

**X CONGRESO  
ARGENTINO  
DE DERECHO CONCURSAL**

**VIII CONGRESO  
IBEROAMERICANO  
DE LA INSOLVENCIA**



**X CONGRESO  
ARGENTINO  
DE DERECHO CONCURSAL**

**VIII CONGRESO  
IBEROAMERICANO  
DE LA INSOLVENCIA**

17, 18 y 19 de Octubre de 2018  
Ciudad de Santa Fe.

**TOMO 3**

FCJS

UNL

UNIVERSIDAD NACIONAL  
DEL LITORAL  
FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Los trabajos publicados en este libro han sido transcritos literalmente de los originales enviados por sus autores, siendo de ellos la responsabilidad de sus contenidos y redacción.

Se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2018 en los talleres gráficos de **GEA Impresiones**, Iturraspe 3481 (S3002BKC) Santa Fe, República Argentina.



**AUTORIDADES DEL  
X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y  
VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA**

**Comisión de Honor**

(coautores de la legislación concursal)

*Héctor ALEGRIA*

*Edgardo Marcelo ALBERTI*

*Julio César RIVERA*

*Daniel Roque VÍTOLO*

**Autoridad Institucional**

Decano de la Facultad de Ciencias

Jurídicas y Sociales de la

Universidad Nacional del Litoral

*Javier Francisco AGA*

**Presidente del Congreso**

*Ricardo S. PRONO*

**Vicepresidentes del Congreso**

*María Cristina DE CÉSARIS*

*Mariano R. PRONO*

**Secretaria del Congreso**

*María Eugenia BASUALDO*

**Comité Académico****Presidente***Adolfo A. N. ROUILLON***Vicepresidente***Efraín Hugo RICHARD***Vocales***Daniel F. ALONSO**Juan A. ANICH**Carlos ANTONI PIOSEK**Miguel C. ARAYA**Martín ARECHA**Edgar J. BARACAT**Marcelo G. BARREIRO**Dolly BAUZA**Salvador Darío BERGEL**Gabriela F. BOQUIN**Luisa I. BORGARELLO**Adalberto BUSETTO**Claudio A. CASADÍO MARTÍNEZ**Eduardo N. CHIAVASSA**Héctor O. CHOMER**Ariel Á. DASSO**María Cristina DE CÉSARIS**José A. DI TULLIO**Juan M. DOBSON**Eduardo M. FAVIER-DUBOIS**Raúl A. ETCHEVERRY**Patricia FERRER**Horacio GARAGUSO**Silvana GARCÍA**Marcelo GEBHARDT**Germán E. GERBAUDO**Darío J. GRAZIABILE**Jorge D. GRISPO**Mario D. HOLAND**Francisco JUNYENT BAS**Aída KEMELMAJER de CARLUCCI**Ariel G. MACAGNO**Ángel L. MOIA**Carlos MOLINA SANDOVAL**Rubén R. MORCECIAN**Raúl NISMAN**Ricardo OLIVERA GARCÍA**Mariano R. PRONO**Miguel A. RASPALL**Roberto REGGIARDO**Horacio ROITMAN**Miguel E. RUBÍN**Fulvio G. SANTARELLI**Lucia SPAGNOLO**Gloria TORRESI**Darío TROPEANO**María E. UZAL**Lidia VAISER**Juan Carlos VEIGA**Marcelo VILLOLDO***Miembros de la Comisión Organizadora****Vocales***Daniel Fernando Alonso**Ángel Luis Moia**Javier R. Prono***Colaboradores***Victoria Ardoy**Georgina P. Benzo**Paula Cattelán**Emanuel Chiabo**Clarisa Di Stefano**Mariano Izquierdo**Ramiro Izquierdo**Rodrigo Izquierdo**Viviana Marín**Mónica Marinaro**Patricia Mazzi**Milagros Nigro**Laura Poletti**Josefina Prono**María Delia Prono**Gabriela Weidmann*

## AUTORIDADES DE LAS COMISIONES

### Comisión I. Presupuestos y principios de los concursos

**Miércoles 17 de octubre**

**Presidentes:** *Francisco JUNYENT BAS* y *Carlos MOLINA SANDOVAL*

**Vicepresidenta:** *Patricia FERRER*

**Relatora:** *Paula CATTELÁN*

**Jueves 18 de octubre** (por la mañana)

**Presidentes:** *Héctor CHOMER* y *Marcelo G. BARREIRO*

**Vicepresidenta:** *Dolly BAUZÁ*

**Relator:** *Luisa I. BORGARELLO*

**Jueves 18 de octubre** (por la tarde)

**Presidentes:** *Daniel ALONSO* y *Horacio ROITMAN*

**Vicepresidente:** *Javier A. LORENTE*

**Relator:** *Leonardo BALDUZZI*

**Viernes 19 de octubre**

**Presidentes:** *Marcelo GEBHARDT* y *Mario HOLLAND*

**Vicepresidente:** *Roberto REGGIARDO*

**Relatora:** *Patricia MAZZI*

### Comisión II. El concurso preventivo y otros medios de prevención de la quiebra

**Miércoles 17 de octubre**

**Presidentes:** *Miguel RUBÍN* y *Marcelo VILLOLDO*

**Vicepresidente:** *Verónica F. MARTÍNEZ*

**Relatores:** *Milagros NIGRO* y *Javier R. PRONO*

**Jueves 18 de octubre** (por la mañana)

**Presidentas:** *María E. UZAL* y *Lidia VAISER*

**Vicepresidente:** *Ariel G. MACAGNO*

**Relatora:** *María I. MICELLI*

**Jueves 18 de octubre** (por la tarde)

**Presidentes:** *Adalberto Busetto* y *Miguel RASPALL*

**Vicepresidenta:** *Flavia PASQUALINI*

**Relatora:** *Carolina FERRO*

**Viernes 19 de octubre**

**Presidentes:** *Gabriela BOQUÍN* y *Claudio CASADÍO MARTÍNEZ*

**Vicepresidente:** *José A. DI TULLIO*

**Relatores:** *Ricardo A. RUIZ* y *Clarisa I. DI STEFANO*

**Comisión III. La quiebra y otro procedimientos especiales de liquidación****Miércoles 17 de octubre****Presidentes:** *Darío J. GRAZIÁBILE***Vicepresidente:** *Juan Carlos VEIGA***Relatores:** *Laura POLETTI y Lucila PRONO***Jueves 18 de octubre (por la mañana):****Presidentes:** *Edgar BARACAT y Horacio GARAGUSO***Vicepresidente:** *Germán GERBAUDO***Relatores:** *Gabriela WEIDMANN y Ramiro IZQUIERDO***Jueves 18 de octubre (por la tarde)****Presidentes:** *Darío TROPEANO y Ángel MOIA***Vicepresidente:** *Rubén MORCECIAN***Relator:** *Fernando Javier MARCOS***Viernes 19 de octubre****Presidentes:** *Ariel A. DASSO y Gustavo ESPARZA***Vicepresidente:** *Eduardo N. CHIAVASSA***Relatores:** *Emanuel CHIABO y Mónica MARINARO***Comisión IV. Sindicatura Concursal****Miércoles 17 de octubre****Presidentes:** *Eduardo M. FAVIER DUBOIS y Lucía SPAGNOLO***Vicepresidentes:** *Jorge F. FUSHIMI y Viviana MARÍN***Relatores:** *Mariano IZQUIERDO y Victoria ARDOY***Jueves 18 de octubre (por la mañana)****Presidentes:** *Juan ANICH y Silvana M. GARCÍA***Vicepresidente:** *Raúl NISMAN***Relatores:** *Patricio PRONO y Rodrigo IZQUIERDO***Jueves 18 de octubre (por la tarde)****Presidente:** *Gloria TORRESI***Vicepresidente:** *Máximo MIR y Javier PRONO***Relatores:** *Roxana MARTIN y Martín STOLKINER***Viernes 19 de octubre****Presidente:** *Carlos R. ANTONI PIOSSEK***Vicepresidente:** *María Delia PRONO***Relatoras:** *Georgina P. BENZO y Josefina I. PRONO*

**ADHIEREN AL**  
**X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y**  
**VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA**

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.  
Asociación de Graduados de la Universidad Austral.  
Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la  
Provincia de Entre Ríos.  
Colegio de Abogados de Entre Ríos Sección Concordia.  
Colegio de Abogados de Rafaela 5ta Circunscripción Judicial.  
Colegio de Abogados de Reconquista 4ta Circunscripción Judicial.  
Colegio de Abogados de Rosario 2da Circunscripción Judicial.  
Colegio de Abogados de Santa Fe 1era Circunscripción Judicial.  
Colegio de Abogados de Venado Tuerto 3era Circunscripción Judicial.  
Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de Tucumán.  
Colegio de Graduados en de Ciencias Económicas de la  
Provincia de Santa Fe.  
Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la  
Provincia de Santa Fe.  
Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Entre Ríos.  
Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad  
Autónoma de Buenos Aires.  
Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Santa Fe.  
Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Mendoza.  
Departamento Derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca).

Facultad de Ciencias Económicas de la UNER.

Facultad de Ciencias Económicas de la UNL.

Facultad de Ciencias Económicas y Estadística de la Universidad Nacional de Rosario.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

Facultad de Cs. Económicas de la Universidad de Concepción del Uruguay (UCU).

Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe.

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Facultad Teresa de Avila de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Entre Ríos (Departamento de Derecho).

Fundación para el Estudio de la empresa (FESPRESA).

Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas (FIDAS).

Instituto Argentino de Derecho Comercial.

Instituto Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Paraná, Entre Ríos.

Universidad Notarial Argentina sede CABA.



## ÍNDICE

<b>Autoridades.....</b>	<b>2</b>
<b>Autoridades de las comisiones.....</b>	<b>4</b>
<b>Adhesiones.....</b>	<b>6</b>

### COMISIÓN III LA QUIEBRA Y OTROS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LIQUIDACIÓN

#### 1. Declaración de quiebra. Casos, presupuestos, recursos

<b>Legitimación de los acreedores para plantear la reposición contra la quiebra</b>	
<i>Sebastián Edgardo Almada.....</i>	<i>19</i>

<b>El reconocimiento judicial como hecho revelador en la quiebra voluntaria</b>	
<i>Daniel Fernando Alonso.....</i>	<i>25</i>

<b>Acerca de la necesidad de complementar la disposición del Código Civil y Comercial de la Nación que consagra la liquidación judicial del fideicomiso</b>	
<i>Analía Badaró y María Gloria Torresi.....</i>	<i>35</i>

<b>Régimen de extensión de la quiebra. Crisis del intituto. Bases para un debate necesario</b>	
<i>Omar Ricardo Berstein.....</i>	<i>43</i>

<b>Las sociedades simples y la extensión de la quiebra: reflejos del Código Civil y Comercial</b>	
<i>Eduardo Chiavassa y Sergio Gabriel Ruiz.....</i>	<i>51</i>

<b>Inhabilitación del fiduciario en la liquidación judicial del fideicomiso insolvente</b>	
<i>Silvana Mabel Garcia .....</i>	<i>59</i>

<b>El rechazo de la quiebra pedida por el deudor. Una postura minoritaria</b>	
<i>Patricia Laura Mazzi .....</i>	<i>69</i>

<b>¿El recurso de reposición contra la sentencia de quiebra y la necesaria ampliación de la legitimación activa. Posible inconstitucionalidad del art.94 L.C.Q.?</b> <i>Rubén R. Morcecian</i> .....	75
<b>Caso Fideicomiso Estrella del Sur: Análisis preliminar del cumplimiento de los requisitos sustanciales en el proceso de apertura de la liquidación judicial</b> <i>María Cristina Osso y María Silvia Vighenzoni</i> .....	87
<b>Prohibición de transferencia de acciones del socio fallido en la S.A.S.</b> <i>Alejandro H. Ramirez y Carlos E. Vanney</i> .....	95
<b>Buscando una alternativa a la insolvencia de las aseguradoras en la Argentina</b> <i>Gustavo Adrian Somoza López</i> .....	103
<b>La extensión de la quiebra al socio aparente</b> <i>Carlos E. Vanney</i> .....	111
<b>La extensión de la quiebra al socio unico de la S.A.S.</b> <i>Carlos E. Vanney</i> .....	119
<b>2. Procedimientos falenciales de recomposición patrimonial</b>	
<b>Plazos para demandar o declarar de oficio inoponibilidades concursales</b> <i>Mario A. Arruiz y Dario J. Graziabile</i> .....	127
<b>Algunas cuestiones atinentes al ejercicio de las acciones de responsabilidad en la ley 24.522</b> <i>Marcelo Barreiro</i> .....	135
<b>Juez competente en acciones de derecho común como mecanismos de recomposición patrimonial en la quiebra</b> <i>Carolina Ferro y Marcelo Barreiro</i> .....	149
<b>El incidente de investigación como causal de interrupción de la prescripción o hecho obstativo de la caducidad del derecho</b> <i>Gabriela Fernanda Boquin</i> .....	157
<b>La autorización de los acreedores para el inicio de acciones de responsabilidad por el síndico</b> <i>Luisa Isabel Borgarello y Jorge Fernando Fushimi</i> .....	161

<b>La inoponibilidad post falencial: trámite y plazo para su declaración judicial</b> <i>Eduardo Néstor Chiavassa y Sergio Gabriel Ruiz</i> .....	171
<b>¿Nos otorga nuestra ley una solución efectiva, eficaz y eficiente con la implementación de las Cooperativas de Trabajo?</b> <i>Ariel Dasso, Carolina Ferro y Laura Poletti</i> .....	181
<b>Acción concursal de responsabilidad en el proceso falencial del consumidor sobreendeudado</b> <i>María Cristina De Cesaris</i> .....	189
<b>Sindicatura concursal y acción de responsabilidad individual en la quiebra de sociedades sin activo</b> <i>Carlos Alberto Ferro</i> .....	197
<b>La Acción Revocatoria en el Derecho Concursal y en el Derecho Común</b> <i>Florencia Romina Gianfelici</i> .....	205
<b>La acción de responsabilidad concursal y sus alcances a partir del concepto de dolo que trae del Código Civil y Comercial</b> <i>Fernando Javier Marcos</i> .....	215
<b>Reglas de prelación entre el Código y la ley de concursos en materia de acciones de responsabilidad</b> <i>Fernando Javier Marcos</i> .....	227
<b>Actualización de la extensión de quiebra</b> <i>Marisol Martinez</i> .....	239
<b>La insolvencia fraudulenta y el inexcusable deber de reparar los daños</b> <i>María Indiana Micelli</i> .....	251
<b>Revocatoria concursal. Prueba del conocimiento del estado de cesación de pagos</b> <i>Lucio Mierez</i> .....	259
<b>La Transferencia de Fondo de Comercio ante la quiebra del enajenante</b> <i>Javier M. Mirande y Juan P. Orquera</i> .....	269
<b>Dolo en la responsabilidad concursal</b> <i>Carlos A. Molina Sandoval</i> .....	279

### 3. Modos de conclusión del proceso concursal

<b>Inconstitucionalidad de asignación de dividendos concursales caducos (art.224 LCQ) en la Quiebra. Beneficiario</b> <i>Adalberto Luis Busetto</i> .....	293
<b>Efectos liberatorios de la quiebra. En procura de una necesaria limitación</b> <i>Dario J. Graziabile</i> .....	303
<b>Los saldos insolutos en la liquidación falencial como deberes morales o de conciencia</b> <i>Fernando Javier Marcos</i> .....	311
<b>Adquisición activo falencial de la empresa por parte de una cooperativa de trabajo. El rol del juez</b> <i>Viviana E. Marin</i> .....	321
<b>Extensión temporal de la inhabilitación del fallido cuando la quiebra se clausura por falta de activo</b> <i>Patricia Laura Mazzi</i> .....	329
<b>El pago por tercero en la quiebra</b> <i>Ricardo Ruiz y Juan Pablo Orquera</i> .....	335
<b>Un importante avance en el avenimiento respecto a los intereses fiscales</b> <i>María Cristina Osso</i> .....	341
<b>Que pasa con la conclusión del concurso preventivo, ante la inexistencia de acreedores</b> <i>Mabel Cecilia Toniutti y Gabriela Verónica Trivisonno</i> .....	349
<b>4. Los privilegios en el concurso. Tratados internacionales</b>	
<b>Tratamiento de los intereses postconcursales de los acreedores laborales. Propuesta de lege ferenda</b> <i>Gabriel Marcelo Ail</i> .....	351
<b>El impacto de la ley 26.994 del nuevo Código Civil y Comercial en el régimen establecido por el art. 127 de la L.C.Q. y en particular respecto de las obligaciones contraídas en moneda extranjera por el fallido. El principio del nominalismo absoluto</b> <i>Alejandro Argento</i> .....	353

<b>Diálogo de fuentes y flexibilización del numerus clausus de los privilegios y preferencias en el cobro</b> <i>Gabriela Fernanda Boquin</i> .....	361
<b>El pago preferente que se reconozca a los llamados acreedores involuntarios no conlleva el otorgamiento de privilegio al crédito verificado.</b> <i>María Cristina De Cesaris</i> .....	367
<b>Aplicación de tratados internacionales al estado de distribución</b> <i>Gabriel de las Morenas</i> .....	371
<b>Los Acreedores Involuntarios. (Aquellos que nunca quisieron asistir a una cena empobrecida).</b> <i>Alfredo Alesio Eguiazu</i> .....	377
<b>¿Qué graduación corresponde a los intereses de los créditos laborales posteriores al concursamiento del deudor?</b> <i>Silvana Mabel García</i> .....	381
<b>Los acreedores involuntarios y la crisis del sistema de privilegios concursales. La necesidad de comprender el Derecho Concursal desde la Teoría General del Derecho: el diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Concursal</b> <i>Germán E. Gerbaudo</i> .....	391
<b>El privilegio laboral - las cooperativas de trabajo</b> <i>Mariano Hugo Izquierdo, Ramiro Izquierdo, Rodrigo Izquierdo y Mónica Guadalupe Marinaro</i> .....	403
<b>¿Superación del régimen de privilegios?</b> <i>Marisol Martínez</i> .....	411
<b>El costo de los derechos. ¿Por qué la vivienda única no está protegida frente a la quiebra?</b> <i>Alicia Susana Pereyra</i> .....	421
<b>El derecho a la vivienda, un derecho humano protegido por la Constitución y los Pactos Internacionales</b> <i>Alicia Susana Pereyra</i> .....	431
<b>¿Puede compensarse un crédito otorgado en adelanto con deudas del fallido?</b> <i>María Sol Santi</i> .....	437

<b>Sobre la necesidad de reformular el régimen de privilegios concursales en la legislación argentina</b> <i>Daniel Roque Vítolo</i> .....	445
---	-----

## COMISIÓN IV SINDICATURA CONCURSAL

1. Control de la administración concursal. Su actuación en la continuación de la empresa en quiebra

<b>Régimen disciplinario de la sindicatura concursal ¿Se aplica el principio de gradualidad o sólo el de proporcionalidad?</b> <i>Darío J. Graziabile y Claudio Alfredo Casadío Martínez</i> .....	459
---	-----

<b>Problemática del desempeño de la sindicatura concursal. Libros –registros contables- documentación - incautación de los mismos por parte del síndico concursal</b> <i>Inés Etelevina Clos</i> .....	467
---	-----

<b>El Síndico y el Plan de Negocios</b> <i>Lucila I. Prono, Manuel E. C. Prono y Patricio M. Prono</i> .....	479
---	-----

<b>Legitimación del síndico concursal en la acción de impugnación asamblearia</b> <i>Patricio M. Prono</i> .....	485
---	-----

<b>Informe general del síndico en concurso de sociedades</b> <i>Efraín Hugo Richard</i> .....	491
--	-----

2. Sindicatura y pronto pago de créditos laborales

<b>Informe del art. 14 inc 12. Inconvenientes en su realización</b> <i>Mariano Hugo Izquierdo, Ramiro Izquierdo, Rodrigo Izquierdo y Mónica Guadalupe Marinaro</i> .....	503
---	-----

3. Sindicatura y verificación de créditos. Informes

<b>La silenciosa novel factura de crédito electrónica MiPyMes. Cuando el silencio electrónico puede dañar tanto como la silenciosa electricidad</b> <i>Omar Ricardo Berstein</i> .....	511
---	-----

<b>Legitimación del síndico en la verificación de créditos</b> <i>Dario J. Graziabile y Nicolás J. Di Lella</i> .....	515
<b>La prescripción concursal a la luz de la reforma fiscal de la ley 27.430</b> <i>Jorge Fernando Fushimi</i> .....	523
<b>Verificación de créditos sustentados en títulos valores abstractos (Hay vida más allá de Diffry y Translínea).</b> <i>Jorge Fernando Fushimi</i> .....	535
<b>La verificación de los adherentes de un fideicomiso ante un proceso de liquidación judicial</b> <i>María Cristina Osso</i> .....	545
<b>Los intereses sobre deudas de autónomos y la importancia del planteo de su morigeración</b> <i>María Cristina Osso</i> .....	553
<b>La carga de verificar y la actividad inquisitiva del síndico</b> <i>Lucila I. Prono y Manuel E. Prono</i> .....	561
<b>Ley 27430 y la prescripción de los créditos fiscales en los concursos</b> <i>Miguel Ángel Raspall</i> .....	567
<b>Los contratos de derivados y pases frente a los concursos y liquidaciones. Régimen especial de la ley 27440 (Financiamiento Productivo)</b> <i>Miguel Ángel Raspall</i> .....	573
<b>4. Liquidación y distribución de bienes</b>	
<b>Legitimación del síndico para solicitar la desafectación del bien protegido por el régimen de protección a la vivienda del C.C.yC.</b> <i>Florencia Bollero</i> .....	585
<b>Interpretación del art. 208 L.C.Q.</b> <i>Gabriel de las Morenas</i> .....	589
<b>El síndico concursal y las divisas virtuales: valores susceptibles de incautación y liquidación</b> <i>Carlos Alberto Ferro</i> .....	591

**Incautación: Deber de la sindicatura***Lucila I. Prono, Antonio Garcia Villareal y Manuel E. Prono.....597***El decomiso de bienes provenientes del delito en el marco de un proceso concursal***Mariano Hugo Izquierdo, Ramiro Izquierdo, Rodrigo Izquierdo y Mónica Guadalupe Marinaro.....601***La liquidación del patrimonio fideicomitido debe estar a cargo de un síndico***Carlos A. Molina Sandoval.....607***Sentencia de quiebra recurrida y oportunidad de la liquidación falencial***Rubén R. Morcecian.....613***5. Honorarios****Armonización de límites a la regulación de los honorarios en la quiebra al concluir la realización***Daniel Fernando Alonso.....619***La garantía patrimonial de los acreedores por gastos del concurso***Leonardo David Balduzzi.....629***Ultraactividad del síndico vs. “fresh start” del fallido***Claudio Alfredo Casadío Martínez.....641***Bases y criterios aplicables a la regulación de honorarios de la Sindicatura en el proceso concursal***Cristian D. Escobar.....649***Actualización del pasivo para determinar el tope del cuatro por ciento***Federico G. Estrada.....659***El problema de los honorarios del síndico***Anibal Daniel Osuna.....665***Honorarios mínimos. Arts. 266 y 267 de la ley 24.522. Modificaciones propuestas***Martín Alejandro Stolkiner.....669***¿Se abolió la esclavitud?****Para los síndicos concursales creemos que no***Patricia Mirta Turniansky.....677*

## **COMISIÓN III**

---

### **LA QUIEBRA Y OTROS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LIQUIDACIÓN**

1. Declaración de quiebra. Casos, presupuestos, recursos
2. Procedimientos falenciales de recomposición patrimonial
3. Modos de conclusión del proceso concursal
4. Los privilegios en el concurso. Tratados internacionales



## 1. Declaración de quiebra. Casos, presupuestos, recursos

---

### Legitimación de los acreedores para plantear la reposición contra la quiebra

*Sebastián Edgardo Almada*

#### Sumario

La presente ponencia, luego de hacer un breve repaso histórico, pretende abordar la cuestión atinente a la legitimación de los acreedores para interponer el recurso de reposición frente al decreto de quiebra de su deudor. Luego de presentar diferentes posiciones doctrinarias, en pos de otorgar o no la mentada legitimación, se apunta directamente a la afectación constitucional que la restricción conlleva para este autor y se brindan argumentos para sostener esta afirmación. El objetivo de este trabajo es poner en evidencia que la distinción efectuada por el art. 94 de la Ley falimentaria es antojadiza y, como dijimos, afecta derechos de raigambre constitucional que no dejan otra opción más que decretar la inconstitucionalidad de la norma antes referida.

#### Introducción

El tema escogido obedece a la necesidad de otorgar a los acreedores nuevas herramientas para conservar su crédito y mejorar sus ya escasas expectativas de cobro en el proceso falencial. Proceso que en el caso del derecho argentino muchas veces parece que ha optado por priorizar al deudor frente al acreedor, no obviamente en forma expresa, pero a poco de cotejar las distintas vicisitudes que acontecen a lo largo del proceso, en el cual el legislador debió optar entre la protección del acreedor y algún otro derecho encontrado, en su mayor parte opta por este último (v. gr. En las acciones de recomposición patrimonial, donde incluyo la autorización de los acreedores y generó así un escollo prácticamente insalvable que las convirtió a aquellas en *rara avis* dentro de nuestro derecho). Sostenemos que algo similar acontece con el recurso de reposición

previsto en el art. 94 y siguientes de la Ley de Concursos y Quiebras, dado que no encontramos ningún elemento convincente para excluirlos como legitimados activos.

El fin de esta ponencia será demostrar que la solución dada por el artículo antes referido es equivocada, y además, de dudosa constitucionalidad.

### La cuestión a lo largo de los años en nuestro derecho

Como resulta claro, actualmente nuestra ley falencial regula a partir del Art. 94 el recurso de reposición o revocatoria contra la sentencia de quiebra directa forzosa, que busca dejar sin efecto la misma básicamente por inexistencia de los postulados tenidos en cuenta para su dictado, es decir, el estado de cesación de pagos y la concursabilidad del sujeto fallido. Los únicos legitimados son el propio fallido, cuando la quiebra ha sido decretada a instancia de un acreedor, y también por el socio con responsabilidad limitada, solidariamente responsable en virtud del tipo societario, cuando la sociedad que integra haya sido declarada en quiebra a pedido de un acreedor o por pedido de propia quiebra respecto de cuya decisión el recurrente no prestó conformidad. El trámite es incidental, es decir, que se desarrollará la oposición a través de un proceso de conocimiento pleno, dada la inexistencia de juicio de antequiebra.

Pero no siempre se tuvo la misma concepción en este tópico, porque tal como lo proyectaba la Ley Nacional de Bancarrotas de 1950 y el Proyecto de 1953, se admitía la revocatoria instada por el deudor o por cualquier otro interesado; y ello era así por la alta valoración que le había otorgado la mayor parte de la doctrina nacional de aquél momento a la *Legge Fallimentare* de Italia. Tal como lo cita Graziabile<sup>1</sup>, al respecto Raymundo Fernandez sostenía “*que se trata de un juicio universal y la sentencia declarativa produce efectos erga omnes; una vez firme ya nadie puede discutir su validez, ni pretender eludir sus efectos...*”, y también cita a la posición contraria, que pese a ser minoritaria, fue la que primó en la legislación siendo uno de sus exponentes Quintana Ferreyra, que decía que “*si bien es verdad que en razón de los efectos erga omnes que produce la sentencia, puede afectar intereses de terceros, también es*

<sup>1</sup> Graziabile, Darío J.; “*Instituciones de Derecho Concursal*”, Ed. La Ley, Bs. As., 2018, T. IV, pág. 418.

