de funcionamiento y mantenimiento, entre otros tantos, podría adquirir derechos y contraer obligaciones o bien llevar adelante actos de disposición de bienes que no se encuentren alcanzados por la prohibición que establece la Constitución Nacional (cosechas, producciones, bienes muebles o inmuebles adquiridos con el producido).

En estas condiciones, no solo puede adquirir bienes sino preñarlos, hipotecarlos, afectarlos en garantía y hasta incurrir en estado de cesación de pagos y de allí peticionar la apertura de su concurso preventivo o la declaración de quiebra, hacer uso del A.P.E., o bien al crandown (art. 48, Ley 24.522). Este último punto en particular podría aparejar criterios disímiles en atención que

¹⁹³ Constitución Nacional Argentina, 1994, artículo 75, inc. 17.

el artículo 48 de la L.C.Q. no contempla a este tipo de personas jurídicas; pero consideramos que pueden acceder al procedimiento de salvataje toda vez que se trata de personas jurídicas, entendiendo que dicho acceso se encuentra vedado para las personas físicas, otros tipos sociales distintos a los que menciona la normativa.

4. No existiendo prohibición en la Constitución Nacional para adquirir otros bienes con el producido de los excluidos, tampoco el Código Unificado o las leyes especiales, pueden desprenderse del Régimen General contemplado para las personas jurídicas privadas, ni mucho menos avadir lo normado por el art. 163, inc. e).

5. La imposibilidad de afectar el bien común, de enajenarlo, de transmitirlo, de gravarlo, o ser susceptible de embargo, no puede ser considerado causal suficiente para excluir a la comunidad indígena como sujeto concursable. Indiscutiblemente, ante lo dispuesto por la normativa constitucional, quién otorgue un crédito a la comunidad indígena inscripta como persona jurídica privada, lleve adelante alguna operación comercial, le conceda la apertura de una cuenta corriente comercial o bancaria, deberá ejercer los principios de un “buen hombre de negocios”, siendo consciente que las tierras que tradicionalmente ocupan están comprendidas en las exclusiones de la Carta Magna, y que solo contarán con la garantía de otros bienes adquiridos con el producido de la explotación de su trabajo artesanal, actividad agrícola, pecuaria, textil, entre muchas otras que en la práctica se configuran.

6. En aquel supuesto de que las comunidades sea sujetos concursables, podría quedar configurada una potencial alteración al principio de la seguridad jurídica. Toda vez que una persona que contrate con la comunidad indígena, estaría haciéndolo con una persona jurídica privada, entre otros, con patrimonio; y de ser inejecutable todos los bienes (quedando excluidos como lo establece el artículo 75 inc 17, de la C.N. únicamente) se estaría configurando una alteración a la seguridad jurídica que debe imperar en todo acto.

7. Tratándose de persona jurídica privada, siempre conforme al CCC, debe llevar contabilidad y los libros exigidos, elaborar un estatuto y designar sus representantes legales. La presente exigencia, en caso de peticionar la apertura del concurso preventivo o declaración de quiebra le permitirá cumplir con los requisitos formales que establece el art. 11 de la L.C.Q.

Por todos estos aspectos mencionados, reiteramos nuestro posicionamiento al respecto de la concursabilidad de las Comunidades Indígenas. Toda vez que esta no afecte a la propiedad comunitaria protegida por la C.N.

V) Concluyendo y meditando

Sintetizando al hablar de las comunidades indígenas, debemos decir que se trataba de un nuevo derecho real, **“propiedad comunitaria indígena”**, contemplado en el Proyecto de Unificación que desapareció en la aprobación definitiva del CCC. Cabe recordar que ésta recaía sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas (artículo 2028). A su vez esta propiedad, también requería la inscripción registral (artículo 2030).

Esta reforma, en lo que respecta a persona jurídica, tiene como antecedente, el artículo 75 inc. 17 de la CN., que reconoce **“...la preexistencia ética y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respeto a su identidad y el derecho a la educación bilingüe, e intercultural, reconoce la persona jurídica de las comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras, que tradicionalmente ocupan y regulan la entrada de otras aptas y suficientes, para el desarrollo humano. Ninguna de ellas, será enajenable, transmisibles, ni susceptibles de gravamen o embargo...”**.

Atento al análisis realizado concluimos estimamos que las Comunidades Indígenas pueden llegar a revestir el carácter de sujetos concursables, en tanto y en cuanto se constituyan como personas jurídicas privadas bajo cualquiera de las figuras que establece la actual Ley General de Sociedades (19.550 modificada), y como tales realicen negocios jurídicos con terceros tendientes a incrementar el patrimonio con el producido de las diversas explotaciones.

A esto debemos agregar que los derechos de las comunidades indígenas se encuentran actualmente plasmados en el Artículo 18 del CCC y en la Ley 23.302 (modificada por Ley 25.799).

Sintetizando, “la posesión y propiedad comunitaria de las tierras”, perteneciente a la comunidad indígena registrada como persona jurídica, la cual debe elaborar un estatuto y designar a sus representantes legales, queda excluida del activo concursal. La propiedad comunitaria indígena requiere inscripción registral; pero en caso de cesación de pagos, esta comunidad indígena será sujeto concursable, y el activo quedará integrado por todos aquellos bienes que no se encuentren incluidos en el precepto normativo del artículo 75, inc. 17, de la Constitución Nacional.

Además, consideramos que tratándose de una persona jurídica privada, la comunidad indígena, debe elaborar su contabilidad en todos sus aspectos (balances, estados contables, llevar libros) conforme lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación. Por lo tanto, en caso de cesación de pago, está en condiciones de cumplir con los requisitos formales que impone la ley 24.522, esto en lo referente a la petición de concurso preventivo o pedido de

2046 XIII CONGRESO ARGENTINO Y IX IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

declaración de quiebra; asimismo tratándose de una quiebra directa, declarada a pedido de un acreedor, la comunidad indígena estará en condiciones de acogerse a la conversión (artículo 90 de la ley de Concursos y Quiebras).