*cierto que el interés privado de los acreedores debe ceder ante el principio de la integridad del patrimonio que fundamenta numerosas disposiciones”.*

La amplitud en la legitimación había sido planteada con magistral destreza por Piero Pajardi<sup>2</sup>, quien sostenía que *“La universalidad del proceso ejecutivo especial falencial, la disponibilidad a favor de cualquier interesado del título ejecutivo constituido por la sentencia declaratoria de quiebra, la identificación originaria de su titularidad, la eficacia **erga omnes** de la sentencia y su idoneidad en consecuencia para perjudicar los intereses de quienquiera pueda sufrir un daño por sus efectos, se traducen en la legitimación “libre” a la proposición del juicio de oposición por parte del deudor y cualquier interesado...”*, y continúa afirmando, *“La calificación de “interesado” entraña, sin embargo, una oportuna restricción, también ella confirmatoria de la naturaleza de la impugnación... El interés es protegido en vista de la calificación legitimante y la calificación es protegida en cuanto exista interés...”*.

En la misma obra, en la sección dedicada a la integración al derecho nacional -efectuado por Marcelo Gebhardt<sup>3</sup>-, el autor también coincide de *lege ferenda* con Pajardi porque sostiene que la posición asumida en la legislación no tiene una demostración sólida, a pesar de ser claramente exigible para dar respaldo a una norma que cercena el marco de libertad impuesto por los principios generales del derecho. También hace mención el autor que abriendo el espectro de los legitimados no sólo se adherirá a la generalidad del derecho latinoamericano sino que se brindará un eficiente y concreto herramienta para la tutela de la empresa.

También existe doctrina actual que coincide con la modificación legislativa. Por ejemplo Chomer<sup>4</sup> al realizar el comentario a la Ley Concursal, a través en este caso de Guillermo Carreira Gonzalez, afirman que si bien la norma dispone claramente una legitimación restringida a los sujetos mencionados, están en un todo de acuerdo con la doctrina que promueve admitir la oposición a la sentencia de quiebra planteada por cualquier interesado, pero haciendo un análisis restringido del término, debiendo exhibir y probar un interés legítimo.

<sup>2</sup> Pajardi, Piero; *“Derecho Concursal”*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1991, T. I, págs. 421/423.

<sup>3</sup> Pajardi, Piero; ob. Cit., pág. 425.

<sup>4</sup> Chomer, Héctor Osvaldo (director); *“Concursos y quiebras. Ley 24.522. Comentada, anotada y concordada”*, Ed. Astrea, Bs. As., 2016, T. II, pág. 94/95.

Otro de los autores que ha cuestionado esta legitimación tan restringida ha sido Heredia<sup>5</sup>, quien en su tratado exegético ha manifestado también que, de *lege ferenda*, es de toda conveniencia la admisión de una legitimación amplia, porque si la sentencia de quiebra constituye una novedosa situación jurídica que afecta no sólo al fallido, sino también a los acreedores e inclusive a determinados terceros, no parece razonable dejar indefensos a estos últimos.

### Fundamentos para admitir una reforma

Si bien todo lo expuesto ya nos aproxima a una posición más dispuesta a concebir una reforma en este tópico, en este punto intentaremos agregar una cuestión más, ligada al aspecto constitucional. Y al respecto es dable señalar que otro de los tantos autores que ha tratado el tema ha sido Porcelli<sup>6</sup>, y para este autor, este recurso tiene como característica distintiva de otras formas conclusivas del proceso falencial, el hecho de apartar la aplicación del principio de “universalidad” del patrimonio del deudor estimando sólo la conflictividad jurídica de éste y los peticionantes de su quiebra. Esto significa que otros acreedores del mismo deudor, por causa o título anterior a la quiebra, quedan excluidos de participar, sin perjuicio de su derecho de poder instar nuevamente su declaración. Es decir, el proceso concluye sin afectar a los demás acreedores del ex fallido y sin que dicha conclusión les sea oponible. Y concluye el autor en que esta particularidad de la vía recursiva examinada deriva de la ausencia de participación de los demás acreedores en el citado proceso y tiene como basamento constitucional, el hecho que no se encontraron sometidos al mismo y no pudieron ejercer su defensa.

Ahora bien, nos permitimos disentir con lo expuesto por Porcelli, porque no culmina con su razonamiento en lo que hace al aspecto constitucional, ya que sólo aborda una hipótesis, cuál es la de que existieran otros acreedores de causa o título anterior dispuestos a

solicitar la quiebra, pero nada dice respecto de otros acreedores dispuestos a impugnar el decreto falencial por tener un interés concreto (por ejemplo en pos de mantener un mejor derecho en el tiempo

---

<sup>5</sup> Heredia, Pablo D.; “*Tratado exegético de derecho concursal*”, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2001, T. III, págs. 639/642

<sup>6</sup> Porcelli, Luis A.; “Sentencia de quiebra y recursos. Conflictividad y pago por terceros”, Publicado en *Revista La Ley*, 2006-D, pág. 1123.

al ser primeros embargantes), y respecto de los cuales, al prosperar la quiebra, nunca pudieron ejercer el mentado derecho de defensa y se ven alcanzados por los efectos del proceso universal que barre con su prioridad de cobro, conculcándose así su garantía constitucional.

Es que la defensa esgrimida para sostener la tesis restrictiva es muy endeble, ya que sostener que *“el interés privado de los acreedores debe ceder ante el principio de la integridad del patrimonio que fundamenta numerosas disposiciones”* es tan vago e indeterminado que en dicha enunciación podrían incluirse una innumerable cantidad de situaciones pero, creemos, no sirve para sostener una restricción tan clara al ejercicio de un derecho. Porque en definitiva, de lo que estamos hablando aquí es, de la posibilidad de que un acreedor mejore sus posibilidades de cobro a través de un proceso de ejecución colectiva en detrimento de otros que, por ejemplo, tengan alguna medida cautelar trabada con anterioridad, o de terceros interesados en mantener subsistente un contrato con el fallido y que frente a un pedido de quiebra extorsiva se beneficien de una acuciante situación patrimonial del deudor; y lo cierto es que, con aquella incorpórea remisión al principio de la integridad patrimonial estamos dejando sin posibilidad alguna de ejercer su derecho de defensa a otros acreedores o terceros interesados.

Y sólo hasta allí debería llegar la modificación, en otorgarles la posibilidad de ser parte en el contradictorio que se inicia con el recurso de reposición, para oponerse atacando los presupuestos de legitimidad de la sentencia declarativa, es decir, el objetivo atinente al estado de insolvencia, y el subjetivo, concerniente al carácter de sujeto concursable del deudor.

Por supuesto que se podría objetar qué pasa en el caso de que el propio deudor reconozca su estado de cesación de pagos, vía confesión por ejemplo, donde no tendría razón de ser el planteo del acreedor no peticionante o del tercero interesado, pero ésta como otras situaciones se darán *ex post*, y lo que aquí se está haciendo es conculcar *ex ante* la posibilidad de articular alguna defensa al progreso de una ejecución que afectará a la totalidad de los acreedores de causa o título anterior al decreto falencial.

Es en este aspecto donde vemos configurada una situación anómala, donde se realiza una distinción de legitimados carente de fundamentación y violatoria, por ende, de los artículos 16 y 17 de la Carta Magna. Como es de sobra conocido, la declaración de inconstitu-

cionalidad de una ley es la “*ultima ratio*” del orden jurídico, y solo puede ser pronunciada por los jueces cuando la contradicción con la carta magna resulta evidente e inequívoca para resolver el concreto conflicto de intereses sometido a su decisión.

En este caso se aprecia una discriminación infundada, dado que no se trata de una cuestión de conveniencia o inconveniencia que pueda predicarse del art. 94 de la LCQ, sino una finalidad que se advierte irrazonablemente procurada mediante el texto impugnado y que no otorga ninguna otra posibilidad para el afectado más que quedar alcanzado por la apertura del proceso universal liquidativo. Así, siempre en relación a la pretendida violación de la garantía relativa a la igualdad ante la ley, consagrada por el art. 16 de la C.N., es muy copiosa la jurisprudencia del Alto Tribunal en el sentido de que la garantía de la igualdad no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considera distintas, con tal que la distinción no sea arbitraria ni importe privilegios indebidos, aunque su fundamento, conveniencia o mérito resulte opinable, cuestión que queda fuera de análisis para el juzgador. Pero aquí, como ya hemos expuesto, no se evidencia en modo alguno la diferencia en la situación, por cuanto todos los acreedores de causa o título anterior a la sentencia de quiebra quedarán subsumidos en el proceso universal, y sólo el deudor puede plantear el recurso de reposición concursal. Aquí se configura la afectación al art. 16 de la Carta Magna.

Y como consecuencia de ello, a renglón seguido se afecta el art. 17 de la misma carta fundamental, por la conculcación del derecho constitucional de propiedad, dado que aquéllos acreedores que se encontraban con mejores expectativas de cobro, incluso por ser más diligentes en obtener la traba de ciertas medidas cautelares en su favor, por el sólo hecho del decreto de quiebra quedarán en igual e incluso peor situación que otros, y sin posibilidad alguna de recurrir a alguna otra posibilidad recursiva.

## **El reconocimiento judicial como hecho revelador en la quiebra voluntaria**

*Daniel Fernando Alonso*

### **Sumario**

El art. 86 de la ley 24.522, relativo al pedido de quiebra directa voluntaria, dispone que la omisión de los requisitos que deben acompañar a la presentación no obsta a la declaración de quiebra. Una primera lectura de la norma aludida permite interpretar que ella consagra que la presentación del pedido por el propio deudor, explicando las causas concretas que condujeron su situación patrimonial a la insolvencia (art. 11 inc. 2), implica la confesión judicial del estado de cesación de pagos (art. 1) a través del hecho revelador previsto en el art. 79 inc. 1 LCQ. Ante ello cabe preguntarse si el pedido de quiebra por el deudor, aún sin cumplir los requisitos, es constitutivo del “reconocimiento judicial” de su estado de cesación de pagos y si, en consecuencia, el juez debe, sin más, declarar la quiebra voluntaria.

### **Ponencia**

- 1.- En el pedido de quiebra voluntaria, el régimen vigente admite la posibilidad del no cumplimiento de la totalidad de los requisitos de la presentación (art. 86), sin que ello autorice la declaración de quiebra en ausencia del presupuesto objetivo concursal (art. 1).
- 2.- El tenor literal del art. 86 no implica que el juez carezca de facultades para analizar si se reúne al menos un hecho revelador -entre los enumerados en el art. 79 o uno no enumerado-.
- 3.- El solo hecho de peticionar la declaración de la propia quiebra -es decir, el pedido y los dichos del mismo- no puede considerarse, sin más, como constitutivos del “reconocimiento judicial” previsto

como hecho relevante en el art. 79 inc. 1 LCQ.

## I.- Introducción al conflicto y objeto de esta ponencia

El art. 86 de la ley 24.522 (B.O.: 09.08.1995)<sup>1</sup> -en adelante, LCQ-, relativo al pedido de quiebra directa voluntaria dispone en su primer párrafo que el mismo “se debe acompañar con los requisitos indicados en el art. 11 incs. 2, 3, 4 y 5 y, en su caso, los previstos en los incs. 1, 6 y 7 del mismo, sin que su omisión obste a la declaración de quiebra”. La norma ha sido entendida como consagratoria de que la presentación del pedido por el propio deudor, explicando las causas concretas que condujeron su situación patrimonial a la insolvencia (art. 11 inc. 2), implica la confesión judicial del estado de cesación de pagos a través del hecho revelador previsto en el art. 79 inc. 1 LCQ. De tal interpretación se sigue que ello conduce sin más a la declaración de quiebra, de lo que no podrá ya el deudor desistir “salvo que demuestre [...] que ha desaparecido su estado de cesación de pagos” (art. 87, último párrafo, LCQ).

Ante lo expresado: ¿debe considerarse que el pedido de quiebra por el deudor implica el reconocimiento judicial de su estado de cesación de pagos y, en consecuencia, declararse la quiebra?

El objeto de la presente ponencia es debatir la respuesta a este interrogante. Por ello, dejamos asentado que la misma no pretende dar solución definitiva a todos los supuestos fácticos, ni tampoco tratar –y menos resolver- otros interrogantes relacionados con los deberes y facultades del juez a la hora de decidir la declaración de quiebra directa y ponderar el cumplimiento de los requisitos legales.

## II.- El supuesto a analizar en el marco concursal

### *El estado de cesación de pagos*

Inicialmente, resulta oportuno recordar que la legislación concursal tiene naturaleza “excepcional porque se aplica sólo en situaciones de insolvencia judicialmente declarada; o sea cuando hay proceso concursal abierto”.<sup>2</sup> Por ello, sólo y en la medida de la aplicación de la ley concursal pueden exceptuarse los principios del derecho común, siendo estos desplazados por la normativa de excepción.

<sup>1</sup> Hoy vigente con las modificaciones introducidas por ley 25.563 (2002), 25.589 (2002), 26.086 (2006), 26.684 (2011) y 27.170 (2015), entre las principales.

<sup>2</sup> Adolfo A. N. Rouillon, *Régimen de concursos y quiebras*. 17ma. ed. Buenos Aires, Astrea, 2016. p. 14.

Consecuente con esta naturaleza de legislación excepcional, el legislador se ha ocupado de definir los presupuestos de su aplicación. En el caso del legislador argentino, tal cometido ha sido abordado en los arts. 1 y 2 LCQ.

En lo que aquí interesa, la ley ha definido que “[e]l estado de cesación de pagos... es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los arts. 66 y 69” (art. 1, primer párrafo, LCQ).<sup>3</sup> La exégesis de la literalidad de la norma es interpretada en el sentido de que la apertura de los procedimientos concursales, sea concurso preventivo o quiebra, requiere de la previa comprobación de la reunión de ciertos presupuestos. Así, se ha dicho que “para abrir un concurso preventivo o para declarar una quiebra, los jueces [...] deben comprobar que el patrimonio de ese sujeto está en la condición crítica económico financiera que constituye la premisa de la apertura concursal; condición que técnica y legalmente se denomina estado de cesación de pagos”.<sup>4</sup>

#### *La relación entre el art. 1 y el art. 86 LCQ*

Frente a ello, el art. 86 LCQ no se presenta como una excepción al presupuesto objetivo. Ello es así no sólo porque no se haya incluido en mención expresa al final del primer párrafo del art. 1 LCQ -puesto que existen otras excepciones en la ley que no se encuentran allí previstas-, sino porque requiere expresamente el acompañamiento por el deudor peticionante de los requisitos indicados en los incisos 2, 3, 4 y 5. Tal requerimiento en cierto modo acota el margen de la apreciación judicial, máxime cuando se compara su primer párrafo con el equivalente del art. 89 de la ley antecesora. En efecto, mientras la antigua norma empleaba el término “se admite su petición”, sin referir antes a los requisitos que debían acompañar a la misma, la actual reza “sin que su omisión obste a la declaración de quiebra”. Es decir, el texto anterior parecía subrayar una inexorable declaración de quiebra, mientras el actual resalta que la omisión no puede ser fundamento para el rechazo de la petición.

Por ello, aunque resulte una realidad frecuente que “la sola presentación del deudor requiriendo la apertura de su concurso preventivo o quiebra, en la práctica judicial argentina, [suela] ser suficiente demostración de la existencia de los presupuestos de los concursos

---

<sup>3</sup> La norma vigente exhibe el agregado, respecto de su predecesora (art. 1 de la ley 19.551 -B.O.: 08/05/1972-), de la expresa referencia a algunas excepciones al presupuesto objetivo, entre las que no contempla al art. 86 LCQ.

<sup>4</sup> Rouillon, *op.cit.*, p. 18.

voluntariamente solicitados”,<sup>5</sup> debe decirse que tal práctica no puede esgrimirse desconociendo que la norma del art. 86 LCQ “no obsta a la facultad del juez de ordenar las medidas de impulso de la causa y de investigación que fueran necesarias”.<sup>6</sup> Es que nos encontramos frente a un presupuesto -el objetivo- cuyo cumplimiento el juez debe analizar y que la referida norma -que, obsérvese, nada dice respecto de excepcionar el art. 1 de la misma ley- no autoriza a prescindir.

#### *Del cumplimiento de los requisitos al cumplimiento del presupuesto objetivo*

Dicho esto, debe distinguirse entre el cumplimiento formal de los requisitos del pedido y el cumplimiento sustancial de los mismos, y también entre el cumplimiento formal de los requisitos y el cumplimiento del presupuesto objetivo de acceso al procedimiento falencial. Es decir, no tomándose el supuesto como excepción al referido presupuesto, cabe interpretar que el régimen vigente admite la posibilidad del no cumplimiento de la totalidad de los requisitos de la presentación en el pedido de quiebra, sin por ello autorizar que medie ausencia del presupuesto objetivo.

Por ello, para analizar la existencia o no del estado de cesación de pagos, como presupuesto objetivo para la apertura del procedimiento falencial, debemos referirnos a los hechos reveladores del mismo. Allí aparece el debate respecto de la relevancia del reconocimiento del deudor de su estado de cesación de pagos, es decir, el debate del mismo como hecho revelador por excelencia.

### **III.- Los hechos reveladores del estado de cesación de pagos**

Inicialmente, debe resaltarse que el art. 79, titulado “Hechos reveladores”, que replica exactamente a su antecesor art. 86 de la ley 19.551, encabeza el tema diciendo “pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros”. En este sentido, ciertamente los hechos enunciados no tienen el carácter de prueba tasada, resultando que su expresión enunciativa permite concluir que puede no haber cesación de pagos aún acaeciendo uno de los hechos enumerados.<sup>7</sup> Al respecto, cabe traer a colación lo expresado en la *Exposición de Motivos* elaborada por la Comisión integrada por los Dres. Héctor Alegría, Francisco Quintana Ferreyra

<sup>5</sup> *Idem*, 26.

<sup>6</sup> Darío J. Graziabile, *Régimen concursal. Ley 24.522*. T. III. Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 145.

<sup>7</sup> Rouillon, *op.cit.*, p. 189.

y Horacio P. Fargosi que redactara el Proyecto de la ley 19.551, donde se dice que “[l]os arts. 85 y 86 complementan el art. 1. En ellos se determinan los hechos que pueden acreditar la cesación de pagos y aunque se indican con precisión algunos de ellos, no debe entenderse como enumeración taxativa ni como una enunciación que, en algún supuesto, necesariamente obligue al juez a declarar la quiebra”. Sigue el documento diciendo que “[e]s criterio de la Comisión acordar al juez una amplia facultad de apreciación respecto de la existencia del presupuesto de la cesación de pagos, incluso ordenando las medidas que estime necesarias para ello”.<sup>8</sup> Atento la existencia de estas facultades, el juez debe analizar si se reúne al menos un hecho revelador -entre los enumerados en el art. 79 o uno no enumerado- y, entonces ponderar si, efectivamente, tal hecho implica que el peticionante se encuentre en estado de cesación de pagos.

#### **IV.- El reconocimiento como hecho revelador del estado de cesación de pagos**

El primer inciso del art. 79 LCQ establece como hecho revelador del estado de cesación de pagos, el “reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor”. Debe repararse que del tenor literal de la norma se desprende que para tener por acreditado el hecho revelador, debe mediar “reconocimiento judicial o extrajudicial” y que el mismo debe ser efectuado por el propio deudor, lo que excluye a su representante salvo facultades expresas.<sup>9</sup>

##### *El reconocimiento en nuestro derecho*

El reconocimiento “es declarativo y no constitutivo de derechos. Por medio del reconocimiento, según está legislado en nuestro derecho, sin agregarle ni quitarle nada, se admite una obligación que existe y tal cual existe”.<sup>10</sup> En otros términos, mediante el reconoci-

<sup>8</sup> Ver, punto 48.

<sup>9</sup> Debe recordarse que el CCyCom (aprobado mediante Ley 26.994 (Sanción: 01/10/2014 - Promulgación: 07/10/2014 - Publicación: B.O.: 08/10/2014 - ADLA 2014-E, 3554), conserva en su art. 375 inc. g lo antes previsto en el art. 1881 inc. 17 del Código Civil. Ello implica establecer la necesidad de otorgamiento de facultades expresas a fin de estar habilitado para reconocer “obligaciones anteriores al otorgamiento del poder”. Asimismo la norma dispone expresamente que “las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva”, por lo que no pueden interpretarse las expresiones genéricas usualmente vertidas en los instrumentos de mandato como comprensivas de tal facultad. Parecería insuficiente también la inclusión de la expresión que autoriza el “pedido de concurso preventivo y/o quiebra”.

<sup>10</sup> Pedro N. Cazeaux – Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*. t.

miento se declara –reconoce– una obligación existente, tal cual existe: causa fuente, monto exacto, fecha en que se contrajo la obligación. Por eso, se ha dicho que “[p]ara tener viabilidad jurídica, el reconocimiento debe incluir, pues, la causa de la obligación original, la importancia, su monto o importe y la fecha en que se la contrajo”.<sup>11</sup>

Desde una perspectiva procesal, debe recordarse que “la confesión es la declaración que hace una parte respecto de la verdad de hechos pasados, relativos a su actuación personal, desfavorables para ella y favorables para la otra parte”.<sup>12</sup> En similar sentido, se ha dicho también que “la confesión consiste, por parte de aquel contra el cual se alega un hecho, en reconocer la exactitud del mismo”.<sup>13</sup> Ello armoniza con aquello de que “[l]a confesión es una institución procesal en la que hay una declaración contra sí mismo: contra se pronuntia-tio. En el reconocimiento, considerado en sus efectos probatorios, se advierte por los autores que habría una declaración contraria al interés de quien la formula”.<sup>14</sup>

Lo antedicho conlleva la contracara que puede sintetizarse en las palabras de Couture, cuando afirma que “nadie puede hacer por sí mismo, prueba en su favor”, profundizando el concepto aseverando que “[s]i el que tiene que demostrar la verdad de su proposición pudiera por sí mismo crear la realidad apta para confirmarla, el juicio carecería de razón suficiente. En ese caso, proposición y la razón de la proposición tendrían un mismo origen: la voluntad del proponente o pretensor. Se juzgaría la proposición por la misma voluntad del proponente y no por la realidad exterior, idónea para confirmarla”.<sup>15</sup>

### *El reconocimiento en el derecho concursal*

Yendo a los procedimientos concursales, debe recordarse aquello de que “...a diferencia de los juicios dispositivos donde el *thema decidendum* pertenece a los litigantes y las confesiones de los mismos

---

II, 4ta ed. aumentada y actualizada por José M. Cazeaux. Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 819, párrafo 1292.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 821, párrafo 1294.

<sup>12</sup> Lino Palacio, *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 452.

<sup>13</sup> François Ghorpe, *Apreciación judicial de las pruebas*. Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 168.

<sup>14</sup> Cazeaux – Trigo Represas, *op.cit.*, p. 840, párrafo 1318. Sobre la diferencia puede verse también: Raymundo Salvat, *Derecho civil argentino*. 6ta. ed., t. II. Buenos Aires, TEA, 1953, p. 169, párrafo 1041b.

<sup>15</sup> Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ra. ed. Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 489.

ponen fin a los pleitos”,<sup>16</sup> en el ámbito concursal media el principio de universalidad y los efectos se expanden no sólo sobre el reconociente sino también sobre sus acreedores.

Por ello, aún cuando pueda decirse que “en la propia Ley de concursos hay disposiciones en materia de prueba o de carga probatoria, las cuales, en el caso concreto, prevalecerían por sobre las disposiciones generales de los ordenamientos rituales y posiblemente influirían sobre la confesión”,<sup>17</sup> también lo es que ello se ejemplifica con casos que operan todos con el procedimiento concursal abierto -arts. 32, 119, 122, 117 y 282 LCQ-.<sup>18</sup>

#### *El “reconocimiento judicial” implicado en el pedido de quiebra*

De lo antedicho se desprende que, recurriendo a la integración del ordenamiento positivo como un todo coherente y armónico (art. 2 LCQ), no puede considerarse que el solo hecho de petitionar la declaración de quiebra pueda tener el valor de reconocimiento en nuestro derecho.

Ello es así, primeramente, por cuánto -como hemos visto en la doctrina civilista citada- en nuestro derecho, el reconocimiento es declarativo -y no constitutivo- de derechos y se admite cuando una obligación existe y tal cual existe, indicando sus accidentes.

Segundo, porque - como hemos visto en la doctrina procesal - el reconocimiento conceptualmente refiere a hechos pasados “desfavorables” para quien reconoce y “favorables” para la otra parte.<sup>19</sup> En este sentido, confesar es reconocer la exactitud de un hecho que se alega contra el confeso, es decir, se declara contra sí mismo, en declaración contraria al interés de quien lo formula.<sup>20</sup>

Es que efectivamente, se encuentra sabiduría en las afirmaciones -ya citada- de Couture, quien afirma que “nadie puede hacer por sí mismo, prueba en su favor” y en que “[s]i el que tiene que demostrar la verdad de su proposición pudiera por sí mismo crear la realidad

<sup>16</sup> Julio César Rivera – Claudio Alfredo Casadío Martínez – José Antonio Di Tullio – Darío J. Graziabile – Carlos Enrique Ribera. *Derecho concursal*. T. I. Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 295, con cita a CCivCom, Mendoza, “Ledi SA p/ conc prev”, del 21/05/2003.

<sup>17</sup> Gustavo Esparza, “La confesión en el derecho concursal. Apuntes para su estudio”. *RDCO* 2010-B, 19 – Raúl Etcheverry-Francisco Junyent Bas – directores-, *Summa Concursal*, T. I. Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 126.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Palacio, *op.cit.*, p. 452.

<sup>20</sup> Cfr., Cazeaux – Trigo Represas, *op.cit.*, p. 840, párrafo 1318. Salvat, *op.cit.*, p. 169, párrafo 1041b.

apta para confirmarla, el juicio carecería de razón suficiente”.<sup>21</sup>

Tercero, por la particular fuerza que este último argumento toma en el derecho concursal y ante el pedido de quiebra voluntaria. Es que si se interpreta que basta pedir la propia quiebra para que se tenga por acreditado el presupuesto objetivo que habilita a declararla, sería precisamente asimilar y confundir la presentación del pedido de quiebra con la quiebra en sí, interpretación que luce ajena al derecho falencial argentino, tanto para el concurso preventivo como para la quiebra. En efecto, tal interpretación resultaría incongruente con diversos aspectos del sistema concursal, como por ejemplo, entre otros, el inicio de los efectos de la quiebra, la definición de los créditos alcanzados (cfr. art. 200) y con la disposición expresa del art. 87 LCQ, que subordina el desistimiento por el fallido de su quiebra voluntaria a que haya demostrado “que ha desaparecido el estado de cesación de pagos”.

Cuarto, si bien no puede valorarse a la quiebra, ni aún a la voluntaria, como un beneficio para el peticionante, ciertamente en el presente la misma es un vehículo útil para obtener cierta protección frente a los acreedores. Resulta cierto que existe un interés jurídicamente tutelado, reconocido al deudor, de solicitar su propia quiebra “para poner fin a la situación de insolvencia y, luego de la rehabilitación, dejar de computar en su patrimonio las cargas anteriores insatisfechas”.<sup>22</sup> De ello son prueba los elevados números de quiebras directas voluntarias declaradas a solicitud de personas humanas que, frecuentemente, no tienen activos para realizar y sólo cuentan con su salario.<sup>23</sup>

#### *El quid del pedido de quiebra como único hecho revelador*

Finalmente, cabe preguntarse ¿qué procede cuando el pedido de quiebra voluntaria no incluye acreditación de otro hecho revelador, idóneo para tener por acreditada la cesación de pagos?

En estos casos, en que sólo existe la mención de estar en cesación de pagos, “si bien la confesión tiene estatus legal por el art. 79 inc. 1,

<sup>21</sup> Couture, *op.cit.*, p. 489.

<sup>22</sup> Adolfo A.N. Rouillon y Verónica Gotlieb, “Comentario al art. 86” en Adolfo A.N. Rouillon –director- y Daniel F. Alonso –coordinador-. *Código de Comercio comentado y anotado*. T. IV-B. Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 73.

<sup>23</sup> No alcanza esta ponencia ha referirse a los distintos aspectos del preocupante tema del “sobreendeudamiento del consumidor”, cuyos múltiples desafíos humanos y jurídicos han merecido ocupación de doctrina y jurisprudencia, sin haber obtenido hasta el presente solución que pueda considerarse satisfactoria.

tal carácter es de presunción legal”.<sup>24</sup> Entiendo por tanto que ella no implica un “reconocimiento judicial” que por sí solo habilite el tener por acreditado el presupuesto objetivo. En otros términos, es necesario aportar otros elementos para acreditar el estado de cesación de pagos, no bastando los meros dichos del peticionante sin siquiera documentación respaldatoria.

En síntesis, volviendo a Couture, debe recordarse que empleando las reglas de la sana crítica -que “consisten en su sentido formal en una operación lógica” y que son “reglas del correcto entendimiento humano”-<sup>25</sup> concluyo que debe rechazarse el pedido de quiebra cuando sólo contiene una explicación de causas que llevarían a un estado que se invoca como de insolvencia, pero sin acompañar pruebas de la efectiva existencia de deudas contraídas por el deudor, ni acreditar ningún hecho revelador previsto en el art. 79 LCQ, ni ningún otro hecho que permita tener por acreditado el presupuesto objetivo previsto en el art. 1 LCQ. Los dichos del presentante deben dirigirse a acreditar hechos reveladores y no puede admitirse que el único hecho revelador sea lo interpretado como reconocimiento a través del hecho revelador aludido en el art. 79 inc. 1 LCQ.

## V.- Conclusión y ponencia

Nos hemos dedicado a la relación entre el pedido de quiebra voluntaria, el presupuesto objetivo concursal y la acreditación del mismo. Para ello, analizamos las normas concursales afines y recordamos conceptos propios del derecho civil y procesal. Bajo esa luz, proponemos que:

- 1.- En el pedido de quiebra voluntaria, el régimen vigente admite la posibilidad del no cumplimiento de la totalidad de los requisitos de la presentación (art. 86) sin que ello autorice la declaración de quiebra en ausencia del presupuesto objetivo concursal (art. 1).
- 2.- El tenor literal del art. 86 no implica que el juez carezca de facultades para analizar si se reúne al menos un hecho revelador -entre los enumerados en el art. 79 o uno no enumerado-.
- 3.- El solo hecho de peticionar la declaración de la propia quiebra -es decir, el pedido y los dichos del mismo- no puede considerarse, sin más, como constitutivos del “reconocimiento judicial” previsto como hecho relevante en el art. 79 inc. 1 LCQ.

<sup>24</sup> Esparza, *op.cit.*, p. 124.

<sup>25</sup> Couture, *op.cit.*, p. 270/271.



## **Acerca de la necesidad de complementar la disposición del Código Civil y Comercial de la Nación que consagra la liquidación judicial del fideicomiso**

*Analía Badaró y María Gloria Torresi*

### **Sumario**

Debemos reconocer el avance que significó la regulación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al establecer específicamente que la liquidación del patrimonio fiduciario se realizara por vía judicial. Se consagro así la tendencia que se venía avizorando en las resoluciones de nuestros tribunales.-

Sin perjuicio de ello, la regulación legal trajo aparejado nuevos interrogantes y conflictos.-En particular observamos que dejar en manos del juez la elección acerca de la pertinencia de las normas de la ley de concursos y quiebras a aplicar al procedimiento de liquidación judicial del fideicomiso, puede aparejar soluciones diferentes para las mismas situaciones, en perjuicio de la seguridad jurídica e incluso vulnerando el principio constitucional de igualdad ante la ley.-

Ello, sumado a la proliferación de la figura del fideicomiso y la eventual insuficiencia de fondos de los mismos, requiere de una regulación específica sobre el procedimiento a aplicar en la liquidación del patrimonio fideicomitado, objetivando cuales son las “normas pertinentes”.<sup>1</sup>

Atento a la decisión del legislador de no incluir el patrimonio fiduciario como sujeto concursable, la solución debería venir de la mano

---

<sup>1</sup> C.C.C.N., art. 1687 3er.parr.:”...La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos previstos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que seas pertinente.”

del dictado de una ley especial o simplemente de la incorporación de mayores precisiones en la vigente ley No.24441. En definitiva se requiere un marco regulatorio que permita la aplicación de los principios concursales: universalidad, colectividad, justicia distributiva, igualdad de trato.

## I. Antecedentes

La ley 24441, antes de su modificación por el nuevo CCCN, disponía que la insuficiencia de bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, no daría lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procedería su liquidación a cargo del fiduciario, a quien se le encomendaba la enajenación de los bienes y la entrega del producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra.

Es decir que la liquidación del patrimonio fideicomitado se encontraba totalmente privatizada y los acreedores a merced de la voluntad del reconocimiento del crédito y de pago del fiduciario/liquidador.-No existía un medio coercitivo para que terceros interesados pudieran liquidar el patrimonio, se encontraban sujetos a la voluntad del fiduciario, violando preceptos constitucionales.-

La doctrina criticaba seriamente el art.16 LF, advertía de la inseguridad jurídica que acarrea el sistema y los jueces comenzaron a resolver positivamente las solicitudes de liquidación judicial <sup>2</sup>

Entre otros, así lo expresaba con claridad meridiana Junyent Bass, refiriéndose a la norma arriba citada, *“Tal como se advierte hablando de insuficiencias “la normativa” es de una “pobreza” llamativa pues, el precepto se limita a vedar la quiebra, nada predica de los remedios preventivos y parece realizar una opción por la vía “extrajudicial” realmente patética por las “lagunas jurídicas” que conducen a una serie de dudas y perplejidades”*<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Fideicomiso Berrycoms/Liquidacion Judicial Juz 1ra.Inst.Distrito CC 6ta Nom. Rosario;-Fideicomiso Calle Chile 2286/96/96 s/Liquidacion Judicial Juz.Nac Com No.17 Sec.34 LL 14/02/12; Fideicomiso Ordinario Fidag Sala E CNAComercial LL 12/05/11

<sup>3</sup> Junyent BassLa “insuficiencia” del patrimonio fideicomitado a la luz del art. 16 de la ley 24.441 El trámite liquidatorio: ¿Un proceso “extrajudicial” o “paraconcursal”?

En igual sentido se pronunciaba Lisoprawsky *“La ley 24.441 excluye el patrimonio fideicomitado del régimen del concurso preventivo y la quiebra, supliéndolo con un sistema inorgánico de liquidación del patrimonio separado en crisis. El fideicomiso sufre la ausencia de normas específicas que contengan y encaucen racionalmente la liquidación forzosa de los bienes fideicomitados, cuando éstos son “insuficientes” para responder “...por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso.”. Hasta tanto se produzca una solución legislativa que ponga fin a esta peligrosa anomalía, no queda más remedio que examinar los problemas que genera e intentar soluciones creativas para llenar el vacío legal”.*<sup>4</sup>

## II. El problema

El nuevo Código trajo una solución intermedia entre la privatización absoluta y la liquidación judicial, como está prevista en el mismo.- No obstante la regulación actual deja innumerables vacíos, demasiados interrogantes.-

Si bien se buscó darle elasticidad a la norma permitiendo que el juez sea quien determina la normas pertinentes,-como dice Lorenzetti, en función de las diferentes clases de fideicomiso de que se trate, bienes involucrados, cantidad de beneficiarios y acreedores involucrados<sup>5</sup>,- como contrapartida crea un marco de inseguridad jurídica ante la posibilidad de que idénticas situaciones sean resueltas de manera diametralmente diferentes.-

<sup>6</sup>Esta locución, “en lo que sea pertinente”, lejos de fijar un marco claro y preciso respecto de las normas que resultarían aplicables a los supuestos de insolvencia del fideicomiso, ha otorgado una amplia libertad a los magistrados para establecer, en cada supuesto específico, qué disposiciones de la ley concursal se muestran más idóneas de acuerdo al fideicomiso que deba liquidarse. Al mismo tiempo y, como contrapartida, esta amplitud permite abrir un abanico de diversas interpretaciones que podrían derivar en

<sup>4</sup> Lisoprawsky Silvio El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario.- 20/10/2005

<sup>5</sup> Lorenzetti Ricardo Luis .CCCN comentado Tomo VIII pag.231 Edit. Rubinzal Culzoni

<sup>6</sup> Larrondo, Evangelina - Wetzel, Fernando La aplicación de las normas concursales al fideicomiso  
LL AP/DOC/43/2017

conclusiones totalmente disimiles, según el significado que cada magistrado le asigne.

Los parámetros indicados: bienes involucrados, cantidad de beneficiarios, cantidad de acreedores etc. son circunstancias que se presentan en la totalidad de los procesos concursales por lo que no debería justificar una norma tan abierta e indeterminada.-

Por otra parte, cuando el art. 1687 CCCN hace referencia exclusivamente al procedimiento, no brinda un marco regulatorio de tutela adecuada para los principios concursales, en especial el principio de igualdad y universalidad. Es necesario contar con un marco regulatorio que permita la aplicación de principios concursales: universalidad y colectividad, justicia distributiva e igualdad de trato.

Es cierto que el nuevo código en parte resolvió el problema existente en cuanto a la liquidación del fideicomiso, acogiendo el criterio de liquidación judicial que distintos tribunales del país venían permitiendo, mas no fue suficiente.-

### **III. Una regulación específica debe resolver al menos**

#### **. Legitimación para solicitar la liquidación**

**El fiduciario:** Sin duda alguna, atento a que es el titular del dominio fiduciario, éste es el legitimado principal, que deberá acreditar la insuficiencia de los bienes fideicomitidos, y la inexigibilidad, conforme normas contractuales, a fiduciantes y beneficiarios de proveer de nuevos recursos para atender a las obligaciones del fideicomiso. Por otra parte es quien está en mejores condiciones de evaluar la insuficiencia del patrimonio fideicomitado.

**Fiduciantes, beneficiarios:** No obstante, ante la inacción del legitimado principal, tanto los fiduciantes como los beneficiarios pueden solicitar la liquidación judicial, acreditando los mismos presupuestos previstos para el fiduciario.

**Acreedores del fideicomiso:** En cuanto a la posibilidad de los acreedores de ser sujetos legitimados para solicitar la liquidación judicial, estos también podrían impulsar la liquidación judicial probando , como cualquier acreedor, la insuficiencia de bienes fideicomitidos, la exigibilidad de su crédito.-Dicha pretensión deberá ser sustentada conforme la aplicación de los arts. 84 LCQ.- Es en dicha oportunidad donde el fiduciario, aparte de inexistencia de los presupuestos

mencionados, podría invocar y probar las normas contractuales que le proveerían de nuevos fondos al fideicomiso.-

#### . La persona del liquidador

Hay que superar la posición de alguna doctrina y fallos judiciales que resolvieron que el fiduciario sea quien lleve adelante la liquidación de los bienes del patrimonio fideicomitido.<sup>7</sup> Existe una eventual conflicto de intereses, por ej., ante las acciones de responsabilidad. No parece adecuado que, quien posiblemente haya mal administrado los bienes, tenga la idoneidad necesaria para decidir el modo más eficiente de liquidar los bienes.

Sin duda alguna debería ser un síndico concursal designado de las listas de Síndicos, los encargados de llevar adelante la tarea de liquidación dado que, en razón de su especialidad técnica e imparcialidad, son los más idóneos para la función.<sup>8</sup>

Autores como el Dr. Ricardo Prono han afirmado la razonabilidad de designar a este órgano, no sólo por ser auxiliares técnicos de la Magistratura, sino también por la especificidad de los procedimientos de verificación de créditos y de conservación, administración, liquidación y distribución de bienes y cumplimiento del régimen de privilegios concursales contemplados en la LCy Q<sup>9</sup>

Además, siendo que el art. 1687 indica al juez que debe fijar un procedimiento acorde a las normas previstas para concursos y quiebras nos resulta claro que la persona indicada para actuar en este proceso liquidativo es quien se ha especializado en la materia, y podrá, sin duda, hacer una correcta aplicación de dichas normas-

#### . Consolidación del pasivo

En pos del resguardo del principio de igualdad y universalidad indispensables para proteger el interés de los acreedores el procedimiento informativo previsto en la ley concursal resulta de aplicación ineludible. El reconocimiento judicial de cada crédito

---

<sup>7</sup> Fideicomiso Montevideo I Juzgado 33 Conc. Y Soc. Cordoba. Resuelve que la liquidación se lleve a cabo por órgano conformado por Fiduciaria y un co administrador.-Fideicomiso calle Chile 2286/94/96 Juz.nac.Com.No.17 Sec.34 se liquida por la fiduciaria y un co-liquidador.-

<sup>8</sup> En ese sentido resuelven: Fideicomiso Holmberg 3924 Juzg.Nac.Com.9Sec.18 y Fideicomiso Inmobiliario Laguna del Sauce Juzg.Nac.Com.9 Sec.17

<sup>9</sup> Prono, Ricardo "algunas reformas en la insuficiencia patrimonial del fideicomiso" LL 2016 A-662

será requisito para participar en la distribución del producido de la liquidación, respetando el control multidireccional .-Deberá hacerse una comunicación a todos los acreedores, quienes podrán/deberán presentarse ante el liquidador con la documentación necesaria para acreditar su crédito, un periodo de observación de los créditos , informe individual y general, que permita determinar las posibles responsabilidades de quienes tuvieron a su cargo la administración de los bienes fideicomitidos, hoy insuficientes para cumplir el objeto del fideicomiso.- El recurso de revisión será imprescindible a la hora de garantizar el derecho de los participantes, ya sea acreedores o fiduciaria.-

. La situación del fiduciario: efectos personales, inhabilitación, responsabilidad

Respecto de la situación de la persona del fiduciario, la amplitud de la regulación legal nos plantea algunos insoslayables interrogantes. Particularmente, nos referimos a la posibilidad de decretar la inhabilitación de la persona –jurídica o humana- del fiduciario, como consecuencia de la resolución judicial de liquidación del fideicomiso.

Algunas decisiones judiciales como también doctrina especializada, se han pronunciado por la pertinencia y/o conveniencia de tal inhabilitación<sup>10</sup>.

Sin embargo, nos inclinamos por afirmar que, con el actual texto legal, dicha inhabilitación no sería factible, sin perjuicio de su eventual conveniencia o razonabilidad, en ciertos casos en particular.

En efecto, el art. 1687 del CCyCN expresamente indica que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones contraídas en su ejecución, no da lugar a su declaración de quiebra. La inhabilitación es un efecto personal propio de la declaración de quiebra, aplicable según la LC tanto a la persona del fallido como a quienes hubiesen integrado sus órganos de administración. Al no existir quiebra, no parece viable que el juez interviniente pueda considerar pertinente la aplicación del instituto de la inhabilitación falencial.

Al importar la inhabilitación falencial una grave restricción a los derechos subjetivos y libertades de la persona del fiduciario, sólo sería factible su aplicación, mediando una declaración de quiebra o

---

<sup>10</sup> García Silvana Mabel, "Liquidación judicial del fideicomiso insolvente. ¿Inhabilitación falencial del fiduciario?, La Ley 25.11.16. 1

con una norma expresa que así lo indicara. De lo contrario, tal efecto personal no sería tolerable desde el punto de vista constitucional. Es que el consabido principio de legalidad formalizado en el art. 19 de la CN claramente requiere de la sanción de una ley expresa para privar a los ciudadanos de sus derechos. En el caso de la persona fallida o de sus administradores, el legislador impuso tal restricción, como efecto personal inmediato y fundamental de la declaración de quiebra de un sujeto. La interpretación analógica resulta inadmisibles. En el caso, estaríamos en presencia de la liquidación de un patrimonio, no de la quiebra de una persona humana o jurídica.

En todo caso, si se considerara conveniente la inhabilitación del fiduciario, en orden a sancionar y/o prevenir mayores daños, tal efecto debería ser consagrado normativamente, en la eventual regulación legal que propiciamos. De lo contrario, nos resulta inadmisibles por no existir declaración de quiebra y por la grave restricción a los derechos de la persona humana o jurídica involucrada.

En nuestra opinión, al encontrarnos frente a la liquidación de un patrimonio, no deberían aplicarse efectos personales al fiduciario; con la salvedad del deber de cooperación que deviene de su propio rol, del deber de actuar con diligencia y de las facultades que posee el juez en un proceso para convocar a las partes<sup>11</sup>.

Finalmente consideramos conveniente prever la aplicación de las acciones del art. 173 LC, dado que las mismas brindan una herramienta más por sobre las normas de derecho común en cuanto a la reparación del daño.

---

<sup>11</sup> En la provincia de Santa Fe, tal facultad está prevista en el art. 19, que habilita al juez a requerir a las partes las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito. Incluso en el proyecto de Reforma del Código Procesal presentado recientemente en la legislatura, se reiteran tales facultades oficiosas del juzgador, para cualquier tipo de proceso, habilitándolo -para mejor proveer- a ordenar cualquier diligencia no prohibida por el Derecho, que estime conducente al esclarecimiento de los hechos, a obtener mayor rapidez y economía y evitar toda forma de abuso procesal. Normas similares existen en diversos códigos procesales del país.

#### **IV. Conclusion**

Si bien el art. 1687 CCCN faculta al juez a fijar el procedimiento de la liquidación sobre las normas previstas para concursos y quiebras, no puede entenderse que dicha remisión importe únicamente una disposición de carácter procesal que sólo habilite al juez a echar mano a las normas procesales de la ley 24.522. Dicha interpretación resultaría insuficiente para dar solución a múltiples situaciones que podrían presentarse en la liquidación de un patrimonio en fideicomiso. Además, pensar que el juez puede dejar de lado los principios concursales y las normas sustanciales de la Ley de Concursos resulta cuanto menos asistemático. Una regulación especial conforme auspiciamos, contribuiría a brindar un marco de seguridad jurídica y respeto de los principios concursales ante la necesidad de liquidar judicialmente un fideicomiso.

## **Régimen de extensión de la quiebra. Crisis del instituto. Bases para un debate necesario**

*Omar Ricardo Berstein*

### **Sumario**

A través del presente, se pretende colocar en el banquillo del acusado, al sistema de extensión previsto por nuestro ordenamiento concursal vigente, en pos de analizar su situación actual, su utilidad y utilización, así como la necesidad de su mantenimiento, reforma o eliminación.

Ello pues, como se desarrolla en el presente, la práctica pone de manifiesto las deficiencias de la aplicación del instituto, así como sus consecuencias negativas, a más de sus ineficiencias en el logro de los objetivos en pos de los cuales fuera instaurado por el legislador concursal.

Sin perjuicio que el fin del trabajo es el planteo de la problemática, para motivar el debate y la confrontación de ideas, en pos del logro de mejores soluciones, no evadimos brindar nuestra opinión sobre el futuro que debe deparársele a la extensión.

Es así que, convencidos de la necesidad de repensar el instituto, así como de la inexistencia de vacas sagradas en nuestro derecho concursal, no nos atemoriza postular su suplantación en pos de mecanismos de mayor eficiencia, de aplicación simplificada, y de limitadas consecuencias negativas, a través de un reforzamiento y simplificación del sistema de acciones de responsabilidad concursal.

## **La actualidad del (¿innecesario?) régimen de extensión de la quiebra. Bases para un debate necesario.**

### **Introducción**

El presente trabajo pretende volver la atención sobre un instituto señero de nuestro ordenamiento concursal, como es la extensión de la quiebra, a efectos de analizar su actualidad, utilidad y necesidad, en la realidad jurídico-económica nacional.

Al respecto, nos centraremos en los supuestos previstos por el art. 161 de la Ley 24.522 –en el entendimiento que su análisis segmentado se posibilita en virtud de los distintos fundamentos y finalidades que inspiran dicha norma, respecto del supuesto de extensión automática–.

Esta reflexión se encuentra inspirada en la observación de la práctica tribunalicia y la realidad económica vivenciada, especialmente en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, donde se observa que, no obstante las intenciones del legislador (y doctrinarios), no se aprecia que exista una utilización habitual del instituto, ni que las consecuencias (en aquellos excepcionales casos en que sí se emplea) resulten positivos o deseables.

Por tanto, adelantamos desde ya nuestra postura al respecto, sosteniendo la necesidad del replanteo del sistema de extensión de quiebra, en pos de su sustitución por un modelo reforzado y más amplio de responsabilidad de administradores, socios y terceros, que garantice en forma adecuada los intereses de la pluralidad de sujetos involucrados y afectados por las quiebras.

### **La normativa vigente en materia de extensión de la quiebra. La diferencia entre los supuestos de extensión previstos.**

Para iniciar el análisis propuesto, ineludible resulta la cita de las normas involucradas en el análisis pretendido. Así, el artículo 160 LCQ establece en lo que aquí interesa: *“Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen*

*retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso”.*

Por su parte, el artículo 161 LCQ norma: *“Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende: || 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores; || 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. || A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: || a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; || b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso. || 3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos”.*

Del propio texto de las normas puede inferirse el distinto fundamento que presenta en cada caso la extensión, así como la naturaleza que la misma reviste para los sujetos involucrados.

Al respecto, y sin mayor esfuerzo, se ha razonado que la extensión –de tipo automático– que se encuentra prevista en el art. 160 resulta una consecuencia –podríamos decir, una conclusión lógica– del régimen de responsabilidad, y la naturaleza de la misma de aquellos sujetos que resultan ilimitadamente responsables respecto de una persona de existencia ideal. Encontrándose en cesación de pagos la sociedad o ente por cuyas obligaciones responden sin limitaciones, la norma en cierta forma “presume” que también lo está el sujeto responsable, por cuanto en caso contrario, si no estuviera imposibilitado su patrimonio, éste habría atendido las deudas, y no se habría producido la cesación de pagos de la entidad ideal en primer término<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Al respecto, también se ha señalado que “El artículo 160 LCQ, no trata sobre

O podría pensarse también en la situación del socio “in bonnis” que no asiste económicamente a la sociedad –para evitar su infracapitalización- y pretende evadir su responsabilidad solidaria e ilimitada. En ambos supuestos nos encontramos frente a una “responsabilidad refleja indefectible”. También podríamos pensar –en otra etapa de la modificación que se propone-, en la eliminación de éste tipo de culpa objetiva, tema que excede éste trabajo pero que no se descarta. Mas muy distinta es la situación de los supuestos contemplados en el art. 161, pues en estos casos, lejos de presentarse como una derivación directa del régimen de responsabilidad por deuda ajena, aquí la normativa impone la extensión como una forma de sanción<sup>2</sup> frente a conductas dolosas del sujeto pasivo de la extensión, realizadas en perjuicio del patrimonio del fallido, y en beneficio propio.

Mediante tal sistema “sancionatorio” el legislador ha pretendido hacer pesar la cesación de pagos producida, facilitada o agravada por el obrar doloso de los sujetos previstos en la norma, sobre sus causantes, pero no ya mediante un sistema de responsabilidad con alcance limitado al daño producido, sino haciendo pesar la totalidad de los efectos de la quiebra sobre los mismos. Es decir, fija una forma de responsabilidad potenciada o agravada, a más de ilimitada. Las diferencias señaladas, -que no son las únicas, pero sí fundamentales-, permiten sostener la posibilidad de efectuar un tratamiento y análisis separado de ambas situaciones, cuestión reconocida por la doctrina especializada<sup>3</sup>.

---

*la pertinencia de la extensión de quiebra en mérito a conductas o situaciones que la ley reputa no valiosas, que deben ser juzgadas a través de un proceso de conocimiento pleno, sino que parte de un principio objetivo y de toda razonabilidad que estima que también se encuentra en cesación de pagos el socio ilimitadamente responsable de un sujeto en quiebra. Si el patrimonio del fallido principal en este caso, se revela insolvente para atender las obligaciones de que se trate, lo es finalmente, porque también es insolvente el patrimonio de quién asumió sin limitación alguna la responsabilidad por las obligaciones contraídas por la fallida principal. El presupuesto de la declaración de quiebra —esto es la cesación de pagos— se entiende acreditado sin más, en ambos casos” (Pantín, Patricio, “Extensión de quiebra: proporcionalidad entre medio y fin. Necesidad de adecuación del instituto”, publicado en LA LEY 2008-E , 778)*

<sup>2</sup> Reconocemos que la identificación de la extensión de quiebra como una forma de “sanción”, no resulta unánime en la doctrina, habiendo sido estimada como “medida autoevasión” (Guadalupe Vázquez, “La extensión de quiebra: ¿Una medida antievasión?”, publicado en Sup. Act. 15/07/2010 , 1), o incluso como “acción resarcitoria” (Manóvil, Rafael, “Grupos de sociedades”, p. 1102).

<sup>3</sup> A más de lo ya expuesto, y a modo ilustrativo, véase Truffat, Edgardo Daniel, “Sobre la extensión de quiebra” publicado en LA LEY 2004-E , 137.

En virtud de lo expuesto, en los apartados próximos, nuestro análisis se hallará referido exclusivamente a aquellos supuestos de extensión contenidos en los términos del art. 161 y concordantes de la Ley 24.522, es decir, aquellos supuestos en que la extensión de la quiebra surge como sanción frente a conductas dolosas de determinados sujetos y descubiertas por el accionar del síndico, acreedores o terceros.

### **La (limitada) utilidad del 161 LCQ en la práctica.**

Advertimos (y seguimos observando en el ejercicio de la profesión) como, al igual que en numerosos otros casos de nuestro derecho, en la extensión de quiebra, la intención del legislador al sancionar la normativa, choca con la realidad de su aplicación concreta.

Sostenemos ello pues hemos tenido oportunidad de constatar -en no pocas ocasiones-, que el instituto de la extensión de quiebra (cuando no se trata de un supuesto de aplicación automática, previsto en el art. 160), directamente no es utilizado, o bien, en aquellos contados casos en que se intenta el tránsito del engorroso incidente de extensión, son aun más reducidos los supuestos donde se obtiene una sentencia favorable a la pretensión “extensionista”, y aun más excepcional (por no decir ya, ilusorios) el caso en que dicha extensión logra algún resultado positivo<sup>4</sup>.

Debemos aclarar, el objetivo último de este instituto tiende a lograr cierto equilibrio en la distribución de los perjuicios y pérdidas derivados de los procesos falenciales. Ello se logra, en última instancia, y como objetivo final, mediante la liquidación de los bienes del fallido por extensión, de forma tal que su excedente se pueda destinar a atender los pasivos del fallido principal (al cual se estima que se le produjo un perjuicio, traducido en una disminución patrimonial, y de la consecuente garantía de los acreedores).

Ahora bien, lograr una sentencia favorable que disponga una exten-

---

<sup>4</sup> Al respecto, señala Chomer que “*lo primero que debería evaluarse es si el patrimonio que se pretende atrapar tiene la virtud de ser suficiente para saciar lo desatendido ... Pero ese análisis de conveniencia nunca se hace y muchas veces, los acreedores se embarcan en demandas aventuradas que luego no prosperan o que aún extendida la quiebra, no resuelven el problema porque no hay bienes suficientes para pagar el pasivo. Con lo que, tras ello, en lugar de tener una quiebra inconclusa por faltar activo, tendremos dos quiebras sin bienes y habrá sido estéril la extensión*”. (Chomer, Héctor Osvaldo, “Dos breves consideraciones sobre la extensión de quiebra: su conveniencia y prueba”, publicado en DCCyE 2013 (febrero), 71)

sión de quiebra por las causas y en los términos del art. 161 no es cuestión sencilla (especialmente en materia de prueba del aspecto subjetivo de la conducta desplegada por el tercero), y lo cierto es que aún de lograrse tal sentencia, nada asegura que una vez obtenida la sentencia de quiebra respecto del fallido por extensión, los bienes de su patrimonio puedan ser suficientes, no ya sólo para atender su propios pasivos, sino que además exista un remanente, y que el mismo alcance para sanear en alguna mínima medida el pasivo del concursado principal.

Aquello -que desde la teoría misma se presenta como improbable-, en la práctica en la mayoría de los casos, directamente es mera ilusión, producto de las maniobras de deudores inescrupulosos, que no dudarán durante la tramitación del incidente -y aún con anterioridad- en disminuir su patrimonio de toda forma posible, en pos de desbaratar los derechos de acreedores propios y ajenos (no obstante las medidas cautelares que pudieran adoptarse, y que en no pocos casos resultarán tardías).

Y aún en el supuesto de lograrse el tan ansiado resultado, el famoso remanente a distribuir entre los acreedores del deudor principal, aquella solución arribará necesariamente tarde, pues en el caso habrá de estarse a la conclusión del incidente, la firmeza de la sentencia dictada en el mismo (lo que por sí sólo insume años), para luego proceder a dar curso a un proceso falencial íntegro y nuevo, dentro del cual habrá de procederse a la realización de los bienes, y luego de lograda la misma, aguardar hasta concluir con la distribución en el marco de dicho proceso, para luego recién poder distribuir el eventual remanente que haya podido existir, entre los acreedores del primer fallido, cuyos créditos habrán perdido todo valor real (producto del perverso juego entre la suspensión de intereses, y los procesos inflacionarios y devaluatorios que atraviesa nuestra economía cíclicamente).

A ello, cabe agregar incluso que mucho más perjudicial puede resultar la situación en que, producto de la extensión de la quiebra, deba formarse una masa única (conf. art. 167), donde los acreedores de la quiebra primigenia, verán reducida su participación y postergada su expectativa de cobro, en proporción a los pasivos del fallido por extensión, pudiendo encontrarse con privilegios y acreencias “sorpresivas”, que absorban el activo unificado.

Concluido el trajín, nos encontraremos que, producto del tránsito del proceso de extensión de quiebra, los acreedores habrán percibido

poco y tarde (lo que en muchos casos equivaldrá a nada), pero con la “ventaja” de haber eliminado un sujeto económico adicional, con las repercusiones negativas que toda eliminación de un agente económico presenta para el crédito y la macroeconomía, a más de agravarse el riesgo del temido “efecto contagio” de los procesos falenciales.

En definitiva, la única finalidad que puede advertirse en dicho accionar, y que no surge explicitada en la normativa, pero que podría considerarse implícita, es el de lograr una profilaxis de la economía, mediante la eliminación de elementos negativos para el comercio, a través de la remoción de un factor de riesgo, como son estos sujetos de conductas dolosas que perjudican patrimonios ajenos con su accionar.

Sin embargo, aún si estimamos ello como un fin deseable, existen mecanismos más efectivos y eficientes, a más de considerar que mejor que curar es prevenir, lema que no es exclusivo de la medicina, y al cual no es ajeno el derecho. Un sistema preventivo más eficiente, o un sistema represivo de dichas conductas, aplicable y aplicado, sería mucho más eficaz en el logro de un fin semejante. Pretender lograrlo a través de la figura de la extensión de quiebra, es depositar demasiadas esperanzas en un instituto que no ha dado muestras de merecerlas.

A todo lo hasta aquí expuesto, podríamos agregar aun otras dificultades derivadas tanto de la regulación normativa que ha merecido el instituto, así como de su aplicación práctica.

Asimismo, es notoriamente limitado el menú de situaciones que habilitan la extensión de la quiebra, así como las dificultades que en materia probatoria se presentan, para la acreditación de los extremos fácticos habilitantes de la vía, y del elemento subjetivo doloso comprendido en cada caso. Todo ello, en un marco de neto tinte sancionatorio, que impone tanto una interpretación restrictiva de las normas involucradas, como así también un análisis estricto de las probanzas.

### **Regimen sancionatorio propuesto**

Sin dudas, los actos dolosos del socio en cuestión deben ser sancionados y para ello creemos adaptables las normas de los arts. 173 a 176 de la LCQ y arts. 274 a 279 de la ley de Sociedades Comerciales, debiéndose incluir al socio junto a los administradores y represen-

tantes de la sociedad como legitimados pasivos de las acciones de responsabilidad patrimonial.

De esa manera se circunscribirá el reclamo al daño causado y la venta de los bienes del responsable, se limitará a los necesarios para satisfacer los saldos insolutos de la quiebra principal. Nos alejamos así del supuesto de extensión, universal, colectivo, farragoso, eterno y claudicante para reemplazarlos por un sistema moderno de responsabilidad limitada.

## **Conclusiones**

Arribados al cierre del presente trabajo, nos vemos en la necesidad de aclarar que no se ha pretendido abordar íntegramente el problema, sino señalar y dejar sentados los puntos por los cuales, estimamos humildemente, que debe transitar un debate serio y honesto sobre la vigencia, necesidad y utilidad de los sistemas de extensión de quiebra como forma de sanción de conductas dolosas. Sí estimamos haber dado suficientes fundamentos que permitan reconocer la actual existencia de la mentada necesidad de replantearse la conveniencia y utilidad del sistema de extensión vigente, así como de la búsqueda de soluciones más eficaces y eficientes, frente a las impotencias patrimoniales producidas, instadas, agravadas o facilitadas mediante conductas dolosas.

Nuestra intención, asimismo se ha orientado a brindar puntos de debate para una eventual discusión sobre el punto. Y asimismo, nos atrevemos a formular una apreciación en pos a futuras soluciones, señalando que consideramos más ventajoso un reforzamiento del sistema de responsabilidad de administradores, socios y terceros, en el marco de los procesos concursales, así como la facilitación del inicio y tramitación de procesos de tal naturaleza, que permita una verdadera reparación (o cuanto menos disminución) de las consecuencias dañosas de la conducta desplegada.

## Las sociedades simples y la extensión de la quiebra: reflejos del Código Civil y Comercial

*Eduardo Chiavassa y Sergio Gabriel Ruiz*

### **Abstract**

La ponencia analiza el impacto de la reforma a la Sección IV de la Ley General de Sociedades en la interpretación de la extensión automática de la quiebra, concluyendo que dicho régimen es inaplicable para las sociedades simples.

### **1. Sociedades simples en la Ley General de Sociedades**

#### **a. Introducción**

Todo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno a las sociedades irregulares y de hecho luego de la sanción de la ley 19.550, marcaba dos cuestiones fundamentales a considerar: la regularización, inexistente en 1972 pero que luego fue incorporada con la ley 22.903, y la no oponibilidad de las reglas internas para las relaciones intrasocietarias, aspecto que la ley 26.994 finalmente modificó.

Pero si en la práctica existía un supuesto tan claro y contundente en el cual nadie dudaba de su comprensión en el art.160 L.C.Q. eran las sociedades de hecho y las irregulares. Hasta el mismo articulado disponía la *no subsidiariedad*.

Sin embargo, ante la unificación del Derecho Privado, se pensó en una solución omnicompreensiva para todas aquellas sociedades con algún defecto o imposibilidad de encuadrarlas en los tipos sociales de la ley 19.550. Esta especie de cajón de sastre, ha dado lugar a las sociedades que cuesta definir: se ha dicho residuales, anómalas, simples o el interminable “Sociedades de la Sección IV”. Con la pre-

vención de no asimilarlas a las sociedades simples italianas, preferimos esta denominación.

Tal mixtura y diversidad de situaciones previas, que tan claras eran para el operador jurídico previo a la reforma, ha producido reflejos claros y otros no tantos, todos ellos de notable sensibilidad y repercusión práctica.

El nudo gordiano, sin dudas, pasa por la variación del régimen de responsabilidad: el principio es la *mancomunación*.

Como expresaba el maestro Otaegui, la extensión es el fruto de la conjunción de los regímenes societarios y concursales.

En materia societaria, por responsabilidad *ilimitada* se entiende que los socios responden con todo su patrimonio por las deudas sociales, sin posibilidad de limitar su responsabilidad; por *solidaridad* se hace referencia a la forma en los socios *entre sí* responden por las deudas sociales, pero no con la sociedad pues ahí entra a jugar la *subsidiariedad* o no como carácter.

#### **b. La sociedad civil**

Respecto de estas sociedades, existía una disputa interpretativa acerca de la posibilidad de extender automáticamente la quiebra a los socios.

Nos detenemos en ellas pues en materia de responsabilidad se hacía referencia a la mancomunación.

En general se negaba esta alternativa con fundamento en que si bien el socio responde ilimitadamente por las obligaciones sociales, lo era por su porción viril<sup>1</sup>.

Pero también se menciona la posición de Spota sobre el particular, en donde el acreedor social podía perseguir su crédito de los patrimonios de los socios hasta su plena satisfacción pero sin que se pueda sustentar la división en porciones viriles<sup>2</sup>.

El art.1751 del Código Civil estipulaba que si alguno de los socios no pagase, por insolvencia, la cuota que le correspondiese en la deuda social, se observará lo dispuesto en el artículo 1731. En tanto, este artículo en su segundo párrafo disponía que todos los socios están obligados a esta indemnización, a prorrata de su interés social; y la

<sup>1</sup> OTAEQUI Julio, La extensión del quiebra, Abaco, 1996, Bs.As., pág.50

<sup>2</sup> SPOTA Alberto, Contratos, Depalma, 1982, vol.VII, pág.182.

parte de los insolventes se partirá de la misma manera entre todos.

En el caso Galvez<sup>3</sup>, se trataba de una sociedad civil de hecho y se le extendió la quiebra a los socios, resolución que fue confirmada por el Máximo Tribunal de Justicia de la Provincia de Tucumán. Es interesante su lectura pues precisamente, en parte de los argumentos utilizados por el Tribunal de apelación se da cuenta del juego interpretativo que se efectuó de aquellos dispositivos legales.

Más allá de las críticas que se podrían efectuar a la solución legislativa de la ley 26.994, lo cierto es que en la actualidad estas sociedades están incluidas en la Sección IV, y se les aplica dicha normativa.

### c. Otras sociedades simples

El artículo 17 L.G.S. establece que las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal.

En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo.

Elementos esenciales tipificantes son aquellos caracterizantes de cada tipo social, generalmente referidos al régimen de responsabilidad de los socios, la estructura de los órganos y las participaciones societarias. También podría tratarse de una mezcla de los requisitos caracterizantes de dos o más tipos sociales.

En este sentido, se ha producido un cambio de paradigma totalmente acorde a los modernos tiempos que transcurren. La rigurosidad del texto de la ley 19.550 había sido criticada. El principal efecto de la nulidad derivada del vicio en sus elementos tipificantes es que la

---

<sup>3</sup>CSJTucumán, sala civil y penal, Gálvez Hnos. o Gálvez Fernández Hnos. Soc. c. de hecho, 20/02/2006, LLNOA 2006, 531: *"... El núcleo argumental de la sentencia en crisis es que los integrantes de la sociedad civil de hecho "Gálvez Hnos." responden ilimitadamente por las deudas de la sociedad concursada, por cuanto, según emerge de la compulsión de autos, asumieron expresamente esa responsabilidad; y, por consecuencia, pueden ser considerados ilimitadamente responsables a los efectos de la extensión de la quiebra. Partiendo de esta premisa, la sala de instancia señaló que la extensión automática de la quiebra procede cuando el socio responde con todo su patrimonio por todo el pasivo, con independencia de la asunción originaria o devenida de la ilimitación de responsabilidad..."*

sociedad debía liquidarse conforme las disposiciones de los arts. 101 a 112 LS. Como consecuencia de ello, la nulidad no puede ser invocada por los socios para desconocer las obligaciones sociales, y éstos responden solidaria e ilimitadamente por las mismas al desaparecer el tipo social. Asimismo, los socios responden por las consecuencias dañosas resultantes de la nulidad, y en caso de quiebra, la misma debe ser declarada respecto de los socios y no de la sociedad.

No desconocemos la posibilidad de otros supuestos dentro de la Sección IV, pero entendemos que estos son los más importantes a considerar.

## 2. ¿Hay extensión de la quiebra en virtud de art.16o L.C.Q.?

En el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal que tuvo lugar en el año 2015 en la ciudad de Villa Giardino, el tema concitó el desarrollo de una Comisión con el debate de interesantes ponencias, como así también de participaciones de igual tenor en el debate.

Podemos extraer algunas pautas sobre el tema, conclusiones que por supuesto, tienen la característica de ser provisorias pues deben ser considerados los primeros estudios fundados y precisos sobre el tema.

JUNYENT BAS - CHIAVASSA, comentando el entonces Proyecto de Reformas al Código de Vélez, afirmaron tempranamente que no existiría la posibilidad de extender la quiebra en los términos del art.16o L.C.Q., por el cambio que se avecinaba al art.24 L.G.S.<sup>4</sup>.

BARREIRO<sup>5</sup> ha llegado a esta conclusión luego de ponderar el esquema del cambio de responsabilidad y la definición del Código Civil y Comercial, en su art.825, respecto a las obligaciones mancomunadas (Es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya.)

A la misma conclusión arriba Marisol MARTINEZ quien considera que a estas sociedades de la Sección IV no se les puede extender la quiebra como principio general, salvo los supuestos que expresa-

---

<sup>4</sup> Tratado de los Conflictos Societarios, Director: Diego Duprat, Edición 2013, Abeledo Perrot

<sup>5</sup> BARREIRO Marcelo, La virtual desaparición de la extensión automática de quiebra del art.16o L.C.Q., en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, Libro de Ponencias, T.IV, pag. 307 y ss.

mente prevé la ley de solidaridad.<sup>6</sup>

Para Agustina LÓPEZ REVOL y María Victoria SÁNCHEZ<sup>7</sup>, no es posible la aplicación del instituto de extensión de quiebra automática prevista en el art. 160 L.C.Q. a los socios que las integran, salvo que se presente alguno de los supuestos de excepción previstos en el art. 24 LGS.

Por su parte, BOQUIN ha afirmado que la quiebra de estas sociedades implica la quiebra refleja conforme el art.160 L.C.Q., fundándose principalmente en el hecho de la ilimitación de la responsabilidad de los socios, la que pese a ser mancomunada, no cambia en este aspecto la cuestión referida al art.160 que expresamente hace referencia a la ilimitación de responsabilidad<sup>8</sup>.

PALAZZO defiende lo que se podría considerar una postura intermedia, en donde al subsistir socios que deben responder con todo su patrimonio ante el pasivo social, perduraría el supuesto del art.160 L.C.Q. para estos socios<sup>9</sup>.

GRAZIABILE ha adherido firmemente a esta última posición en su más reciente obra<sup>10</sup>, al igual que Di Castelnuovo y Fernandez Cossini<sup>11</sup>

### 3. Nuestra opinión

1) El legislador ha variado notablemente las definiciones jurídicas, pues de la *solidaridad* se ha pasado a la *mancomunación*;

<sup>6</sup> MARTINEZ Marisol, Efectos concursales respecto de socios ilimitadamente responsables. Quiebra por extensión, en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, Libro de Ponencias, T.IV, pag. 330 y ss

<sup>7</sup> La extensión de quiebra en las sociedades de la sección IV, en Estudios de Derecho Empresario,

<sup>8</sup> BOQUIN Gabriela Fernanda, La extensión de la quiebra y las sociedades de la Sección IV, en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, Libro de Ponencias, T.IV, pag. 343 y ss

<sup>9</sup> PALAZZO Carlota, De la incidencia de la reforma de la ley 26.694 en el supuesto de extensión de la quiebra refleja a los socios de hecho o irregulares (art.160 ley 24.522), en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, Libro de Ponencias, T.IV, pag. 348 y ss

<sup>10</sup> GRAZIABILE Darío, Instituciones de Derecho Concursal, La Ley, 2018, t. IV, pag.235 y ss.

<sup>11</sup> Ver: En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos. Panorama actual, disponible en Revista Notarial, año 2016/02

y dicha variación debe producir un cambio en la interpretación que veníamos efectuando antes del 1 de agosto de 2015. Alguna repercusión interpretativa debe escudriñarse en tal variación.

Si bien es cierto que nuestra legislación concursal sigue la idea cardinal en referencia a la ***ilimitación de la responsabilidad***; para extender automáticamente la quiebra, un estudio integral e interrelacionado nos debe llevar a la consideración de la conjunción que emplea nuestra ley societaria, la cual hace referencia a ***ilimitación y solidaridad***. No caben dudas que en la interpretación final debemos ponderar este dúo inseparable de estigmatización responsabilizatoria. Pero no de manera indiscriminada, pues es la misma ley societaria la que se encarga de contraer o ubicar en su justa medida esta ***atribución de responsabilidad de máxima***: el ***subquebrable*** debe responder de manera ***ilimitada y solidaria con todo su patrimonio, por todo el pasivo social***, como lo demuestran los arts.18, 32, 34, 125, 137 L.G.S.

Es que el art.808 C.C.C., al igual que el anterior Código, establece que los acreedores tienen derecho a su cuota y **los deudores no** responden por la insolvencia de los demás. Comentando el art.677 Código de Vélez que estipulaba idéntica solución, se ha dicho que este efecto es más propio de la mancomunación que de la divisibilidad de la obligación<sup>12</sup>.

Si bien este principio no regía en materia de sociedades civiles (art.1751 C.C.), en la actualidad, la inexistencia de una norma de este calibre hace que rija plenamente el art.808 C.C.C.

2) Con la claridad que ha fijado el art.24 L.G.S. y la inexistencia de aquellos dispositivos del Código decimonónico que hemos visto para las sociedades civiles, parece claro que no cabe extender en forma automática la quiebra a los socios de estos entes en los términos del art.160 L.C.Q., aun cuando se trate de deudas anteriores al 01.08.2015, sin perjuicio que particularmente responderá de las anteriores en los términos del viejo Código<sup>13</sup>.

3) Las sociedades simples responden de la siguiente manera:

***Ilimitada***: los socios siguen respondiendo con todo su patrimonio por las deudas sociales

***Mancomunada***: no habrá más solidaridad entre los socios, sino que

<sup>12</sup> Compagnucci de Caso, Ruben, Manual de Obligaciones, Astrea, 1997, pag.395

<sup>13</sup> HEREDIA Pablo, Las sociedades civiles frente a la ausencia de normas de derecho transitorio en la unificación del derecho privado, RCCyC 2015 (octubre), 28.

aquella respuesta de todo su patrimonio lo es por la parte en la que participa en la sociedad. Ya no existe un art.1747 C.C. o bien el art.23 de la ley 19.550 (T.O. 1984).

*Subsidiaria:* ya no se puede predicar que existía una excepción al art.56 L.G.S., sino que ahora regiría tal principio.

4) Por ello, el principio general de la mancomunación implica que la insolvencia de uno de los socios no es cargada por su consocio, como ocurría en el Código Velezano; sino sobre los acreedores.

5) La quiebra de una sociedad de la Sección IV, no conlleva la declaración automática de quiebra prevista por el art.160 L.C.Q.; con la excepción marcada respecto a los supuestos del inciso 2º y 3º del art.24 L.G.S.

En el supuesto del art.24 inciso 1º L.G.S., la estipulación expresa se efectúa respecto de una relación o un conjunto de relaciones, o bien en casos en los que las obligaciones son indivisibles (art.813 CCC), no estamos frente a un caso de responsabilización por **todo** el pasivo social de manera ilimitada.

6) La conclusión anterior no quita que, comprobada la imposibilidad de hacer frente a la parte que le correspondía en su participación social, se le pueda solicitar la declaración falencial, la que por una cuestión de conexidad, debería ser requerida por el síndico de la sociedad y tramitar en el mismo juzgado según lo previsto por el art.84 L.C.Q.



## Inhabilitación del fiduciario en la liquidación judicial del fideicomiso insolvente

*Silvana Mabel Garcia*

### Ponencia

En la liquidación judicial del fideicomiso insolvente, resulta pertinente aplicar las normas de los arts. 234 a 238 de la LCQ y en consecuencia, inhabilitar al fiduciario.

### Fundamentación

1. En la liquidación judicial del fideicomiso insolvente<sup>1</sup>, el juez fijará el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente (art.1687 CCyC). En virtud de esa remisión:¿corresponderá aplicar al fiduciario la inhabilitación por quiebra prevista en los arts. 234 a 238 LCQ.?

Debe tenerse presente en todo momento que enfocamos a la situación del fiduciario de un fideicomiso insolvente, y no el caso del fiduciario que se halla personalmente fallido. En éste último supuesto, no hay duda que por su situación particular de quiebra resultará afectado por la inhabilitación falencial y sus consecuencias.

El interés práctico de la cuestión se relaciona, no tanto con el fideicomiso insolvente en sí (ya que en éste, como regla, el fiduciario se verá imposibilitado de administrar al ser reemplazado por el funcionario judicial a cargo de la liquidación<sup>2</sup>) sino con la situación del mismo fiduciario en otros contratos de fideicomiso en los que esté cumpliendo idéntica función, o con su desempeño en futuros contratos.

---

<sup>1</sup> Por comodidad de lenguaje, referimos al “fideicomiso” para indicar el conjunto de bienes que conforman el patrimonio fideicomitado. Reservamos la expresión “contrato de fideicomiso” para el vínculo contractual en sí.

<sup>2</sup> Sin soslayar que en algunos supuestos jurisprudenciales, se ha permitido la continuación de su labor como co-liquidador. Casos “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96 s/liquidación judicial” y “Fideicomiso Ordinario FIDAG s/ liquidación judicial”, “Fideicomiso Montevideo I o Toulouse I s/ liquidación judicial”.

2. Bajo el régimen actual, la inhabilitación se aplica: a la persona física (*rectius*: humana) fallida (art. 234 LCQ); a la persona jurídica declarada en quiebra (art.234 y 237 LCQ); a los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal fallida (art.235 LCQ), tanto los que se desempeñaban como tales a la fecha de la quiebra como a los ex administradores que ejercieron el cargo desde el momento en que se instaló la cesación de pagos respecto de la fallida, aunque ya no lo desempeñaran al declararse la quiebra.

Dado que el rol de fiduciario puede ser ejercido por una persona humana o una persona jurídica, tiene relevancia en el análisis la consideración de ciertos sujetos particulares como pasibles de inhabilitación.

a) Persona jurídica “administradora”.

De aceptarse la posibilidad de que una persona jurídica sea administradora o integre el órgano de administración de otra persona jurídica<sup>3</sup>, deberá admitirse también que la inhabilitación alcanza a la persona jurídica administradora, ya que la LCQ, en el art. 236 alude genéricamente a los “integrantes del órgano de administración”. Sin embargo, cabe señalar las graves consecuencias que de tal inhabilitación derivarán para el ente administrador, quien no es sujeto fallido, efectos que, por lo demás, son impuestos independientemente de toda valoración subjetiva.

b) Otros supuestos:

Se sostiene que los liquidadores societarios, por ser administradores del ente en liquidación (art. 105 y 108 LGS) deben ser inhabilitados.<sup>4</sup>

El efecto de “administrar”, también puede obtenerse mediante el recurso a un contrato de management o gerenciamiento. Así se afirma, que si bien ese contrato en principio configura una locación de servicios especializados y un mandato para la realización de actos jurídicos concretos, dada la injerencia del manager en la esfera de gobierno de la gerenciada, se convierte la gerenciente en un verda-

---

<sup>3</sup> La cuestión se discute en la doctrina especializada. En relación a esta problemática, propia del derecho societario, y las diversas opiniones suscitadas al respecto, puede consultarse: FARINA, Juan M., Estudio de sociedades comerciales, Ed. Zeus, Rosario, 1974, pág. 322, entre muchos otros autores.

<sup>4</sup> GRAZIABILE, Darío - GARCIA, Silvana, Inhabilitación del fallido en “Régimen Concursal”; Graziabile Darío, Director, Bs. As, Abeledo Perrot, 2014, Tomo IV, pág.373.

dero administrador de los negocios de aquélla.

Así pues, sin necesidad de integrar el órgano de administración de un ente, una sociedad puede en los hechos, resultar administradora de otra. En tal caso, no dudamos que la inhabilitación por quiebra del ente administrado también se aplica a la gerenciente.

Una situación de similares connotaciones puede existir en el fideicomiso financiero<sup>5</sup>.

3. La inhabilitación falencial conlleva una serie de *efectos* que la LCQ precisa de modo unificado en su art. 238. No se diferencia en este punto, entre personas humanas y jurídicas, ni entre sujeto inhabilitado fallido y no fallido. Por su vinculación con el rol del fiduciario, interesa discurrir sobre la imposibilidad de ser administrador y/o liquidador que la inhabilitación falencial conlleva.

Al no diferenciarlo la norma, la prohibición regulada por la LCQ implica tanto la imposibilidad de acceder al cargo de administrador en tanto el sujeto permanece inhabilitado, como la de continuar en el ejercicio del mismo cuando el sujeto estaba ya desempeñándolo y resulta luego inhabilitado. Y se proyecta respecto de cualquier ente en el cual el inhabilitado esté detentando el cargo de administrador.

En tales supuestos, deberá procederse a la separación del cargo del sujeto afectado por la inhabilitación, y si ello no sucediera, podrían los legitimados exigir la remoción judicial del infractor.<sup>6</sup>

Se observa que la prohibición de ser administrador, se aplica, según la redacción legal, respecto de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Esto tiene relevancia en el tema bajo análisis.

4. El contrato de fideicomiso, más allá de sus diferentes clases y modalidades, importa la transferencia de un activo a un sujeto fiduciario a fin de que lo administre y cumpla con las condiciones pactadas. El *rol del fiduciario* en este contrato, es de vital importancia. Bien se afirma, que difícilmente pueda concebirse un fideicomiso

---

<sup>5</sup> Es posible la subcontratación en un servicer o administrador profesional en quien se delega la ejecución de las funciones de administración, pero en todos los casos el fiduciario es responsable frente a terceros por la gestión del subcontratante. Título V, capítulo IV, sección XII, art. 23 de “Las Normas”, CNV

<sup>6</sup> GARCIA, Silvana M; “La inhabilitación falencial y el cargo de administrador.” VII Congreso Argentino de Derecho Concursal - V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, 4-7 octubre de 2009, Mendoza. Comisión 4. Soporte informático.

sin un fiduciario que lleve adelante la administración de los bienes fideicomitidos<sup>7</sup>.

Como dueño de los bienes que se le transmiten, tiene la facultad, pero al mismo tiempo la carga de administrar, pues del manejo, conservación y natural explotación económica del bien depende en buena parte, el adecuado cumplimiento de la voluntad del fiduciante.

La obligación que tiene el fiduciario de administrar, consiste en el manejo de los bienes según su naturaleza, con los cuidados y precauciones especiales que se pueden exigir, buscando obtener, al mismo tiempo, las condiciones más seguras y mejores de inversión, procurando que los bienes produzcan frutos o rendimientos. El simple mantenimiento del statu quo no sería suficiente para atender la voluntad del constituyente, aunque se afirma que debe preferir la seguridad a la rentabilidad.

Los deberes del fiduciario surgirán principalmente del contrato, pero también emergen de las disposiciones del CCyC. Por su especial vinculación con la temática que desarrollamos, debe resaltarse el deber de rendir cuentas (art.1675 CCyC), impuesto en razón de que administra en provecho de otras personas. Se señala que esta obligación incide en los supuestos de insuficiencia de los bienes fideicomitidos.

Para valorar si el fiduciario ha cumplido su función adecuadamente o no, se consagra una pauta genérica: la de actuar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art.1674 CCyC). Una gestión fundada en la buena fe, la confianza y la lealtad es lo que sirve entonces para determinar la diligencia en el cumplimiento de las funciones específicas.

Si el fiduciario no cumpliera adecuadamente su rol, más allá de la obligación de reparar los daños que su actuación generara, es posible su remoción judicial (art.1678 inc.a CCyC). Como se ha dicho, el contrato de fideicomiso se basa por regla en la confianza depositada en el fiduciario, por lo que si éste incurre en incumplimiento, lógico es suponer que la confianza original ha quedado cuanto menos, seriamente herida, y constituye motivo para la separación del cargo que ejerce y su sustitución por otro fiduciario (art. 1679 CCyC).

5. En cuanto a los requisitos para ser fiduciario, el CCyC establece (art.1673) que puede desempeñarse como tal, cualquier persona hu-

<sup>7</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos; "El Fideicomiso en la dinámica mercantil", Bs.As, Edit. BdeF, 2009, pág.386.

mana o jurídica. Por lógica, y aunque no se diga expresamente, para el ejercicio de la función se requiere capacidad de disposición de los bienes recibidos. Se aplican asimismo las normas pertinentes de capacidad de ejercicio (de una y otra persona).

Existen registros que exteriorizan la condición de fiduciario de determinados fideicomisos (los de actuación pública) o inscriben el contrato de fideicomiso en sí mismo involucrando en la registración indirectamente al fiduciario<sup>8</sup>, respecto de quien se regulan también inhabilidades e incompatibilidades.<sup>9</sup>

El CCyC, en su art. 1669, impone la registración del contrato “en el Registro que corresponda”, pero sin mayores precisiones. No se exige un registro unificado para todos los fideicomisos, ni existe en la actualidad, lo que permitiría un acceso generalizado a la información, relativa no sólo al fideicomiso sino a los sujetos intervinientes.

## 6. Argumentos a favor de la inhabilitación del fiduciario.

a) La inhabilitación falencial no se relaciona únicamente con sujetos fallidos, se aplica asimismo a otros no fallidos. El fiduciario es en esencia el administrador del fideicomiso (luego insolvente). Más allá del texto expreso de la ley, es evidente que cuando de “administradores” se trata, lo que el legislador concursal adoptó es un criterio meramente funcional, siendo suficiente haber desempeñado u ocupado, por un período anterior o concomitante con la quiebra, la función de administrador del patrimonio insolvente.

No es la investidura formal en sí lo que interesa, sino el desempeño (reiteramos, sin valoración alguna del mismo) en carácter de administrador. A la ley no le importa la diligencia puesta por los administradores en las funciones ejercidas.

b) Se verifican, en caso de insolvencia del fideicomiso, las razo-

---

<sup>8</sup> En el fideicomiso que tiene por objeto la transferencia de bienes (muebles o inmuebles), surge una anotación indirecta del fiduciario por ser el titular del bien objeto del contrato que debe transcribirse en el documento que se inscribe. Incluso la sustitución del fiduciario se comunica al Registro a fin de la transmisión de los bienes al nuevo fiduciario (art. 1679 CCyC), si bien se señala que del tenor literal del artículo sería sólo suficiente con el cambio de fiduciario realizado en acto notarial (judicial o privado autenticado), sin que sea menester la inscripción respectiva del nuevo fiduciario.

<sup>9</sup> Más ampliamente sobre esto: “Liquidación judicial del fideicomiso insolvente: ¿inhabilitación falencial del fiduciario?” LL, 2016-F, 910, punto VI.1, de nuestra autoría.

nes y la finalidad por la cual la inhabilitación se impone respecto del administrador.<sup>10</sup> No es de descartar que haya sido la propia administración deficiente de los bienes fideicomitidos llevada a cabo por el fiduciario, la causante de la insuficiencia del patrimonio separado para dar satisfacción a las acreencias del fideicomiso. Resultaría un sinsentido permitir que el mismo sujeto que pudo haber causado esa crisis continúe en su cargo en la etapa de liquidación y/o siga ejerciendo la misma función con relación a otros sujetos. No parece congruente que quien condujo un fideicomiso que llega a un estado de insuficiencia patrimonial *prima facie* pueda ser calificado como “buen hombre de negocios” como exige la ley para la función fiduciaria. Con más razón si se está ante un fiduciario profesional (caso de una sociedad anónima, una entidad financiera, o un fiduciario financiero). Y cuando de fiduciario persona jurídica se trata, la confianza en la idoneidad técnica recae en sus directivos o representantes.

c) La solución legal de desplazar al fiduciario de la labor de liquidación del fideicomiso insolvente (art.1687 CCyC) evidencia el reconocimiento de que su administración ha sido determinante de tal estado, lo cual debe servir de fundamento para evitar que continúe como fiduciario de otros fideicomisos, efecto que se consigue inhabilitándolo.

d) No se duda de la factibilidad de responsabilizar al fiduciario por los daños y perjuicios emergentes de una conducta omisiva o comisiva, que haya provocado o agravado la insuficiencia del patrimonio fideicomitado. Pero claro está, ello sólo será el resultado de una investigación, que no podrá efectuarse al inicio mismo del proceso de liquidación. Mientras ello no se concreta, la inhabilitación del fiduciario impide la continuación de una labor cuestionable. Y no sólo en el fideicomiso infructuoso sino en otros en los que se desempeña o podría hacerlo.

e) Nadie puede negar que en el fideicomiso subyace, como ele-

---

<sup>10</sup> Hemos desarrollado las diversas posiciones que se sostienen en punto al fundamento y finalidad de la inhabilitación, en: “Régimen de Inhabilitaciones por quiebra” Bs.As, Edit. La Ley, 2002, capítulo V, y en el artículo citado en nota anterior. Como síntesis de las diversas posiciones: “Al sujeto que con la situación de insolvencia ha demostrado su falta de aptitud para el ejercicio del comercio o la administración de bienes, al que ha cometido abusos y fraudes, o en fin, al que se encuentra en una situación que representa un peligro para el tráfico, se le sanciona y/o se previene a los terceros frente a él, excluyéndole de tal actividad, procurando evitar de este modo el peligro de una nueva situación de insolvencia con las consecuencias perjudiciales que ello trae.”

mento psicológico, una relación de confianza depositada en el fiduciario, que guarda relación con la profesionalidad o idoneidad del fiduciario, sus directivos o representantes. Las facultades de administración y disposición del patrimonio derivan de esa especial relación de confianza que prima en el contrato de fideicomiso. La insolvencia del patrimonio fideicomitado pone en jaque la confianza depositada en el fiduciario, justificando su inhabilitación.

f) La inhabilitación del fiduciario, y su consecuente cese como tal, operaría como “medida de protección del patrimonio” (arg.art. 1679 CCyC).

g) Una interpretación más laxa del inc.d) del art.1678 CCyC, podría sustentar la separación del fiduciario por quiebra o liquidación *del patrimonio fideicomitado*. Pero además, otras de las causas que el legislador tuvo en cuenta para disponer en general el cese del fiduciario (art. 1678 CCyC) se verifican en caso de insolvencia del fideicomiso. Como se ha dicho, es muy probable que la insuficiencia del patrimonio fideicomitado se relacione con el incumplimiento de sus obligaciones contractuales por el fiduciario (inc.a). La circunstancia que en la liquidación judicial se designa un nuevo liquidador, implica imposibilidad material y jurídica del fiduciario para desarrollar su función (mismo inciso). Así entonces, la inhabilitación, con la separación del cargo que involucra, viene a cumplir idéntica función que la remoción judicial que correspondería por esos motivos, sin necesidad de procedimiento especial.

h) Si bien en el caso legalmente previsto de quiebra de un patrimonio (art.2 LCQ) no existen efectos personales respecto del administrador (por caso, la inhabilitación) ello obedecería al hecho de que por lo común ese sujeto comienza a desplegar su actuación una vez instalada la insolvencia en el patrimonio y no de modo concomitante o previo a su inicio.

7. Si sólo se toma en cuenta el texto de la ley (tanto del CCyC como de la LCQ) no sería procedente la inhabilitación del fiduciario del fideicomiso insolvente.

Fundamentalmente, porque tal como está regulada, la inhabilitación en la LCQ se aplica al administrador o ex-administrador de “una persona de existencia ideal (*rectius*-persona jurídica)” en insolvencia, no así al que cumple ese rol con relación a un patrimonio cesante, por caso, un fideicomiso en tal situación. Además, aún admitiéndose que el fiduciario debe ser inhabilitado, ello no le impediría con-

tinuar o iniciar la misma función con relación a otro fideicomiso, porque la prohibición refiere a desempeñarse como administrador (y otros cargos) “de sociedades (y asociaciones, mutuales y fundaciones)”, no respecto de patrimonios.

Si en cambio, se acude al fundamento y finalidad de las normas sobre inhabilitación falencial, principalmente en su faz de prevención, no parece razonable establecer exclusiones al régimen sustentadas únicamente en la letra de la ley

Y aunque la inhabilitación de los administradores no se sustenta –en su imposición– en apreciaciones de índole subjetiva, no podemos soslayar la fuerza del principio o estándar rector que preside el instituto del fideicomiso: la confianza depositada en el fiduciario (art. 1674 CCyC) que resulta difícil mantener cuando la gestión ha derivado en insolvencia del patrimonio administrado, percepción que tiñe con la duda toda otra actuación en igual rol.

Desde este punto de vista, nos parece que las consecuencias desfavorables que la inhabilitación ocasionaría, operarían como una “luz de alerta” para los fiduciarios, representarían un freno para un accionar despreocupado o poco comprometido en la obtención de resultados eficientes, cumpliendo así una función disuasiva de conductas desviadas, impulsando al fiduciario a actuar con estricta responsabilidad y celo en la función y misión que le ha sido encomendada.

Esta tensión entre normas y principios es una experiencia a la que nos enfrentaremos a menudo en lo sucesivo, dado que nuestro régimen jurídico de fondo, a partir de la vigencia del CCyC consagra un sistema de fuentes complejo, que insta a recurrir a un diálogo de fuentes, el cual exige utilizar no sólo reglas sino también principios y valores. El gran cambio está allí, y radica en que se admite una pluralidad de fuentes y que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes (art.1 y 3 CCyC).

Si bien las leyes especiales son respetadas, se declara que la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia. Se trata no sólo de subsumir los hechos en las normas, hay que ponderar, pesar, conciliar valores, derechos, garantías superiores que pueden entrar en conflicto.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> LORENZETTI, Ricardo, presentación del proyecto del código civil y comercial,

Pensamos que en esa labor de ponderación a que el nuevo sistema de fuentes nos impulsa, debe primar el principio (y derecho)<sup>12</sup> de prevención del daño (art.1710 CCyC) y en consecuencia, tornar operativa la inhabilitación respecto del fiduciario en función de ese principio rector.

Concluimos pues, en base a las razones expuestas, que es pertinente la aplicación de las normas sobre inhabilitación falencial al fiduciario del fideicomiso insolvente. Ello porque la pertinencia debe juzgarse como “compatibilidad” entre los institutos falenciales y el régimen del fideicomiso en general, cuando de la liquidación judicial por insolvencia se trata.

En todo caso, a fin de evitar sus efectos expansivos respecto de otros fideicomisos en los que actúe, el afectado podrá plantear ante el juez de la liquidación que deje sin efecto la inhabilitación falencial que lo alcanza, lo que podría ser conferido tomando como pauta de valoración lo dispuesto por el art. 236 2do. párrafo LCQ.

---

disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf>. KEMELMAJER de Carlucci, Aída, “Pautas para interpretar el código”, en Código Civil y Comercial, Bs.As, Astrea, 2015, pág. 8.

<sup>12</sup> Se señala la jerarquía constitucional del derecho a la prevención, que deriva de los arts. 42 y 43 de la CN, que expresamente prevén la tutela de prevención de los consumidores y usuarios, y aplicable tanto al ámbito patrimonial como extrapatrimonial, en los derechos personalísimos, en los contratos (GALDOS, Jorge M., comentario al art. 1710, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, LORENZETTI, Ricardo L., director, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo VIII, pág. 297 y sgtes.).



## **El rechazo de la quiebra pedida por el deudor. Una postura minoritaria**

*Patricia Laura Mazzi*

### **Sumario**

En los primeros años de aplicación de la ley 24.522, las quiebras representaban el 0,9 % del total de causas ingresadas en los Juzgados de la ciudad de Santa Fe, mientras que en los últimos cuatro años, las quiebras han alcanzado casi el 5 % de ese total.

Actualmente existe un ingreso promedio de 5,62 quiebras por día, lo que implica que la mitad de los Juzgados santafesinos recibe al menos una quiebra cada día.

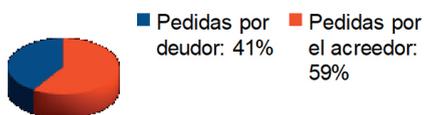
La postura mayoritaria se pronuncia por la declaración de quiebra, sin más, ante el hecho incontestable como es la “propia confesión” de insolvencia del deudor.

Sin embargo, una postura jurisprudencial, aunque minoritaria, entiende que el Juez, al momento de resolver sobre el pedido de propia quiebra, debe efectuar un análisis detallado de la cuestión, no aplicando de manera automática y abstracta la ley, puesto que de lo contrario, está convalidando la utilización de una institución jurídica como la quiebra para un fin que no fue querido por el legislador.

### **Antecedentes**

Entre el 1° de enero de 1996 y el 31 de diciembre de 1999, ingresaron en los 10 Juzgados de 1era Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe un total de 374 Quiebras. De este total, 221 causas fueron quiebras pedidas por acreedor y 153 pedidas por el propio deudor.

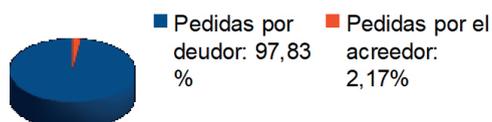
### Quiebras entre 1996 y 1999: 374



Por entonces, cada Juzgado santafesino atendía unas 9,3 quiebras por año.

Entre el 1° de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2017, ingresaron en los 11 Juzgados de 1era Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe 2.296 Quiebras, de las cuales sólo 50 de ellas fueron quiebras pedidas por acreedor, mientras que las restantes 2.246 lo fueron a pedido del propio deudor.

### Quiebras entre 2014 y 2017: 2296



Ello implicó que, en esos cuatro años, cada Juzgado santafesino atendiera unas 52,2 quiebras por año.

Los gráficos que anteceden nos muestran que en los primeros años de aplicación de la ley 24.522, las quiebras representaban el 0,9 % del total de causas ingresadas en los Juzgados santafesinos, mientras que en los últimos cuatro años, las quiebras han alcanzado casi el 5 % de ese total.

En los primeros meses de 2018, desde el 1° de enero hasta el 31 de mayo, han ingresado en los Juzgados en lo Civil y Comercial de Santa Fe, 439 Quiebras, de las cuales solo 12 lo han sido a pedido de acreedor, y 427 han sido pedidas por el propio deudor.

Si contamos los 78 días hábiles que hubo durante ese período, tenemos un ingreso promedio de 5,62 quiebras por día.

### Quiebras entre 01/01/2018 y 31/05/2018: 439



## Planteo del tema

Este incremento, en contínuo crecimiento, por una parte nos muestra una realidad económica, pero, por otra, dadas las características de estas quiebras –pedidas por el propio deudor, persona física, empleado público, con multiplicidad de créditos tomados en financieras en tiempo reciente, gran proporción del sueldo embargado– nos mueve a preguntarnos si no existe una solución alternativa al problema de recurrir al instituto de la quiebra para este tipo de casos.

Si verificamos un ingreso diario de entre 5 y 6 quiebras, ello significa que la mitad de los Juzgados de la ciudad de Santa Fe recibe al menos una quiebra cada día, debiendo poner en marcha el mecanismo procesal de la quiebra que es el mismo sea una quiebra con multiplicidad de acreedores o con un mínimo de ellos.

En definitiva, el fin perseguido con estos pedidos de quiebra no la liquidación de bienes para satisfacción de los créditos del deudor, sino el cese de los descuentos que el mismo deudor ha autorizado y que van, progresivamente, consumiendo su remuneración.

## Soluciones jurisprudenciales

En la jurisprudencia se observan fallos dispares frente a la presentación en propia quiebra de los llamados consumidores sobreendeudados:

1.- La postura mayoritaria se pronuncia por la declaración de quiebra, sin más, ante el hecho incontrastable como es la “propia confesión de insolvencia del deudor” <sup>(1)</sup> El Juez, en estos casos, debe declarar la quiebra sin necesidad de investigar la existencia del presupuesto de la misma. Participan de esta opinión Rouillon, García Martínez, Quintana Ferreyra, Fernández Madrid.<sup>(2)</sup> Según esta corriente, aún en los casos de inexistencia de activo liquidable, la regla también se impone porque “en el estatuto concursal no existe dispositivo legal que vede la posibilidad del ejercicio de la petición declarativa de quiebra por causa de inexistencia de activo liquidable”, y también más allá de que se considere que la conducta del deudor ha sido abusiva, porque que “la mera posibilidad de configurarse un abuso de derecho derivada de utilizar el proceso concursal desnaturalizando su esencia y sus fines, no basta para desestimar la solicitud, pues la existencia de activo no es requisito para la iniciación del juicio

<sup>1</sup> ROUILLON, Adolfo; “Régimen de concursos y quiebras Ley 24.522” Astrea, pág. 176.-

<sup>2</sup> RIVERA-ROITMAN-VITOLLO, “Ley de concursos y quiebras”, 3ª ed, T° II, pág. 86.-

como no lo es vgr. la ‘pluralidad de acreedores’ (art. 79, LC) <sup>(3)</sup>

2.- Pero otra corriente jurisprudencial, aunque minoritaria, entiende que el Juez, al momento de resolver sobre el pedido de propia quiebra, debe efectuar un análisis detallado de la cuestión respecto de la existencia o no del estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo para la apertura del proceso falencial, y no aplicar de manera automática y abstracta la ley, puesto que si no, estaría convalidando la utilización de una institución jurídica como la quiebra para un fin que no fue querido por el legislador.

El Juzgado de Procesos Concursales N° 3 de Mendoza se ha inclinado por esta solución, afirmando: “El proceso de quiebra tiene como finalidad específica liquidar los bienes del fallido, para distribuir su producido entre sus acreedores, por lo que, tratándose de un proceso de liquidación de bienes, es requisito para su apertura la existencia de “bienes” para liquidar; ya que el efecto principal de la quiebra es “lograr la ordenada y proporcional distribución del insuficiente patrimonio del fallido entre sus acreedores” y es necesario la existencia de un patrimonio a ejecutar.” <sup>(4)</sup>

Dentro de la Provincia de Santa Fe, especialmente en la ciudad de Rosario, esta corriente se ha manifestado repetidamente por el rechazo de los procesos de quiebra cuando se advierte que con ello se están contrariando los fines que la legislación tiene en cuenta, pues no se justifica poner en funcionamiento el complejo trámite falencial cuando ni siquiera existen bienes para entregar a los funcionarios de la quiebra. <sup>(5)</sup>

Una fórmula común utilizada en estas demandas es la de “no hay forma material de que pueda pagar tales créditos con el sueldo que percibo”, “carecer la familia de todo sustento para las necesidades básicas” y encontrarse en “cesación de pagos”, sin otra precisión o explicación; con lo que, en esta línea de pensamiento, el peticionante de la quiebra hace un uso abusivo y antifuncional de su derecho, intentando “desbaratar” el derecho de sus acreedores.

---

<sup>3</sup> DE CESARIS, María Cristina, “La quiebra directa ‘voluntaria’ del consumidor sobreendeudado” - Foro de Práctica Profesional Digital - Santa Fe - setiembre/2009 - Año II - N° 5 - [www.forodeabogados.org.ar](http://www.forodeabogados.org.ar).

<sup>4</sup> JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES Y REGISTROS N° 3, “COSTARELLI, Enrique s/Quiebra” 28/08/2006, La Ley on line, 70025992.-

<sup>5</sup> CAMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL ROSARIO, Sala 3, 19/02/2014, “MAMANI, Margarita Ines s/Propia quiebra”.-

Se ha señalado que si en un escrito que vehiculiza un pedido de quiebra formulado por el propio deudor, éste no explica la “causa concreta de su situación patrimonial”, cuales son sus deudas, en que fecha las contrajo, cuales son sus bienes, mal podría el magistrado disponer la apertura del concurso. La sola manifestación de hallarse en estado de cesación de pagos no equivale a satisfacer el presupuesto capital de la quiebra, es decir, la imposibilidad de atender regularmente sus obligaciones, ya que todo pronunciamiento sobre el particular supone conocer cuáles son las obligaciones y cuáles los recursos para afrontarlas, y si bien de esos elementos de juicio recién se dispondrá tras abrir el concurso y producirse los informes del síndico, al menos la referencia aproximada del deudor es el mínimo exigible para que el juez considere hallarse ante una demanda. (6)

Este criterio ha validado reiterados rechazos a demandas de quiebra deducidas por el deudor en los Tribunales rosarinos (7), y también en algunos santafesinos.

Es evidente que la finalidad de estos pedidos de quiebra es la suspensión de los embargos, la desafectación de los haberes mediante el cese de los descuentos, la llamada “limpieza del sueldo” (8), detectándose, en algunos casos, que ni siquiera se habían denunciado las fechas en las cuales las deudas habían sido contraídas, ni que estuvieran actualmente descontadas del sueldo; no pudiendo presumirse que se encontraran líquidas y exigibles (9); en otros se ha advertido que el mayor descuento que se realizaba en el sueldo del deudor lo era por cargas alimentarias. También se han registrado casos en los cuales se han denunciado créditos personales sin indicar sus vencimientos, ni la existencia o no de codeudores, deudores solidarios, fiadores o terceros obligados o responsables, acompañando

---

6 CAMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL ROSARIO, Sala 1, 01/07/2016, “CONTE, Virginia s/Propia quiebra”.-

7 “MOREIRA, Cristian G. s/ Propia Quiebra” Expte. Nro 345/10, Acuerdo N° 31 del 16/02/11; “OLMOS, Matías A. s/ Propia Quiebra” Expte. N° 32/11, Acuerdo n° 192 del 13/04/11; “ZAPPALÁ, Elida G. s/ Propia Quiebra” Expte. N° 401/2013, Acuerdo N° 32 del 24/02/14.-

8 “GERLO, Rolando Antonio s/Propia Quiebra”, Expte. Nro. 39/2007, Acuerdo del 7/9/2007; “CEBALLOS, Carlos s/Pedido de Propia Quiebra”, Expte. N° 329/200, del voto del Dr. Jorge W. Peyrano, Auto del 29/04/08; MICELLI, María Indiana, “Un límite necesario al uso antifuncional de la quiebra voluntaria”, La Ley Litoral, Diciembre 2007, Nro.11, Págs.1235 y sigtes.-

9 JUZGADO DE 1ª INSTANCIA CIVIL Y COMERCIAL 3ª Nominación de Santa Fe, autos “HEREDIA, Roque s/Quiebra” (Expte N° 342/13)

un legajo de acreedor con tan solo una portada. Se han presentado recibos de sueldo con constancia de embargos judiciales, que no subsistían a la época de presentación de la demanda de quiebra <sup>(10)</sup> De todo lo que se extrae que si el deudor no explica, en su demanda, la causa concreta de su situación patrimonial, cuál es el origen y la fecha de sus deudas; si su pedido no es acompañado con documental fehacientemente respaldatoria de la que surjan montos y causas de las obligaciones; si, en suma, el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor se debe a la asunción voluntaria de un pasivo notoriamente desproporcionado en relación a sus ingresos, pretendiendo frustrar el reclamo de sus acreedores acudiendo al pedido de propia quiebra, su sola confesión del estado de insolvencia no basta <sup>(11)</sup>, resultando acertado para el Juez denegar la apertura de la quiebra.-

---

<sup>10</sup> JUZGADO DE 1a INSTANCIA CIVIL Y COMERCIAL 6a Nominación de Santa Fe, autos "LOPEZ, Marta Rita s/Quiebra" 21-01969433-7, 09/06/2016.-

<sup>11</sup> "... en autos solo ha habido una denuncia insuficiente para ser considerada como un reconocimiento ni confesión de deudas, por lo que solo ha mediado una explicación de causas que llevarían a un estado que se invoca como de insolvencia, sin acreditar ningún hecho revelador previsto en el art 79 LC, ni ningún otro hecho que permita tener por acreditado el presupuesto objetivo previsto en el art 1 LCQ ..." JUZGADO DE 1a INSTANCIA CIVIL Y COMERCIAL 6a Nominación de Santa Fe, autos "LOPEZ, Marta Rita s/Quiebra", fallo cit.-

## **¿El recurso de reposición contra la sentencia de quiebra y la necesaria ampliación de la legitimación activa. Posible inconstitucionalidad del art.94 L.C.Q.?**

*Rubén R. Morcecian*

### **Sumario**

La normativa vigente ( art.94 ley 24.522) le reconoce solamente al fallido (y al socio con responsabilidad ilimitada en caso de sociedades) en forma exclusiva la posibilidad de recurrir la sentencia declarativa de quiebra por medio del recurso de reposición, excluyendo de tal posibilidad a los acreedores y terceros con intereses vinculados con él. Este sistema recursivo propio del régimen falencial resulta un tanto desarmonizado respecto de la realidad de los negocios en la actualidad y de casi totalidad de la legislación comparada, por lo que estimo que resulta necesario reformular la normativa en relación a la legitimación activa en dicho instituto, para evitar situaciones disvaliosas que pueden afectar derechos de terceros , por lo que propiciamos extender la vía recursiva a cualquier tercero que demuestre un interés actual y legítimo.-

### **1. Introducción**

La sentencia que declara la quiebra:  
Tiene dicho en forma reiterada la CSJN que es una necesidad común a todas las decisiones judiciales que las mismas sean derivaciones razonadas del derecho vigente con arreglo a las particulares circunstancias de la causa. Para resguardar tal finalidad y ante la posibilidad de que las decisiones puedan adolecer de errores o vicios, la ley permite la revisión de esa decisión a través de un acto impugnatorio por parte de quien se considere afectado por la mencionada deci-

sión, ello con miras a permitir un reexamen de la cuestión y determinar la justicia o no de la misma.

La sentencia que declara la quiebra, si bien acotada a sus propios matices y particularidades, debe también observar en lo pertinente los requisitos supra referidos, especialmente en orden a analizar (por cierto limitadamente) la existencia de los presupuestos subjetivo y objetivo. Y en tanto resolución judicial que es, se admite la posibilidad de su impugnación por parte de quien se sienta afectado.

Es sabido que esta sentencia es precedida por una etapa breve de instrucción, una etapa prefalencial que no importa un previo contradictorio, en la que la actividad del juez se reduce a efectuar una cognición sumaria, no requiriéndose una plena investigación sobre los presupuestos alegados al peticionarla (recordemos que la propia ley establece que no existe juicio de antequiebra- art. 84 LCQ).-

Frente a esa etapa de limitada cognición le asisten al deudor escasas y acotadas defensas, generalmente en orden a demostrar o alegar que no es sujeto concursable o su estado "in bonis", sea con el depósito de la suma que se acuse impaga por el peticionante sea sin dicho depósito, pero todo enderezado a demostrar y contrarrestar el acuse de su situación de "cesatus".

La razón de a limitada cognición por parte del juez viene presidida por la necesidad, en esta materia, de obrar rápidamente en orden a proteger los bienes del presunto fallido y preservarlos para integrar la masa activa. Es por ello que una resolución dictada con la celeridad que se le exige a la sentencia declarativa debe necesariamente poder ser revisada para lo cual la ley organizó un particular proceso impugnatorio.-

## 2. El recurso de Reposición:

Como lo expresé anteriormente, la sentencia declarativa es dictada en una etapa prefalencial dominada por la sumaria cognición, de donde resulta entonces imperativo *garantizar una verificación puntualmente precisa y rigurosa de los presupuestos base de la declaración*<sup>1</sup>. Ello justificado por la gravedad e importancia del pronunciamiento en cuanto es una sentencia que proyecta efec-

<sup>1</sup> Pajardi Piero "Derecho concursal" T. 1 pag. 414

tos “erga omnes”, provisoriamente ejecutiva y que una vez firme nadie podrá discutir ni eludir sus alcances y cuyas consecuencias repercuten no solo en el patrimonio del fallido sino también en el de los acreedores, de los terceros vinculados contractualmente con el fallido, y hasta terceros que de alguna forma se encuentren relacionados en la esfera jurídico- económica con él (los denominados “involuntarios”). Y más aún, dada la gravedad que trae aparejada la sentencia declarativa no solo en el ámbito económico, sino hasta en el personal y social, bien puede afectar dicha sentencia a terceros que no tengan vínculos contractuales o económicos con el fallido, como ser un homónimo o la cónyuge del deudor.-

Para el régimen de la LCQ la única forma de intentar la revocación de la sentencia de quiebra es por medio del recurso de reposición del art. 94, por lo que la apelación no está prevista como recurso directo contra la sentencia de quiebra<sup>2</sup> .-

El procedimiento establecido constituye un remedio propio de la ley concursal, es un medio de impugnación específico concedido a determinados sujetos legitimados con relación a un interés personal, que propende a la revocación de la declaración de falencia, siendo esta última una resolución de alcance general que afecta a todos los acreedores, la oposición en caso de triunfar también tiene alcance general, es decir excluye para todos la necesidad del proceso colectivo.<sup>3</sup> .-

El recurso se presenta como un control póstumo de mérito y de legitimidad del pronunciamiento. Se abre el procedimiento para determinar su efectivamente en el momento se hallaban satisfechos los requisitos legales: busca un nuevo examen de la sentencia, con otros elementos de juicio por entender que es injusta<sup>4</sup> . El art. 94 de la LCQ estatuye lo que denomina recurso de reposición, y lo concede al fallido cuando la quiebra sea declarada a pedido de acreedor. Extiende la legitimación al socio ilimitadamente responsable, aún cuando la quiebra de la sociedad de la que forma parte hubiera sido solicitada por ésta sin su conformidad. No pueden “recurrir” el fallido que pide su propia quiebra ni los acreedores sea quiebra necesaria o voluntaria.

Si bien la ley se refiere a “recurso”, existe consenso en doctrina que

<sup>2</sup> C. Com. Sala B LL 1978/ C pág. 646; C.Civ y Com Junín “Schiavi Emilio JA T. 1996- I, pg. 121

<sup>3</sup> Menéndez, Augusto ob. Cit., pág. 29 y Heredia Pablo “Tratado exegético de Derecho concursal” tomo 3 pág. 626

<sup>4</sup> Cámara, Héctor El concurso Preventivo y la Quiebra Vol. III, pág. 1790

se trata definitivamente de un *sistema de "oposición" a la quiebra*, pues el recurso entraña o supone solo un problema legal, el de la legalidad o no de la resolución judicial dictada. La "oposición", al contrario entraña o lleva en si, además un problema de hecho: el de la concurrencia o no de los indispensables presupuestos para la procedencia o legalidad de la resolución dictada<sup>5</sup> .-

El Juez competente para entender del "recurso" o "incidente de oposición" es le mismo juez que dictó la sentencia que declara la quiebra.-

A todo evento creemos necesario señalar que no existe similitud alguna entre el recurso de "reposición" contenido en la legislación procesal local del art. 238 (en el caso de la provincia de Buenos Aires) con el de "reposición" que estructura la ley 24.522 (art. 94 y sigtes.), el cual constituye un verdadero incidente que finaliza con una resolución que debe dictar el propio juez que decretó la quiebra.

Dicho en otras palabras, el "recurso" previsto por el art. 94 de la ley falencial es un medio de impugnación específico de la quiebra, cuyo único legitimado para plantearlo es el fallido o, en su caso, los socios ilimitadamente responsables (en las personas jurídicas así constituidas) y que tiene por finalidad dejar sin efecto la sentencia falencial en virtud de la inexistencia de algunos de los presupuestos sustanciales para su dictado, esto es, el carácter de sujeto no concursable del fallido o la inexistencia del estado de cesación de pagos (arts. 1, 2 y 95, ley 24.522).

Por otro lado se ha dicho que el denominado recurso de reposición consagrado en el art. 94 de la LCQ constituye un incidente cuyo trámite ha de ajustarse a las pautas ordenadas en el art. 280 y las normas concordantes de la Ley de Concursos y Quiebras. No se identifica con el homónimo remedio instituido en el art. 238 del Código Procesal Civil y Comercial<sup>6</sup> .

Según prescribe el art. 94 de la ley 24.522, contra el auto que decreta la quiebra directa a pedido de un acreedor procede el allí denominado recurso de reposición. La norma establece un régimen específico de impugnación que se complementa con la apelación directa contra la decisión del juez de grado que, sin más trámite, deniega la re-

<sup>5</sup> Cámara, Héctor Ob. Cit. Pag 1789

<sup>6</sup> Maffía, Osvaldo, La ley de concursos comentada, t. 1, Bs. As., Depalma, 2001, pág. 322

vocación de la sentencia de quiebra (art. 96, L.C.Q.) o bien contra la decisión dictada luego de sustanciarse el pertinente incidente de revocación (art. 285, L.C.Q.). Se trata de una regulación específica para el proceso concursal, que obliga al deudor a conducirse dentro de los parámetros del sistema. Entre otras consecuencias, se prescinde del régimen impugnativo general previsto en las normas procesales locales y, por ende, no se habilita al fallido a intentar la apelación directa o subsidiaria contra la decisión que, como la dictada a fs. 1270/1273, decreta su quiebra directa a pedido de un acreedor (arts. 94/96, 273 incs. 3 y 4, 278, 285, su doct. ley 24.522<sup>7</sup>

### 3. Legitimados activos

Lamentablemente la LCQ nacional se aparte de las legislaciones que admiten una legitimación amplia. Desde la sanción del código de comercio y hasta el presente, la legislación interna siempre ha limitado la posibilidad de oponerse a la quiebra únicamente al fallido y al socio ilimitadamente responsable en las condiciones expuestas supra (con la sola excepción de la ley 4156 que en su art. 48 extendía la posibilidad de peticionar la revocatoria al “heredero” del fallido).-

Compartiendo la postura doctrinal mayoritaria, creemos que la solución no es justa. La universalidad del proceso falencial, la disponibilidad a favor de cualquier interesado del título ejecutivo constituido por la sentencia declaratoria de Quiebra, la identificación originaria de su titularidad, la eficacia a favor de cualquiera por el efecto erga omnes de la sentencia y su idoneidad en consecuencia para perjudicar los intereses de quienquiera pueda sufrir daños por sus efectos, se traducen en una legitimación “libre” y amplia a la proposición del juicio de oposición<sup>8</sup>.

En la Ley concursal española se ratificó el principio de legitimación amplia que venía reconociendo a partir del Código de Comercio, el art. 20 de la citada ley dispone que podrán recurrir el auto de declaración de concurso, el deudor que no hubiere solicitado y *cualquier persona* que acredite un interés legítimo.

---

<sup>7</sup> SCBA, C. 86.539, “Nanque S.A. y otros. Concurso preventivo. Quiebra”.14 de octubre de 2015

<sup>8</sup> Pajardi, Piero Ob cit. Pág. 422

En la legislación italiana la legitimación también es amplia (art.18), y se concede la posibilidad de la oposición al deudor que no pidió su quiebra y a cualquier interesado, lo que incluye a los acreedores, siempre que no sea quien pidió la quiebra.-

La ley Mexicana de Concursos Mercantiles admite la impugnación

por parte del fallido, el conciliador (funcionario de del concurso) y cualquier acreedor reconocido (art. 175). A su vez la ley 18175 de Chile en su art. 57 regulaba el recurso especial de reposición, el cual podrá ser deducido por el fallido, los acreedores y los terceros interesados.-

La misma solución adopta la ley 18387 de Uruguay. En efecto en el art.22 regula el recuerdo de apelación contra la sentencia de concurso y concede legitimación a cualquier tercero con un interés legítimo.-

Similares soluciones se verifican en las legislaciones de Brasil, Paraguay, Bélgica.

Resulta muy claro lo expuesto por Heredia en cuanto afirma que si la sentencia de quiebra significa una novedosa situación jurídica que afecta no solo al fallido sino que también a sus acreedores e inclusive a determinados terceros, no parece razonable dejar indefensos a éstos últimos. En este sentido la legitimación para la oposición de quiebra no debería corresponder solo al quebrado, sino también a todo tercero a quien alcance los efectos de la cosa juzgada de la sentencia de falencia, sea que posea un interés legítimo, presente o futuro, de carácter patrimonial o económico, y no simplemente moral.<sup>9</sup> .-

Entiendo necesario así la ampliación de la legitimación activa en el caso que nos ocupa. No solo debe poder el fallido que no pidió su quiebra intentar la revocación de la sentencia. Razones económicas, jurídicas, sociales y morales indican que los acreedores y los terceros con un interés acreditado deben poder instar la oposición a la quiebra.

La lista de posibles legitimados con fundamento en las razones expuestas va desde quien tenga un interés moral como quien tiene un parentesco estrecho con el deudor en caso de fallecimiento de éste y quiera dejar a salvo el buen nombre de su familiar, o un ex adminis-

<sup>9</sup> Heredia, Pablo, ob. Cit. Pag. 642

trador que puede querer evitar verse inmerso en un proceso de estas características, o bien accionistas o administradores desplazados de la administración por alguna medida judicial, o alguien que esté en relación contractual o económica con el fallido, como por ejemplo quien en virtud de esa relación es propietario de bienes que tiene el fallido en su poder, o bien puede ser titular de un bien en condominio con el fallido, los adquirentes de un inmueble del fallido para evitar la acción revocatoria, los administradores de la sociedad, en fin, podrían ser legitimados aquellos que de uno u otro modo esta su esfera jurídica patrimonial de tal forma relacionada directa o indirectamente con la del deudor, que puede sufrir jurídica o económicamente una influencia negativa por la declaración de quiebra.<sup>10</sup> .-

Todos los terceros que por alguno u otro modo se ven perjudicados por la sentencia de quiebra, deben contar con una herramienta que les permita cuestionar la declaración de falencia, de intentar revisar si esa falencia debía decretarse, deben poder oponerse a la misma, ello en mérito de las graves consecuencias que le resultan de la quiebra decretada.

En un muy interesante precedente la Cámara Nacional en lo Comercial adopto un criterio de valoración amplia de la legitimación al reconocérsela a los herederos y al cónyuge supérstite del presidente del directorio una sociedad fallida.<sup>11</sup>

Ante la rigidez de la norma aplicable entendemos que la figura del “fallido” como legitimado activo deber ser analizada y armonizada en relación a todos los perjudicados por la quiebra. No solo debe poder el fallido que no pidió su quiebra intentar la revocación de la sentencia sino todos los que de alguno u otro modo invoquen interés legítimo para ello.<sup>12</sup>

Resulta interesante el caso de los accionistas y de los administradores de la sociedad, mas aun el de aquellos que en ejercicio de la administración hayan sido separados de la misma por decisión judicial . Creemos ,como lo sostiene Pajardi, que estos están perfectamente legitimados ya que se encuentran vinculados directamente

<sup>10</sup> Pajardi, ob. Cit. Pág. 423

<sup>11</sup> Espelta SA s/ Quiebra s/Incidente de apelación.

<sup>12</sup> Se ha discutido cual es la naturaleza jurídica del interés, es decir si debe ser un interés jurídico o moral .Provinciali señala que es suficiente un mero interés sin que sea necesaria la titularidad de un derecho subjetivo, puede este ser jurídico o moral. (Provinciali Renzo, T.I pag.114)

en la esfera jurídica patrimonial del deudor de tal forma que puede sufrir jurídica o económicamente una influencia negativa por la declaración de quiebra<sup>13</sup> y esa repercusión o comunicación negativa de los efectos de la quiebra decretada en el patrimonio o en sus derechos debe poder ser objeto de tutela judicial.

Por otro lado, el hecho de la existencia de un administrador judicial cuya función debe ser considerada limitada y “provisoria” en modo alguno trae como consecuencia la extinción de la legitimación de aquellos administradores desplazados, por cuanto aun desplazados de la administración no están desplazados de la sociedad y siguen siendo el órgano natural de administración, si bien con funciones limitadas o suspendidas, pero aun en ese supuesto consideramos intacta su legitimación para interponer el recurso de reposición por la fallida. La misma solución se impone de considerarse su legitimación como residual.

#### **4. Inconstitucionalidad del Art.94 LCQ?**

De lo hasta ahora expuesto creemos que surge una incipiente idea en torno a la posible infracción constitucional de la norma referida en cuanto limita la posibilidad recursiva contra el auto de quiebra solamente al fallido y al socio ilimitadamente responsable excluyendo a toda clase de terceros aun cuando estos cuenten con un interés legítimo y que resulten perjudicados por el decreto de quiebra, lesionando así el derecho de propiedad y de defensa en juicio, incluso en su manifestación como derecho de acceso a la justicia. Del mismo modo se verifica infracción al derecho de peticiar en justicia y de igualdad ante la ley.

Retomando el caso de los accionistas, se debe destacar que sus derechos y en tanto tales integran su esfera patrimonial y de propiedad, gozan de protección constitucional pues son, sin duda alguna, derechos de propiedad: El derecho a tener propiedades y no ser privado de ellas arbitrariamente, ha sido visto siempre como un derecho fundamental que responde a la naturaleza humana.

Al respecto y en apoyo a ello señalamos que el artículo 2 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 describía el derecho a la propiedad como un derecho humano natural e imprescriptible y a

<sup>13</sup> Pajardi, ob. Cit. Pág. 423

su vez el artículo 17 proveía que “Dado que la propiedad es un derecho sagrado e inviolable nadie será privado de ella salvo cuando una necesidad pública determinada por la Ley así lo exija y aun así, sólo con la condición de que el propietario haya sido justa y previamente, indemnizado.” A su vez la Convención Americana de Derechos Humanos los consagra en su artículo 21 y el 25 refiere el derecho de acudir a tribunales en defensa de sus derechos y la Declaración Universal de Derecho Humanos hace lo propio en su artículo 17.9 Las Constituciones y declaraciones dogmáticas de derechos y su protección por el Estado de prácticamente todos los países, repiten de alguna manera estas definiciones axiomáticas. Evidentemente en tanto los derechos de los acreedores de una sociedad son también derechos de propiedad correlativamente y sin duda alguna los derechos de los accionistas también lo son.-

El art.17 CN garantiza la tutela constitucional del derecho de propiedad de los accionistas de una persona jurídica, y en el caso de los aquí presentantes recordemos que la CSJN en el precedente “Bourdieu c/ Municipalidad” (Fallos 145-307) señaló que el termino propiedad tal como se lo emplea en el art.17 CN comprende todos los intereses que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con todos los derechos que tengan un valor reconocido ya sea que surjan de una relación de derecho privado o de actos administrativos.

A su vez reparemos que en el caso “Outon” la CSJN reputo al derecho de propiedad como un derecho humano.

Y este derecho humano constitucionalmente protegido puede ser amenazado o vulnerado con el decreto de quiebra por cuanto como es harto conocido ante la liquidación el valor de las participaciones de los socios puede quedar reducido casi cero , licuando y vaciando el contenido patrimonial. Esta situación importa derechamente una vulneración del derecho de propiedad y en tal sentido debe ser objeto de tutela judicial y de legitimación para ello. Impedir el acceso a la justicia para perseguir la tutela judicial importa vaciar de contenido el mismo derecho de propiedad, significa dejarlo en un espacio formal y meramente declarativo cuando en realidad debe ser operativo y funcional como respeto de las garantías constitucionales.-

En este sentido el art.18 CN garantiza la vigencia del derecho de defensa el cual está siendo aquí ejercido por los accionistas. En efecto,

la reposición incoada persigue la revocación de la sentencia como medio de evitar la violación del derecho de propiedad y la única forma o medio para ello es este recurso. No reconocer la posibilidad de utilizar el único recurso disponible sería cuanto menos desconocer los alcances de la protección constitucional del derecho de defensa.

A su vez el derecho de propiedad privada, en cuanto veda la confiscación -artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, comprende tanto las cosas materiales apropiables como los derechos que puedan integrar el patrimonio de una persona -en el caso, la participación en una sociedad ahora quebrada lo que abarca las cosas muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto susceptible de materialización desde el momento de su adquisición.

La corte Interamericana de Justicia en el Caso Cantos c/ República Argentina (2001) sostuvo que cuando la víctima es accionista de una persona jurídica, estima correcto extender la protección que los derechos humanos brindan, tanto a las personas físicas en su calidad de titulares individuales, como en carácter de integrantes de personas morales.

Entendió la Corte que “toda norma jurídica se refiere siempre a una conducta humana, que la postula como permitida, prohibida u obligatoria. Cuando una norma jurídica atribuye un derecho a una sociedad, ésta supone una asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan. El Derecho ofrece al individuo una amplia gama de alternativas para regular sus conductas para con otros individuos y para limitar su responsabilidad. Así, existen sociedades colectivas, anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita, etc. En todo caso, esta unión organizada permite coordinar las fuerzas individuales para conseguir un fin común superior. En razón de lo anterior, se constituye una persona jurídica diferente de sus componentes, creándose a su vez un fondo patrimonial, el cual supone un desplazamiento de cosas o derechos del patrimonio de los socios al de la sociedad, introduciendo limitaciones a la responsabilidad de dichos socios frente a terceros” (párr. 26). Y que , la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que

actúan en su nombre o representación” (párr. 27).

En tal contexto el acceso a la justicia debe estar garantizado también en esta instancia por medio del recurso en cuestión. La convención Americana sobre derechos humanos, también aplicable, lo recepta claramente en su art.8 inc. h.-(véase el precedente Marchal Juan CSJN del 10/04/2007)

Desde esta atalaya va de suyo entonces que la norma del art.94. resulta ,cuanto menos, de dudoso apego a las normas constitucionales y convencionales referidas. Y ello mas aun si consideramos que el propio código civil y comercial en los arts. 1 y 2 obliga a que toda decisión judicial debe ser resuelta en base a la ley aplicable pero ello de conformidad a la constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte.

Y además la que dicha 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.-



## **Caso Fideicomiso Estrella del Sur: Análisis preliminar del cumplimiento de los requisitos sustanciales en el proceso de apertura de la liquidación judicial**

*María Cristina Osso y María Silvia Vighenzoni*

### **Sumario**

*La ley 26994, que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, derogó entre otras normas las contenidas en los Arts. 1º a Art. 26º de la Ley 24.441 e incorpora las normas que rigen ahora el Contrato de Fideicomiso, siendo una de las normas más trascendentes, la incorporación del Art. 1687 que le delega al juez la libertad para proceder a la liquidación judicial del fideicomiso y la tarea de determinar las normas de la Ley de Concursos y Quiebras que considere “pertinentes” para el desarrollo del proceso liquidativo.*

*El fundamento del Recurso contra la resolución de apertura del proceso de liquidación judicial del “Fideicomiso Estrella del Sur” se basó en dos cuestiones medulares:*

- **La legitimación unilateral del fiduciario:** el Art. 1687 CCCN es de Orden Público y por tal motivo las leyes que regulan al fideicomiso deben aplicarse con preferencia respecto de las previsiones particulares del **contrato**, por otra parte resulta inaplicable la normativa del Art. 6 LCQ porque no es una persona jurídica, no es un sujeto de derecho, ni goza de personalidad jurídica, es un contrato creado para lograr una finalidad determinada.
- **La insuficiencia o impotencia patrimonial denunciada por el fiduciario:** la confesión de insolvencia formulada por el Fiduciario conforme lo dispuesto por el Art. 79 Inc.1 y Art. 86 de la LCQ resultó más que suficiente para que el magistrado disponga la apertura del procedimiento de liquidación judicial. Quedó probado en el mandamiento de constatación realizado

*por la sindicatura que la obra se encontraba paralizada y se estaban afrontando los gastos indispensables de seguridad y mantenimiento con los fondos existentes en la cuenta fiduciaria. Por otra parte, ni los beneficiarios, ni el Comité Ejecutivo acercaron un solo elemento de juicio que permita desacreditar el estado de cesación de pagos ni de la inexistencia de la insolvencia debidamente acreditada por el Fiduciario, como tampoco acercaron propuestas que permitan el saneamiento del mismo.*

*Entendemos que nos encontramos ante un verdadero “leading case” de cuyo decisorio podría depender el futuro del instituto del Fideicomiso en nuestro país, sobretudo en relación a la aplicación de las normas previstas en la Ley de Concursos y Quiebras vinculadas sobre los aspectos fundamentales que la regulan.*

## **I- Introducción**

La Ley 24522 de Concursos y Quiebras establece en el Art. 82, que en el caso de petición de propia quiebra por el deudor y siendo éste una persona de existencia ideal, debe aplicarse lo dispuesto por el Art. 6, la solicitud deberá ser formulada por su representante legal, y el órgano de gobierno – en caso de una sociedad, la asamblea o reunión de socios- debe tomar la decisión de continuar el trámite iniciado por el órgano de representación<sup>1</sup>.

Asimismo de tal solicitud, resulta expresa la constitución del estado de cesación de pagos, como una confesión del propio deudor, que se halla en estado de impotencia patrimonial y por ello el pedido de propia quiebra prevalece sobre el de otros acreedores.

La ley 26994, que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) que actualmente nos rige, deroga entre otras normas las contenidas en los Arts. 1º a Art. 26º de la Ley 24.441<sup>2</sup> e incorpora en el Libro III, Título IV Capítulo 30 las normas que rigen ahora el Contrato de Fideicomiso, siendo una de las normas más trascendentes la incorporación del Art. 1687. Dicho artículo en su último párrafo establece:

*“...La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra.*

---

<sup>1</sup> Favier –Dubois, Eduardo M., “Concursos y Quiebras”. Ley 24522. Actualizada y comentada con Jurisprudencia y Bibliografía – Editorial Errepar -3ª edición-2012.

<sup>2</sup> Conocida como Ley de Fideicomisos.

*En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en los que sea pertinente.”*

El contrato de fideicomiso da al fiduciario las facultades y atribuciones necesarias para la protección y exigibilidad de sus derechos, así también como la conservación de los bienes fideicomitidos y la protección de los intereses de los beneficiarios-adherentes, reemplazando al liquidador designado por el fiduciario por un proceso judicial a cargo de un juez, que dirimirá quién se hará cargo de la liquidación, ante la situación de indefensión de las partes.

Esta norma le delega al juez la libertad para proceder a la liquidación judicial del fideicomiso y la tarea de determinar las normas de la Ley de Concursos y Quiebras que serán “pertinentes” para el desarrollo del proceso liquidativo, valiéndose de los elementos sustantivos que caracterizan el mismo: publicidad, la designación de una sindicatura - que intervendrá garantizando independencia frente a los componentes de la relación fiduciaria-, la conformación del pasivo y su graduación, la determinación de eventuales responsabilidades en el accionar de los administradores del fideicomiso y el proceso adecuado de liquidación del activo –conforme las particularidades del caso particular de cada fideicomiso, y la consecuente distribución de los fondos obtenidos entre los beneficiarios y acreedores, conforme las pautas de la Ley 24522.

En este trabajo analizaremos las cuestiones planteadas en el recurso contra la resolución de apertura del proceso de liquidación judicial del “Fideicomiso Estrella del Sur”<sup>3</sup>(FES), que entendemos estaríamos ante un “*leading case*” de cuyo decisorio podría depender el futuro del instituto del Fideicomiso en nuestro país, en relación a la aplicación de las normas previstas en la Ley de Concursos y Quiebras vinculadas a los aspectos puntuales que fueron objeto del recurso, y que constituyen dos cuestiones medulares:

- La legitimación unilateral del fiduciario del FES, es suficiente en sí misma para hacer lugar a la liquidación del fideicomiso? o resulta necesaria –al entender de los recurrentes- una asamblea de ratificación de adherentes asimilable a la prevista por la normativa concursal en su Art.6.
- La insuficiencia o impotencia patrimonial denunciada por el fiduciario.

---

<sup>3</sup>En trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 12, Secretaría N° 24.

## II. Cuestiones planteadas por los recurrentes

Con fecha 24 de noviembre de 2017, ante el pedido de liquidación judicial presentado ante la justicia comercial por el fiduciario<sup>4</sup> del “Fideicomiso Estrella del Sur”<sup>5</sup>, el juzgado interviniente dispuso que conforme las normas del Art. 1687 CCCN y dado que el supuesto objetivo aludido –“insuficiencia patrimonial”-de algún modo puede asimilarse al estado de cesación de pagos referido en los artículos 1, 78 y 115 a 117 del régimen falencial, dio curso al procedimiento sujetando el mismo a las directivas contenidas en la Ley 24522 conforme lo establece “in fine” el mencionado Art.1687, considerando acreditado los recaudos previstos por la ley concursal.

Ante ello, algunos beneficiarios-adherentes y el Comité Ejecutivo y Desarrollador Sustituto del Fideicomiso Estrella del Sur SA, interpusieron Recurso de Reposición – conf. Art 94 LCQ- contra la decisión del juzgado que dispuso la liquidación judicial.

¿Qué se discute principalmente en la incidencia planteada?

### **II.a) Cuestionamiento en relación al supuesto incumplimiento con el Art.6 LCQ.**

Los recurrentes hacen su planteo confundamento en las disposiciones del Art. 6 y Art. 82 de la LCQ –ratificación por asamblea-, deben ser exigidas tanto en los procesos concursales como en los pedidos de quiebras de las personas de existencia ideal, entendiendo que las

<sup>4</sup> Bapro Mandatos y Negocios SA

<sup>5</sup> Breve descripción del Fideicomiso: *El Fideicomiso Estrella del Sur fue constituido el 26/03/2009, es un emprendimiento inmobiliario de 924 unidades funcionales de dos, tres y cuatro ambientes, 728 cocheras, distribuidos en cuatro torres, el cual se encuentra en un grado de avance promedio del 40%, instrumentado bajo la forma de fideicomiso cuya obra se inició en el año 2010. Dos años y medio después comenzó a vislumbrarse un notorio desfase entre el ritmo de actualización de las cuotas y la inflación que no permitiría cumplir con los plazos e incrementaría los pagos mensuales, motivo por el cual 287 beneficiarios abandonaron el proyecto y produjo el abandono de la construcción en el año 2012. Entre el año 2014 y 2017 el plan de obras fue reformulado tres veces pero no se pudo cumplimentar en ninguna de las ocasiones motivando que el fiduciario solicitara la liquidación judicial de los bienes. Tal situación provocó que la obra quedara totalmente paralizada sin ningún plan aprobado, generando gastos fijos impostergables para asegurar la protección y seguridad ante una probable intrusión del patrimonio fideicomitado. (Osso, María Cristina –“La verificación de los adherentes de un fideicomiso inmobiliario ante un proceso de liquidación judicial” X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia U.N.L ).*

mismas debieron ser aplicadas en los términos del Art. 1687 CCCN con el fin de proteger a los beneficiarios, resaltando que el contrato de fideicomiso confiere la misma protección cuando requiere que la asamblea apruebe el pedido de liquidación anticipada y tal condición no se cumplió atento que el fiduciario pidió la liquidación unilateralmente.

La sindicatura oportunamente sostuvo que la norma de aplicación al caso, es el Art. 1687 CCCN, el cual es de Orden Público y por tal motivo las leyes que regulan al fideicomiso deben aplicarse con preeminencia respecto de las previsiones particulares sentadas en el contrato que fueran acordadas por las partes<sup>6</sup>. Considerando además que resulta inaplicable la normativa del Art. 6 LCQ por no tratarse de una persona jurídica en los términos citados por la norma, debido a que el fideicomiso no es un sujeto de derecho ni goza de personalidad jurídica, sino, es un contrato creado para lograr una finalidad determinada.<sup>7</sup>

Hasta la redacción del presente trabajo el recurso no tuvo resolución del Tribunal Superior, pero se cuenta con el dictamen de la Fiscal de Cámara que establece posición sosteniendo que *“...no corresponde otorgarle a la Asamblea en cuestión un carácter superlativo o condicionante de la presente liquidación judicial, pues siendo que esta resulta ser de orden público de modo alguno puede ser limitada por el supuesto ejercicio del principio de libertad de la contratación... pese a lo que mencionan los recurrentes, en rigor de verdad la asamblea prevista contractualmente no cuenta con las características y naturaleza de un órgano societario que permita encuadrar la situación que aquí se ventila con las normas pertinentes de la ley de concursos y quiebras, puntualmente en los arts. 6 y 82. Ello por la simple razón de que, no obstante la antigua discusión doctrinaria sobre la personalidad del fideicomiso, el legislador del Código Civil y Comercial de la Nación, no le otorgó personalidad jurídica, por lo que mal se lo podría equiparar a una*

*de ellas, expresamente reguladas en el Libro I, Título II, arts. 142/224, requisito ineludible para la aplicación de los preceptos indicados...”*<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Ratificado por dictamen de la Fiscal de la Cámara Nacional en lo Comercial – en “Fideicomiso Estrella del Sur s/ Liquidación Judicial s/ Incidente art 250 (FG n°133.757) “...Es sabido que una cuestión es de Orden Público cuando responde al interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado en las que su nota característica es el interés particular. Así como las leyes de Orden Público son irrenunciables, imperativas. En tanto que las de Orden Privado son por el contrario renunciables, permisivas y confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras...”

<sup>7</sup> El juez de primera instancia fallo en el mismo sentido.

<sup>8</sup> “Fideicomiso Estrella del Sur s/ Liquidación Judicial s/ Incidente art 250 (FG n°133.757)

## ***II.b) Cuestionamiento en relación a la insuficiencia patrimonial***

Los recurrentes sostienen que el Fiduciario no logró acreditar la alegada “insuficiencia patrimonial”, fundando su planteo en la circunstancia de que en la asamblea realizada el 28.10.2017, se rechazó la liquidación y se decidió un cuarto intermedio hasta el 09.03.2018, para encontrar soluciones para sanear la situación, plazo durante el cual el Comité prepararía un plan de salvataje.

El 23.11.2017, el fiduciario al solicitar la liquidación judicial del FES, denunció entre otros temas: conflictos con distintos proveedores de obra y titulares de boletos, detalló planes de obra propuestos durante el transcurso de los últimos años que no se concretaron y que a posteriori de la asamblea mencionada no existe plan de obra, ni ingresos de aportes, ni fondos líquidos suficientes ni posibilidades ciertas de acceder a financiación; quedando acreditada la *insuficiencia patrimonial* para preservar los bienes fideicomitidos y proteger el interés de los beneficiarios. Además la obra se encontraba paralizada y se estaban afrontando los gastos indispensables con los fondos existentes en la cuenta fiduciaria.

Esta situación fue ratificada por la sindicatura a partir del análisis de los voluminosos elementos aportados por el fiduciario al tiempo de solicitar la apertura del procedimiento de liquidación judicial<sup>9</sup> y la constatación realizada en la obra, los que llevaron a opinar respecto de la no continuación de la explotación de la empresa.

Por su parte el Art. 79 de la Ley 24522 establece que “*Pueden ser considerados hechos reveladores de la cesación de pagos entre otros 1) reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor*”. En el mismo sentido el Art. 86 LCQ también establece que la solicitud de la propia quiebra del deudor se debe acompañar entre otros con el requisito indicados en el Art. 11 Inc. 2, sin que su omisión obste a la declaración de quiebra. De no acreditarse el estado de cesación de pagos, procede de todas formas la liquidación de quiebra (en el caso, liquidación judicial del fideicomiso), si ella es solicitada por el propio deudor (el fiduciario que administra el fideicomiso), quien confesa su insolvencia.

En este sentido la doctrina se ha expedido sobre la cuestión, señalando que los procesos concursales “...*pueden abrirse sin que exis-*

<sup>9</sup> Entre otros “...*los informes de dirección de obra y del comité ejecutivo que se expusieron en la asamblea del 28.10.2017 que dejaban en completa evidencia la absoluta insuficiencia de los bienes fideicomitidos para continuar el emprendimientos, a lo cual se le sumo la decisión de los propios beneficiarios de interrumpir todos los aportes al mismo, colocando así al fideicomiso en la situación fáctica prevista por el art 1687 CCCN, es decir su imperativa liquidación.*”

*ta, o sin que objetivamente se demuestre, que hay cesación de pagos, ya que la sola solicitud del deudor es judicialmente evaluada como confesión –prueba suficiente, por ende- de dicho estado patrimonial.”<sup>10</sup>*

Asimismo y a pesar del tiempo transcurrido entre la asamblea y el decisorio de primera instancia (14.02.18), ni los beneficiarios, ni el Comité Ejecutivo acercaron un solo elemento de juicio que permita desacreditar el estado de cesación de pagos del fideicomiso inmobiliario ni de la inexistencia de la insolvencia debidamente acreditada por el Fiduciario. Tampoco acercaron propuestas concretas que permitan el saneamiento conforme las circunstancias invocadas en la aludida audiencia.

Así sostiene la sindicatura que aún cuando el Fiduciario no hubiese acreditado el estado de cesación de pagos de FES, el proceso de liquidación judicial debe ser abierto de todas formas, pues para ello, basta la confesión del administrador del sujeto insolvente, en este caso, el Fiduciario.

En relación a esta cuestión el dictamen de la Fiscal de Cámara señala que en el caso del FES “... la liquidación judicial del fideicomiso resulta viable y los requisitos de procedencia dispuestos por el Art. 1687 del CCCN se encuentran reunidos, toda vez que resulta evidente la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender las obligaciones emergentes del contrato de fideicomiso, producto de la falta de financiación, sumado a la falta de recursos que permitan superar tal estado, lo cual se encuentra completamente conformado en la negativa de los beneficiarios de continuar con el pago de las cuotas<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Roullion, Adolfo A.N. “Régimen de Concursos y Quiebras – Ley 24.522, Astrea, 17° Ed. año 2015 pág.32)

<sup>11</sup> Entre los argumentos del dictamen se destaca “...del relato formulado por las partes y de la documentación adjuntada surge, que desde el nacimiento del fideicomiso, se sucedieron diferentes planes de obra, que fueron llevados a cabo por distintos desarrolladores, pero todos fracasaron....las graves dificultades financieras que el emprendimiento atraviesa desde hace tiempo, aproximadamente desde el año 2013,...tornó totalmente inviable su culminación pese a los múltiples intentos por torcer dicha situación financiera....en el debate generado en la asamblea celebrada el pasado 28 de octubre de 2017, ..la discusión se centró prácticamente con exclusividad en la falta de financiación para la conclusión del desarrollo...la moción (de la asamblea) no propone medios concretos de superación ... por el contrario se apela a la supuesta realización de diferentes gestiones sin que se indique un resultado seguro que permita al menos inferir algún beneficio para el fideicomiso...”.

### III. Conclusiones

Al judicializarse el procedimiento de liquidación del fideicomiso, entra a jugar el interés público y por tal motivo, las leyes que lo regulan deben aplicarse con preeminencia respecto de las normas particulares sentadas en el contrato y que fueran acordadas por las partes de manera privada.

Calificada doctrina había señalado *-antes de esta reforma-*, que: “... la complejidad y multiplicidad de intereses involucrados en dicho proceso hacía necesaria la intervención del órgano judicial”<sup>12</sup>, con la incorporación del Art. 1687 CCCN, los legisladores introdujeron una importante modificación a la regulación del contrato de fideicomiso, pues cambió su régimen de liquidación extrajudicial contemplado en la Ley 24.441, por otro procedimiento judicial, contemplado por otra ley que también reviste Orden Público, como lo es la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras.-

El fideicomiso no es un sujeto de derecho ni goza de personalidad jurídica, por lo que no podría ser asimilado a una sociedad. En virtud de ello, no podría imponerse a un fideicomiso en liquidación judicial, la aplicación de normas de claro corte societario como lo es el Art. 6º LCQ, ya que el “sujeto” insolvente no es una empresa, sino un simple contrato firmado entre privados.

Además de todos los elementos y relatos aportados al proceso que permiten tener por acreditado el estado de cesación de pagos del fideicomiso y aún cuando ello no fuere así, la confesión de insolvencia formulada por el Fiduciario –a la luz de lo dispuesto por el Art. 79 Inc.1 y Art. 86 de la LCQ- resulta más que suficiente como para que el magistrado disponga la apertura del procedimiento de liquidación judicial.

---

<sup>12</sup>Lisoprawsky Silvio, “Concurso Preventivo del Patrimonio Fiduciario”, Revista La Ley, Año LXXIX N° 196).

## Prohibición de transferencia de acciones del socio fallido en la S.A.S.

*Alejandro H. Ramirez y Carlos E. Vanney*

### I. Introducción

En el año 2017 la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor Nro. 27349<sup>1</sup>, trajo consigo la aparición de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), como nuevo tipo societario regulado fuera de la Ley General de Sociedades (LGS). Esta nueva sociedad introdujo novedosos criterios de flexibilidad y autonomía contractual, que la distinguen del resto de los tipos societarios. Autonomía de la voluntad que se acentúa al dejar librado a la decisión de los socios un gran número de cuestiones referidas a su organización y funcionamiento interno.

Esta libertad contractual, se amplía sobre todo en lo referente al Capital Social de la SAS, con el objetivo de compatibilizar dos categorías de socios diferentes que pueden llegar a estar presentes en la SAS, por un lado el socio emprendedor, y por el otro lado el inversor -no es casual que esta herramienta societaria, haya sido legislada conjuntamente, en la misma ley, con herramientas de financiamiento para emprendedores -como el financiamiento colectivo o crowdfunding, el Fondo Nacional de Capital Emprendedor, el fondo semilla, e incluso beneficios impositivos para los inversores en capital emprendedor-.<sup>2</sup>

Dentro de las herramientas que otorga la SAS para compatibilizar estos dos tipos de accionistas, se destaca la del art. 48, que dispone la posibilidad de prohibir las transferencias de acciones por un plazo

---

<sup>1</sup> Boletín Oficial del 12 de abril de 2017.

<sup>2</sup> La distinción de ambos socios no surge expresamente del texto legal, pero surge de la libertad otorgada por el legislador a fin de compatibilizarlos. En este sentido la doctrina la ha comparado con una especie de Sociedad de Capital e Industria aggiornada al Siglo XXI, comparando al socio capitalista con el inversor, y al industrial con el emprendedor. Cfr. PÉREZ HUALDE, Fernando; "Sociedad por Acciones Simplificada. La autonomía de la voluntad como nota tipificante"; La ley, 03/11/2017.

de hasta 10 años, renovables por otros períodos no mayores a 10 años.<sup>3</sup>

La fuente del derecho comparado de esta posibilidad de prohibición se puede encontrar en la SAS francesa<sup>4</sup> y en la colombiana<sup>5</sup>, las cuales disponen una norma similar.

Al permitir la SAS la prohibición de la transferencia de acciones, se permite una mayor limitación que la contemplada para las Sociedades Anónimas (art. 214 LGS) y las Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 153 LGS), las cuales solo permiten limitar la transferencia, pero siempre que dichas limitaciones no importen prohibición.

El legislador ha buscado con esto evitar la transferencia de las acciones de titularidad del socio emprendedor, cuya participación suele ser tanto fundamental como personalísima<sup>6</sup>, y de esta forma permitir al inversor asegurar que el emprendedor que cuenta con el know how, o en quien él confía, se quedará dentro de la sociedad por el plazo que pacten, o visto de otra forma, el emprendedor podrá asegurar al inversor que se quedará dentro de la sociedad, y así podrá captar inversiones. Es común en los fondos de inversión de capital de riesgo, argumentar que invierten en personas y no en ideas, de allí la importancia de asegurar la permanencia de determinados socios dentro de la sociedad.

---

<sup>3</sup> Artículo 48.- Transferencia. La forma de negociación o transferencia de acciones será la prevista por el instrumento constitutivo, en el cual se podrá requerir que toda transferencia de acciones o de alguna clase de ellas cuente con la previa autorización de la reunión de socios. En caso de omisión de su tratamiento en el instrumento constitutivo, toda transferencia de acciones deberá ser notificada a la sociedad e inscrita en el respectivo Libro de Registro de Acciones a los fines de su oponibilidad respecto de terceros.

El instrumento constitutivo podrá estipular la prohibición de la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del plazo máximo de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez (10) años, siempre que la respectiva decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social.

Las restricciones o prohibiciones a las que están sujetas las acciones deberán registrarse en el Libro de Registro de Acciones. En las acciones cartulares deberán transcribirse, además, en los correspondientes títulos accionarios. Tratándose de acciones escriturales, dichas restricciones deberán constar en los comprobantes que se emitan.

Toda negociación o transferencia de acciones que no se ajuste a lo previsto en el instrumento constitutivo es de ningún valor.

<sup>4</sup> Art. L227-13 Código de Comercio Francés.

<sup>5</sup> Art. 13 LEY 1258 DE 2008 de Colombia.

<sup>6</sup> Conf. Pérez Hualde Fernando, "La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificadas", LL del 3/11/2017.

Al analizar dicha situación, y determinar la importancia del socio emprendedor sobre el que recae una prohibición a la transferencia de acciones, podemos vincular dichas características a las de una sociedad con partes de interés, sin perjuicio de la responsabilidad limitada, y de la división del capital en acciones.

Ante esta situación, cabe analizar que ocurre con la quiebra personal del socio de una SAS sobre el que recae una prohibición de transferencia de acciones, puesto que ante el desapoderamiento de sus bienes, y por ende de sus acciones, estaríamos ante la entrada de un tercero ajeno al elenco social, o incluso ante la salida del emprendedor, lo cual conlleva al riesgo de desaparición de la sociedad, ya que sin emprendedor no hay emprendimiento.

Claramente no es lo mismo que quiebre, y que sea apartado de la sociedad a través del desapoderamiento y posterior enajenación de sus acciones, un socio que aporta capital o un socio emprendedor que trabaja en la empresa, lleva adelante el día a día del emprendimiento y cuyas ideas y proyectos han sido un determinante esencial para que el resto de los socios decidan invertir allí su dinero, e incluso para la existencia misma de la sociedad.

## **II. Prohibición o limitación de transmisibilidad de las acciones en otras sociedades con limitación de responsabilidad**

Las sociedades que requieren la conformidad de todos los socios para las transferencias de las participaciones sociales (partes de interés) son las sociedades de personas<sup>7</sup>. Esta unanimidad implica en la práctica una prohibición de transferencia, ya que si todos están de acuerdo es evidente que no hay inconveniente en transferir esas partes de interés.

Esta prohibición de transmisibilidad de las acciones no la encontramos con igual severidad en los tipos societarios de la Ley 19550 con responsabilidad limitada. Tanto la Sociedad Anónima<sup>8</sup> como la Sociedad de Responsabilidad Limitada<sup>9</sup> pueden establecer restricciones a la transmisión de sus acciones o cuotas partes, pero no pueden prohibirla.

---

<sup>7</sup> Sociedad colectiva (art. 131 de la LGS), sociedad en comandita simple (art. 139 de la LGS) y sociedad de capital e industria (art. 145 de la LGS).

<sup>8</sup> Art. 214 de la LGS: *“La transmisión de las acciones es libre. El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia...”*

<sup>9</sup> Art. 153 de la LGS: *“El contrato de sociedad puede limitar la transmisibilidad de las cuotas, pero no prohibirla...”*

En el caso de la SAS, al contrario de lo establecido para los tipos mencionados precedentemente, la propia ley establece la posibilidad de que los socios acuerden directamente una prohibición -temporal-, la cual depende exclusivamente de la voluntad de los accionistas y convertiría a esta sociedad en un tipo mixto con características *intuitu personae*<sup>10</sup>. Estamos entonces -reiteramos- frente a un tipo societario cuyos socios tienen responsabilidad limitada en el cual los propios socios pueden prohibir las transferencias de los títulos representativos del capital social, para alguna o para todas las clases de acciones.

### III. Desapoderamiento falencial y prohibición de transferencia de acciones

Debemos analizar entonces el caso del socio de la SAS respecto del cual se ha decretado su quiebra personal, por lo que debería ser desapoderado de sus bienes. Ese desapoderamiento<sup>11</sup> debería incluir, en principio, las acciones de las sociedades de las que el fallido sea socio, por estar dentro de su patrimonio. No obstante ello, el desapoderamiento previsto por la ley falencial no es absoluto ya que es la propia ley la que establece las excepciones al mismo, dentro de la cual encontramos una remisión a otras leyes, ante las cuales el desapoderamiento cede<sup>12</sup>.

¿Qué ocurre entonces si esas acciones de la SAS en titularidad del fallido, que deberían ser objeto del desapoderamiento, no pueden ser transferidas en virtud de un acuerdo de socios fundado en una expresa disposición legal? ¿Podría considerarse esa prohibición estatutaria que depende exclusivamente de la voluntad de los socios como una excepción al principio general y esas acciones excluidas del desapoderamiento?

Podríamos sostener que, si la prohibición de transmitir las acciones depende de la voluntad de los socios y no por imperativo legal, no sería de aplicación el inc. 7 del art. 108 de la LCQ.

---

<sup>10</sup> Conf. Molina Sandoval Carlos, "Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)", LL Ed. Esp. 21/04/2017.

<sup>11</sup> Art. 107 de la LCQ.: "... *El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración.*"

<sup>12</sup> Art. 108 de la LCQ.: "*Bienes excluidos. Quedan excluidos de lo dispuesto en el artículo anterior: ... 7) los demás bienes excluidos por otras leyes.*"

Sin embargo, dentro de las excepciones al desapoderamiento que tradicionalmente es aceptada por la jurisprudencia (más allá de algunos pronunciamientos que no concuerdan en cuanto a sus límites y extensión) encontramos, por ejemplo, la vivienda del deudor inscrita como bien de familia, instituto hoy denominado protección de la vivienda<sup>13</sup>. Esta afectación al régimen de protección de la vivienda -que genera que dicho bien sea excluido del desapoderamiento- también depende de la voluntad del deudor, incluso en este caso de su sola voluntad (puede ser también junto con su cónyuge o conviviente) y no de un acuerdo de partes como en el caso de la SAS.

Por lo que el hecho de que la prohibición de transferir dependa de la voluntad del deudor, o de un acuerdo de voluntades entre este y el resto de los socios, no es óbice para la validez de la misma y por lo tanto para que esas acciones no sean incluidas en el desapoderamiento falencial.

De la misma forma vemos que el legislador, en pos de conservar la empresa, ya ha impuesto excepciones a otros derechos, ejemplo de ello es el permiso, que de forma excepcional, otorga para hacer pactos de herencia futura que tenga por objeto una explotación productiva o participaciones societarias (art. 1010 CCyCN), la posibilidad del testador de imponer una indivisión forzosa de la herencia por un plazo de hasta 10 años (art. 2330 CCyCN) o incluso, en el caso de un establecimiento o participaciones societarias hasta que los herederos sean mayores de edad<sup>14</sup>, o el acuerdo en tal sentido que los herederos convengan (art. 2331 CCyCN).

Este principio de conservación de la empresa tiene una fuerte presencia en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la LGS<sup>15</sup> como en la ley concursal<sup>16</sup>, habiendo sido también ampliamente reconocido

<sup>13</sup> El CCyCN establece la protección de la vivienda en los arts. 244 a 256.

<sup>14</sup> Art. 2330.- Indivisión impuesta por el testador. El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad:

- a) un bien determinado;
- b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica;
- c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.

<sup>15</sup> Art. 100 de la LGS.

<sup>16</sup> Desde la sanción de la Ley 19551 en la cual aparece como uno de sus principios orientadores y se regula en los art. 182 y sgts., seguido después en la Ley 24522 (en su redacción actual), que regula, entre otros aspectos, la continuación de la explotación del establecimiento ante la quiebra -art. 190-, la enajenación de la empresa en marcha, las Cooperativas de Trabajo e incluso consagra el

por la jurisprudencia<sup>17</sup>. Esta prohibición temporaria de transferencia accionaria sería una forma de consagrar aquí también ese principio de conservación de la empresa ya que, como dijimos anteriormente, sin emprendedor no hay emprendimiento, o por lo menos así lo entendieron los restantes socios al incluir la cláusula de prohibición de transferencia de las acciones

Asimismo, la propia LGS en su art. 57, nos acerca una solución para el caso de que deban ejecutarse las participaciones sociales, dependiendo si la sociedad es de parte de interés o de capital. Para aquellas, la LGS dispone que *“Los acreedores del socio no pueden hacer vender la parte de interés; sólo pueden cobrarse sobre las utilidades y la cuota de liquidación. La sociedad no puede ser prorrogada si no se satisface al acreedor particular embargante”*, en cambio *“en las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones se pueden hacer vender las cuotas o acciones de propiedad del deudor, con sujeción a las modalidades estipuladas”*<sup>18</sup>.

Ante esta situación, es importante determinar si las acciones del socio emprendedor, sobre las que recae la prohibición de transferencia, convierte a dicha participación en una participación de partes de interés -dadas sus características personales mencionadas anteriormente-, o si se aplica el régimen del segundo párrafo del art. 57 LGS -al ser la SAS una sociedad por acciones-, o si por el contrario tendrá un régimen especial.

Si bien la LGS es aplicable a la SAS de forma subsidiaria, lo es siempre que las normas de la LGS se concilien con las de la ley 27349 (art. 33).

Ante esta situación, entendemos que la ejecución forzada de dichas acciones, deberá ser realizada con sujeción a las modalidades estipuladas (art. 57 in fine LGS), lo que significa que esta ejecución deberá realizarse conforme las limitaciones que prevé el art. 48 de la Ley 27349, por lo que la misma solo podrá ejecutarse cuando venza el plazo estipulado de prohibición de transferencia accionaria establecido por la propia sociedad. Vencido este plazo, sin que el mismo pueda ser prorrogado por un nuevo acuerdo de socios, procederá el desapoderamiento y la liquidación de las acciones. Es decir que los derechos del acreedor, serán equivalentes a los del acreedor del socio de una sociedad de interés (art. 57 1er párrafo LGS). El plazo de diez años no es novedoso, sino que es utilizado por el legislador

---

Salvataje de la Empresa, desplazando al empresario que ha fracasado en la explotación de la misma.

<sup>17</sup> MIGUEL ANGEL GALLEGO Y ASOCIADOS S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO s/ INC. DE APELACIÓN”. CNCOM- SALA E- 4/03/2011, publicado por elDial.com- AA6B6F con fecha 27/05/2011.

<sup>18</sup> Art. 57 de la LGS.

en otros institutos, por lo que resulta razonable<sup>19</sup>.

En el caso de que el instrumento constitutivo de la SAS disponga, además de la prohibición, un derecho de preferencia u otra limitación a la transferencia, será aplicable el art. 153 in fine de la LGS.<sup>20</sup>

Establecido esto, debemos analizar qué ocurre con los dividendos mientras dura esa prohibición de desapoderar las acciones. En tal sentido corresponde diferenciar los ingresos que tendrá el socio emprendedor desapoderado por su trabajo personal, de los que obtenga como dividendos por su tenencia accionaria. Respecto de los primeros regirán las reglas del desapoderamiento, por la porción que lo permite la ley, hasta la rehabilitación, mientras que respecto de los dividendos, estos serán objeto de desapoderamiento en su totalidad, hasta el vencimiento del plazo de prohibición de transferencia de las acciones<sup>21</sup>.

Como la excepción al desapoderamiento es temporal y no definitivo, sino que el mismo se difiere hasta el vencimiento del plazo de prohibición, a fin de resguardar el valor de esas acciones y evitar que la sociedad realice maniobras que afecten su valor futuro o incluso que obstaculicen la distribución de dividendos (por ej. mediante la constitución abusiva de reservas facultativas), entendemos que el juez de la quiebra podría adoptar medidas conservatorias a fin de resguardar los derechos de los acreedores.

---

<sup>19</sup> Se puede ver el plazo de 10 años en reiteradas oportunidades en el Código Civil y Comercial de la nación al regular las Condiciones resolutorias impuestas al dominio (art. 1965), las Cláusulas de inenajenabilidad (art. 1972), la Suspensión a la partición del condominio (art. 2000), el Plazo de creación de créditos en hipotecas abiertas (art. 2189), la Indivisión impuesta por el testador (art. 2330), el Pacto de indivisión acordado por los herederos (art. 2331), la Improcedencia de acción de reducción por donación inoficiosa (art. 2459), Cfr. “La sociedad por acciones simplificada (SAS) y los efectos que produce el fallecimiento de un socio dentro del plazo de vigencia de la prohibición de transferir sus acciones” MIRKIN Gastón Ariel, RODRÍGUEZ ACQUARONE Pilar María, UMASCHI Diego Martín / Revista del Notariado, 929 (jul - sep 2017).

<sup>20</sup> Art. 153 LGS: .... En la ejecución forzada de cuotas limitadas en su transmisibilidad, la resolución que disponga la subasta será notificada a la sociedad con no menos de quince (15) días de anticipación a la fecha del remate. Si en dicho lapso el acreedor, el deudor y la sociedad no llegan a un acuerdo sobre la venta de la cuota, se realizará su subasta. Pero el juez no la adjudicará si dentro de los diez (10) días la sociedad presenta un adquirente o ella o los socios ejercitan la opción de compra por el mismo precio, depositando su importe.

<sup>21</sup> Del mismo modo que no corresponde el desapoderamiento del usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido, pero sí respecto de los frutos de estos bienes (una vez atendidas las cargas), conf. art. 108, inc. 3 de la LCQ.

Y finalmente, más allá de la obligación del emprendedor de no vender las acciones lo que acarrea que estas no puedan ser desapoderadas en forma inmediata, es posible que este, sabiendo que en algún momento perderá sus acciones, no quiera continuar trabajando en el emprendimiento que desarrolla la sociedad. Por lo que, más allá de su obligación asumida con los otros socios, no podrá ser obligado a trabajar, ya que esto es un derecho y no una obligación, aunque si decide dejar de hacerlo deberá responder ante los restantes socios capitalistas. Pero este reclamo escapará a la quiebra ya que el cese de su trabajo será de fecha posterior a la falencia.

Respecto de las consecuencias para los acreedores de la quiebra, creemos que será altamente posible que este emprendedor, sabiendo -reiteramos- que más temprano o más tarde se quedará sin nada de ese emprendimiento ya que al vencimiento del plazo de prohibición perderá sus acciones, y aun en el caso de que decida continuar formalmente con su trabajo, no brinde toda su capacidad y esfuerzo en una empresa que finalmente perderá y entonces -y lamentablemente- este emprendimiento, casi con seguridad, estará condenado al fracaso.

#### **IV. Conclusiones - Ponencia**

A diferencia del resto de los tipos societarios, el instrumento constitutivo de la SAS puede establecer la prohibición de transferir las acciones por un plazo máximo de 10 años (art. 48 Ley 27439), herramienta que se suele usar cuando uno de los socios representa características personales y esenciales para la existencia de la empresa. En el caso de que este socio, sobre el que recae una prohibición de transferir sus acciones, se le decrete la quiebra, y por ende se le desapodere de sus bienes, la participación societaria de esa SAS no podrá ser objeto de ese desapoderamiento, en virtud de lo dispuesto por los artículos 57 in fine LGS -modalidades estipuladas- y 108 inc. 7 LCQ -excluido por otra disposición legal-, y por el principio de conservación de la empresa.

Pero esa excepción al desapoderamiento no será definitiva sino que este se postergará hasta la finalización del plazo acordado por los socios en los términos del art. 48 Ley 27349, luego del cual las acciones serán desapoderadas y liquidadas en la quiebra a través del procedimiento que allí se determine. Y mientras transcurre el plazo entre la quiebra y el vencimiento de la prohibición de transferencia durante el cual se no efectivizará el desapoderamiento, los dividendos que correspondan por esas acciones integrarán el activo falencial. Pero no así las remuneraciones que pueda percibir el socio por su trabajo personal en la sociedad, las que solo serán afectadas por el desapoderamiento en las proporciones de ley y solo hasta la rehabilitación del fallido.

## **Buscando una alternativa a la insolvencia de las aseguradoras en la Argentina**

*Gustavo Adrian Somoza López*

### **Sumario**

El objeto de la presente es abordar un tema conflictivo en relación al derecho concursal cual es el referido a la situación que se suscita ante el proceso liquidatorio de compañías aseguradoras, régimen que no es regulado por la ley 24.522 sino por la ley 20091 de entidades aseguradoras. Me propongo acercar propuestas o al menos motivar algunas reflexiones para mejorar el régimen liquidatorio de aseguradoras que en especial las que cubren riesgos patrimoniales donde el resultado de dicho proceso en la mayoría de los casos es la absoluta desprotección de los asegurados (aunque hubieran contratado su póliza en legal forma y pagado la prima) y de los trabajadores de la entidad liquidada.

### **Desarrollo de fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales**

#### **1). Generalidades las situaciones de insolvencia de las Aseguradoras en Argentina:**

Los procedimientos para resolver situaciones de insolvencia de aseguradoras varían de un ordenamiento jurídico a otro. El sistema normativo argentino en materia de insolvencia de los aseguradores es regulado por una ley que data de 1973, Ley N° 20.091. Antes de dicho cuerpo normativo los contratos de seguros eran regulados por el Código de Comercio y la insolvencia en seguros se regía por Ley de Quiebras, desde ya no era suficiente para llenar los vacíos debido a la naturaleza específica del seguro que exige una reglamentación orientada a las particularidades de este negocio. Pero lamentablemente el vigente actualmente tampoco da una solución adecuada por lo que se impone su mejoramiento. En términos generales, la Ley N° 20.091 establece un ente encargado de regular y

controlar el mercado asegurador : la Superintendencia de Seguros de la Nación. En líneas generales regula el modo en que la Superintendencia tiene que ser constituida, cuáles son las condiciones de autorización para operar como aseguradora, las normas principales para administrar las compañías de seguros y reaseguros, un procedimiento de sanciones en caso de incumplimiento de la normativa, y cómo proceder ante la revocación de la autorización, liquidación y/o insolvencia. En el ámbito específico de la liquidación, dado que nuestra legislación no acepta el proceso de concurso ni quiebra para las entidades aseguradoras, se distingue entre liquidación voluntaria y obligatoria.

La liquidación voluntaria es un proceso similar al que en los EE.UU. generalmente se llama solvent run-off, en este supuesto la decisión de liquidar la compañía es tomada por la misma empresa, quien debe decidir la liquidación de la compañía y preparar un plan de acción basado en los estados financieros. Se requiere que la compañía demuestre su capacidad para cumplir con todas las obligaciones con los activos existentes. La Superintendencia realizara controles periódicos de este plan de acción y en caso de incumplimiento, o si así lo exigiera la protección a los asegurados, la Superintendencia será designada como liquidador

Lamentablemente, los casos de liquidación voluntaria terminan, casi siempre, en liquidación forzosa, debido a la impotencia de las compañías para hacer frente a las obligaciones que les impone la normativa vigente y les aplica la Superintendencia. La otra alternativa que prevé la ley 20091 es la llamada liquidación forzosa, que se inicia por una resolución de la Superintendencia, la cual decide la revocación de la autorización para operar como una compañía de seguros. Esta decisión podrá basarse en una variedad de razones, entre ellas, no comenzar las operaciones dentro de los seis meses de ser autorizado, el incumplimiento de un plan de regularización debido a la insuficiencia de capital mínimo; incumplimiento del estatuto y/o de las condiciones de autorización; insolvencia de su oficina matriz; y la liquidación opera como una sanción administrativa debido a la reiterada falta de cumplimiento con la ley y/o reglamentos. Así descripto en realidad lo que regula la ley 20091 es una regulación para la quiebra de la entidad aseguradora no dando ninguna otra alternativa como podría ser por ejemplo una solución similar al crowm down del artículo 48 de la LCQ o a un APE o una figura similar.

## **2) Que efectos tiene la liquidación de una empresa aseguradora**

Tanto en la liquidación voluntaria como en la forzosa concluyen con el fin de la aseguradora como tal. Independientemente de que todas las obligaciones de los asegurados fuesen cumplidas o no, la empresa ya no será capaz de operar nuevamente como asegurador, tema que a mi entender tiene que ser revisado. Solamente podría producirse la rehabilitación de una aseguradora si discontinúa toda su actividad de suscripción e iniciar un proceso hasta que la empresa esté totalmente saneada, en ese supuesto existe la posibilidad de reanudar las operaciones, ya que la autorización no se perdería, extremo cuasi imposible de lograr. Un efecto específico de la liquidación forzosa es que la Superintendencia estará a cargo de la liquidación de la compañía actuando en funciones que en la ley concursal cumple síndico, sujeto a control y aprobación de un Tribunal Comercial por ende la Superintendencia tendrá específicamente a su cargo la venta de todos los activos existentes y la cobranza de todos los créditos y de habilitar aquellos fondos disponibles para los acreedores que comparezcan a verificar sus reclamos, con lo cual mas allá de cualquier eufemismo estamos ante una quiebra lisa y llana de la aseguradora, proceso que en la casi generalidad de los casos termina (al igual que las mayoría de las quiebras) sin satisfacer a los acreedores, y en particular los trabajadores y los asegurados que incluso debieron tomar un seguro obligatorio como es el de Responsabilidad Civil por transporte automotor haberlo pagado en su totalidad y que dentro del plazo de prescripción se le inicie una demanda por un tercero damnificado en un evento siniestral ocurrido durante la vigencia de dicha póliza . . .

## **3) Diferencia entre Liquidación de Seguros y Quiebra en General**

La Ley 20.091 establece que los aseguradores no podrán ser declarados en quiebra lo cual como exprese antes es un eufemismo dado que sus efectos son similares. Si una compañía de seguros no se encuentra en proceso de liquidación, y está técnicamente en condiciones de ser declarada en quiebra, el Tribunal competente debe disolver la compañía y nombrar a la Superintendencia para su liquidación. Al respecto es interesante recordar el caso "I.A.B." referido a una empresa que después de tomar la decisión de entrar en liquidación voluntaria se la declaró en quiebra . Esta decisión, apelada por la Superintendencia, I.A.B. decidió entrar en liquidación voluntaria para luego cambiar su objeto y no ser así calificada

como una compañía de seguros, sino una empresa haciendo frente a la cancelación de activos y pasivos, la Cámara de Apelaciones Comercial revocó la decisión estableciendo que las compañías en liquidación, deben cumplir con la Ley 20.091 y, por lo tanto, tienen que ser liquidadas en conformidad con dicha ley. El intento de I.A.B. estaba dirigido principalmente a detener la acumulación de intereses a partir de la fecha de declaración de quiebra -que es posible bajo la Ley de Quiebras, pero no en el marco del proceso de liquidación establecido en la Ley N° 20.091.

#### **4) Resumen de efectos económicos de la aplicación de la ley nro. 20091 a la insolvencia de aseguradoras**

En la actualidad se encuentran en proceso de liquidación un total de 156 empresas aseguradoras. Cifras demuestran que el sistema de insolvencia argentino no es tan eficiente como el legislador esperaba que fuera y se impone mejorarlo rescatando lo mejor del vigente modificando todos aquellos aspectos negativos.

### **5. Antecedentes jurisprudenciales del tema**

Repasemos que dice la jurisprudencia al respecto:

a. “...el art. 2 de la ley 24.522 que dispone que no son susceptibles de ser declarados en concursos las personas reguladas por la ley 20.091 (entidades aseguradoras), siguiendo la línea trazada por la jurisprudencia y el texto legal vigente en materia de seguros (arts. 50, 51 y 52 respectivamente, ley 20.091).” “...conforme a lo dispuesto por el art. 51, ley 20.091 las aseguradoras no pueden recurrir al concurso preventivo ni son susceptibles de ser declaradas en quiebra.” “...para el caso en que no se hubiese iniciado la liquidación forzosa de la aseguradora y estuviesen reunidos los requisitos para la declaración de quiebra de la misma, el juez ordinario competente podrá discernir si se dan o no las condiciones legales para la disolución del ente y su liquidación.” “...la liquidación de las aseguradoras puede ser como consecuencia de la disolución dispuesta judicialmente cuando se hallan reunidos los requisitos para la declaración de quiebra...en orden a lo previsto por el art. 51, segundo párrafo, de la ley 20.091, y, el Sr. Juez de Grado deberá hacer saber a la Superintendencia de Seguros de la Nación la denuncia de estado de insolvencia a fin de que tome la intervención que pudiese corresponder en los términos de la ley 20.091, Sección IX y X.”

b. “...Cuando se hallan reunidos los recaudos para tal declaración procedente disponer judicialmente la disolución de la sociedad y su liquidación por la autoridad de control. Consecuentemente, no existe óbice legal para la prosecución de estos actuados a los fines indicados; ello sin perjuicio, claro está, de lo que cupiere decidir ante los eventuales planteos que pudiera formular la emplazada.”

c. “Por lo tanto, el fallo que deniega la apelación y confirma el ingreso a la masa de ciertos créditos por reaseguros desligados de sus antecedentes y de la ratio iuris del instituto; sin abordar el examen de los agravios formulados en cuanto a la inobservancia del régimen de consolidación de deudas, que establece la novación de los créditos y modo de cancelación, no satisface el requisito de la debida fundamentación exigible en las decisiones judiciales (Fallos: 311:809, 1516; 319:3395; 320:2214; 326:3050; 327:5356, entre muchos).” (Del dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, compartido por la CSJN)

d. “El damnificado por un accidente de tránsito que ha obtenido condena contra el autor del daño y la aseguradora citada en garantía, se coloca, frente a esta última en el lugar del asegurado y le corresponden los mismos privilegios que a este último.”

“Por lo expuesto se resuelve: estimar la pretensión recursiva y modificar la resolución apelada, asignando al crédito del incidentista el privilegio especial del art. 160 de la ley 17.418 y el privilegio general del art. 54 de la ley 20.091.”

e. “... Dado que el modo de imposición de costas en la instancia anterior no han sido materia de agravio, corresponde distribuir las de Alzada en el orden causado (cf. art. 68, segundo párrafo, del CPCCN). Ello así habida cuenta que en razón de las particularidades de la cuestión, las especiales circunstancias del caso configuradas por la naturaleza de las funciones concernientes al ejercicio del poder de policía de la Superintendencia de Seguros de la Nación, y en definitiva la situación de insolvencia patrimonial de la Compañía Argentina de Seguros Visión SA, entidad sujeta a aquella supervisión, pudieron razonablemente inducir a la accionante a considerar debidamente fundado en derecho al reclamo intentado (conf. esta Sala, doct, fallo del 13/5/08, Causa 38.038/00 in re “Blanco Galvez Miguel Angel y otros c/ Spolski Alberto y otro s/ Daños y perjuicios” y causa: 28.205/99, in re “Quiroga Debora Vanesa c/EN – Superintendencia de Seguros de la Nación – Ley 20.091 s/ daños y perj”, del 04/09/08).”

## Conclusiones

Como exprese considero que el régimen de liquidación de empresas aseguradoras es susceptible de ser mejorado, alguna de las propuestas son las siguientes:

a. Modificar el artículo 51 de la ley 20.0091 introduciendo la posibilidad de ante la comprobación de resultados negativos en los indicadores y con la supervisión de la Superintendencia de Seguros de la Nación y la participación del Juez comercial pudiendo habilitar un proceso similar al de *crown down*. Los indicadores que lo permitirían serían los siguientes:

**1) Indicador D: Forma de Cálculo:**  $[(\text{Disponibilidad} + \text{Inversiones}) / \text{Deudas con Asegurados}] \times 100$ . **Representa** la capacidad de respuesta de la aseguradora con sus bienes líquidos y cuasi líquidos, ante los siniestros pendientes de pago y posibles reclamos de asegurados y terceros damnificados (en %). **Significado:** Es un Indicador de “solventia líquida” de la aseguradora. Su resultado puede dar de 0 sin límite superior. A mayor resultado, mayor liquidez de la aseguradora, lo que supone una mejor posición para enfrentar el pago de deudas pendientes.

**2) Indicador E: Forma de Cálculo:**  $[(\text{Disponibilidad} + \text{Inversiones} + \text{Total de Inmuebles}) / \text{Deudas con Asegurados} + \text{Compromisos Técnicos}] \cdot 100$ . **Representa** la cobertura o el respaldo con que cuenta la aseguradora para afrontar los riesgos y obligaciones con los asegurados y terceros damnificados (en %). **Significado:** Es un Indicador de “solventia”. Su resultado puede dar de 0 sin límite superior. A mayor resultado, mayor fortaleza de la aseguradora, lo que supone una mejor posición para enfrentar el pago de compromisos de todo tipo.

**3) Indicador G: Forma de Cálculo:**  $(\text{Superávit} / \text{Capital Requerido}) \times 100$ . **Representa:** Indica el excedente de capital acreditado por la aseguradora, con relación al capital requerido por las normas vigentes (en %). **Significado:** Es otro Indicador de “solventia”. Teóricamente no tiene límites. Un valor positivo grande muestra mejor fortaleza de la aseguradora. Siendo el numerador la diferencia entre el Capital Acreditado y el Requerido, un valor negativo mostraría una situación de deficiencia de la entidad.

b. Generar un fondo para el pago de siniestros patrimoniales por reclamos contra asegurados que contrataron pólizas con compañías

en estado de insolvencia con una naturaleza similar al SEDESA aplicado en el sistema bancario argentino pero adaptado desde ya a la realidad del mercado asegurador.

c. Adaptar la aplicación de la normativa de cesión de cartera que se aplica en la A.R.T. para las aseguradoras de riesgos patrimoniales. Con estas soluciones podría dotarse al mercado asegurador de un mecanismo más eficiente para permitir la depuración de las compañías que entren en crisis de insolvencia.

---

<sup>1</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=25379>

<sup>2</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=20965>

<sup>3</sup> Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 10 de Mayo de 2000 (caso Iab Compañía de Seguros Sa S/ Concurso Preventivo. (Ll 11.9.00, Fº 100.859))

<sup>4</sup> <https://www.argentina.gob.ar/companias-en-proceso-de-liquidacion>

<sup>5</sup> "La Economía Comercial SA de Seguros Generales s/ pedido de quiebra (promovido por Tules Yolanda Erminia)" – CNCOM – SALA A – 09/08/2011

<sup>6</sup> 10065/11- "Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ le pide la quiebra (Work S.R.L)" – CNCOM – SALA E – 10/06/2011

<sup>7</sup> B. 1370. XLII. RECURSO DE HECHO - "Brújula Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ liquidación judicial forzosa" - CSJN - 10/03/2009

<sup>8</sup> 49.025/07 - "I.A.B. Compañía de Seguros SA s/ liquidación judicial s/ incidente de verificación de crédito (por Mansilla, Carlos Daniel)" – CNCOM – SALA E – 02/11/2007

<sup>9</sup> Expte. N° 8.519/2001 – "Funes Eustasio Lorenzo y otro c/ EN-Superintendencia de Seguros de la Nación s/daños y perjuicios" – CNACAF – SALA III - 10/08/2017



## La extensión de la quiebra al socio aparente

*Carlos E. Vanney*

### I. Introducción

A principios del año 2018 el Poder Ejecutivo Nacional dictó un mega decreto de necesidad y urgencia<sup>1</sup> que, con el aclamado objetivo de modernizar y simplificar el Estado, modificó -entre muchas otras normas- cuatro artículos de la Ley General de Sociedades. Estas modificaciones fueron luego confirmadas por el Congreso de la Nación por medio de la ley 27.444<sup>2</sup>.

Sin entrar a analizar que relación tiene la modernización o simplificación del Estado con la actuación de testaferros y socios ocultos en las sociedades -más allá de lo expuesto en los considerandos del decreto-, la realidad es que la reforma se hizo y el Poder Legislativo luego la ratificó, por lo que hoy es ley vigente.

Uno de los artículos de la Ley General de Sociedades que resultó reformado fue el 34, que con su nueva redacción prohíbe expresamente la actuación del socio aparente, el presta nombre y el socio oculto. Y el artículo 35 que castiga a los tres mencionados con una amplia responsabilidad, asimilándola al socio de la Sociedad Colectiva. Por lo que la reforma viene a agravar la situación del testaferro (o socio aparente, o presta nombre) situándolo -al menos en lo que respecta a su responsabilidad- en el mismo nivel que aquel a quien, con su aparente presencia en la sociedad, oculta. Antes de la reforma el presta nombre o socio aparente no tenía un castigo legal tan severo como ahora.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Decreto 27/2018 – publicado en el Boletín Oficial del 11 de enero de 2018.

<sup>2</sup> Publicada en el Boletín Oficial del 18 de junio de 2018.

<sup>3</sup> Textos anteriores de la ley 19.550: Art. 34 “SOCIO APARENTE: El que prestare su nombre como socio no será reputado como tal respecto de los verdaderos socios, tenga o no parte en las ganancias de la sociedad: pero con relación a terceros, será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio, salvo su acción contra los socios para ser indemnizado de lo que pagare”. “SOCIO OCULTO: La responsabilidad del socio oculto es ilimitada y solidaria en la forma establecida en el art. 125”. Art. 35 “SOCIO DEL SOCIO: Cualquier

## II. Nueva situación del socio aparente

La nueva redacción legal pone en pie de aparente igualdad a ambas partes de la maniobra de ocultamiento social. Anteriormente solo se castigaba con la máxima responsabilidad al verdadero dueño de la participación societaria, pero no a su “cómplice”, a aquel que pone su cuerpo para ocultar a quien no quiere figurar. Hoy la responsabilidad es la misma.

La ley reputa prohibido este ocultamiento de participaciones societarias y es por eso que castiga a ambas partes de la oscura maniobra. Y es la propia ley la que establece la prohibición y la penalidad en caso de que la misma sea violada. El socio oculto y el socio aparente son distintas caras de una misma moneda. Para que exista un socio oculto, debe existir un socio aparente.

El socio oculto es *“aquel que ante terceros niega o esconde su participación en el contrato social”*<sup>4</sup> y su contracara el socio aparente es *“aquella persona (física o jurídica) que presta su nombre, por acción u omisión, a efecto de que se lo emplee como socio de una compañía”* o *“aquel que presta su nombre para figurar como socio pero que no lo es. O sea que el socio aparente es el “testaferro” de un socio verdadero, que puede ser oculto o ser otro socio ostensible.”*<sup>6</sup>

Hasta hoy la doctrina entendía que, ante la quiebra de la sociedad, correspondía decretar la quiebra del socio oculto, habiéndolo también así entendido la jurisprudencia<sup>7</sup>, y sosteniendo también parte de la doctrina que antes de esa extensión debería haber sido citado en los términos del art. 84 de la Ley de Concursos y Quiebras a fin de garantizar debidamente su derecho de defensa.<sup>8</sup>

socio puede dar participación a terceros en lo que le corresponde en ese carácter. Los partícipes carecerán de la calidad de socio y de toda acción social; y se les aplicarán las reglas sobre sociedades accidentales y en participación”.

<sup>4</sup> Conf. Halperín Isaac y Butty Enrique M. en “Curso de Derecho Comercial”, Vol. 1, 4<sup>a</sup> edición, Bs. As., 2000, Ed. Depalma, página 360.

<sup>5</sup> Conf. Tratado de Derecho Comercial, Martorell Ernesto E. (Director). Tomo VI, pág. 334. Ed. La Ley.

<sup>6</sup> Ver Favier Dubois Eduardo M. (P) y Favier Dubois Eduardo M. (H) en [http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos\\_doctrina/TESTAFERROS\\_EN\\_EL\\_DERECHO\\_SOCIETARIO.pdf](http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/TESTAFERROS_EN_EL_DERECHO_SOCIETARIO.pdf)

<sup>7</sup> En autos: Alvear 1850 S.R.L. S/ Quiebra S/ Inc. de extensión de quiebra, sentencia dictada con fecha 26 de diciembre de 1997 por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal.

<sup>8</sup> Conf. Villanueva Julia en “Apuntes sobre la quiebra refleja” en “Homenaje a Dr. Osvaldo J. Mafia”, I.A.D.C. y F.I.D.E.C.E.C., Truffat-Barreiro-Piossek-Nicastro (Coordinadores), Ed. Lerner, Bs. As., 2008, página 521.

Es decir que, mas allá de la apariencia referida a quien figura como socio, es verdadero socio de esa sociedad a la que se le decretó la

quiebra es el oculto y respecto de este podremos extender la misma, sin importar el tipo societario del que se trate. Pero, salvo alguna opinión, la doctrina mayoritariamente entendía que no correspondía también la extensión de la quiebra al socio aparente en los casos de quiebra de sociedades con responsabilidad limitada.<sup>9</sup>

Esta situación, con la nueva redacción legal, aparentemente ha cambiado. Por lo que corresponde volver a plantearse que ocurre con la situación del testafierro ante la quiebra de la sociedad.

Como ya dijimos, hoy la ley no solo castiga a quien ha decidido permanecer oculto y no figurar como socio sino que se ha extendido ese castigo a quien ha sido cómplice en esa maniobra, quien ha prestado su nombre para ocultar a quien era el verdadero socio de la sociedad. La ley ha planteado la prohibición del socio aparente y su contracara, el socio oculto, reputando ilegal la actuación de ambos y ha agravado la responsabilidad del primero.

Por lo que nos encontraremos actualmente, cuando se den las actuaciones de estas personas, con un acto nulo, con todo lo que ello implica. En este caso entendemos que estamos frente a una nulidad relativa, que podría ser saneada por los intervinientes en el mismo (conf. arts. 366 y 368 del C.C.C.).<sup>10</sup> Y con ese saneamiento se pondría fin a la situación ilegal y por consiguiente a la posibilidad de extender la quiebra. Pero mientras esta situación continúe, la misma resulta violatoria del art. 279 del C.C.C.<sup>11</sup> ya que estamos frente a un

<sup>9</sup> Conf. Barbieri Pablo en "Algunos apuntes sobre la extensión automática de la quiebra" en "Homenaje al Dr. Osvaldo J. Mafia", I.A.D.C. y F.I.D.E.C.E.C., Truffat-Barreiro-Piossek-Nicastro (Coordinadores), Ed. Lerner, Bs. As., 2008, página.449.

<sup>10</sup> ARTICULO 386 del C.C.C.: ... Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas. ARTICULO 388 del C.C.C.: Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.

<sup>11</sup> ARTICULO 279 del C.C.C.: Objeto. El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.

acto prohibido por la ley, por lo que analizaremos su consecuencia.

Si bien esta prohibición legal no afectará a la sociedad en sí (no entraremos en este trabajo a analizar la validez de la sociedad en caso

de que exista un solo socio presta nombre de un solo socio oculto), en cuanto a su validez esta situación ilegal podrá ser invocada por la sociedad y por los otros socios, a la hora de permitir o no el ejercicio de los derechos del socio que actúa irregularmente.

Pero si el socio oculto y su testafarro cesan en su ilegal conducta antes de que la sociedad quiebre y llegue a plantearse la extensión de la quiebra, creemos que no correspondería la aplicación de ese instituto falencial (salvo que sea por deudas anteriores), por lo que solo analizaremos el caso de que la conducta persista al momento de tener que decidirse la extensión de la quiebra.

Del mismo modo que entendemos que la aplicación de la nueva normativa -y sus consecuencias- solo podrá hacerse respecto de los socios ocultos y sus presta nombres que continúen con esa irregular situación luego de la reforma legal, por lo que, el testafarro que hubiera cesado en su conducta antes del 11 de enero de 2018, no podrá ser perseguido por esa conducta aplicándosele la máxima responsabilidad en virtud de los principios que dimanarían del art. 7 del C.C.C.<sup>12</sup>

Pero más allá de ello, y para el socio aparente que continúe como tal luego de la reforma, ese castigo que acarrea una amplísima responsabilidad, tiene consecuencias. Y una de ellas podríamos verla en el caso de que la sociedad sea declarada en quiebra y debamos analizar si corresponde o no extender la misma.

### III. Quiebra refleja del socio aparente

El art. 160 de la Ley de Concursos y Quiebras establece que *“La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada”*. La norma en cuestión no distingue sobre la

<sup>12</sup> ARTICULO 7° del C.C.C.: Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

causa de esa responsabilidad sino que se limita a establecer que, ante la quiebra de una sociedad, esta acarrea como consecuencia la quiebra de los socios que no tengan limitación de responsabilidad.

Esta quiebra refleja no está limitada a los socios que, por el tipo societario que hubiera adoptado la sociedad, tengan esa responsabilidad amplísima. Es decir que entendemos que la extensión de la quiebra no se aplica solamente por el tipo de responsabilidad derivada de un determinado tipo social, sino que la misma se deriva directamente de la responsabilidad ilimitada, sin importar la causa de esa responsabilidad.

Es por ello que, acreditada la existencia de un socio oculto, estará también acreditada que la cara visible de ese socio ha sido otra persona que, sin ser socio real (al menos por esa participación social), ha aparecido como tal frente a los otros socios y frente a los terceros. Y ambos tendrán una responsabilidad ilimitada.

¿Debemos entonces aplicar el nuevo texto legal en materia societaria y trasladarlo al ámbito del derecho concursal y como consecuencia de ello, aplicar directamente el art. 160 de la Ley de Concursos y Quiebras? En virtud de ello, ¿ante la quiebra de una sociedad (con limitación de responsabilidad de los socios) en la que se haya determinado la existencia de un socio aparente y un socio oculto, correspondería extender a estos la quiebra y decretar también la quiebra personal de ambos?

Ante estas preguntas que, a primera vista tendrían una respuesta afirmativa, nos encontramos con un obstáculo legal, que es el propio texto del art. 160 de la Ley de Concursos y Quiebras.

Para que pueda existir una extensión de quiebra es necesario que se den dos requisitos: 1. Una sociedad declarada en quiebra (quiebra principal) y 2. Un socio (o varios) con responsabilidad ilimitada.<sup>13</sup>

Es decir que deben darse ambos supuestos. Y ante la falta de uno de ellos, no habrá extensión de quiebra, al menos no respecto de todos los involucrados. Si la habrá respecto del socio oculto (verdadero socio) pero no podemos afirmar lo mismo respecto de quien figuró como tal, su presta nombre (ya que no es socio).

Como expresamos anteriormente, la quiebra refleja se extiende a los socios -y solo a los socios- con responsabilidad ilimitada. Se ha

<sup>13</sup> Conf. Código de Comercio, comentado y anotado. Rouillon Adolfo A. N. (Director), Tomo IV-B pág. 371. Ed. La Ley.

dicho que para que exista este tipo de extensión es necesario *“que el extendido posea la condición de socio de una compañía mercantil con responsabilidad ilimitada por las obligaciones de la sociedad y que a esta le sea decretada la quiebra”*.<sup>14</sup> Si hemos llegado al punto de plantearnos esta cuestión -extender o no la quiebra a un testafarro- es porque en el caso concreto ya tenemos por cierto la existencia de un presta nombre y de un socio oculto, que es este último el verdadero socio de esa sociedad a la que se le decretó la quiebra.

La extensión de la quiebra, como toda sanción, es un instituto que debe ser interpretado restrictivamente y debe ser aplicado solo en los casos taxativamente previstos por la ley, no pudiendo su interpretación ser ampliada o aplicada por analogía.

Y la ley ordena la extensión de la quiebra al socio. Y el presta nombre no es socio<sup>15</sup>. Por mas que aparezca como tal en el acto constitutivo o sus modificaciones de una S.R.L. o figure como socio en el estatuto o haya adquirido las acciones de una S.A. o una S.A.S., ya se ha demostrado que el verdadero socio es quien permanecía oculto. Es decir que para que exista un socio aparente, este (al menos respecto de la porción objeto de la simulación que es la parte objeto de este trabajo) no debe ser el socio real de la sociedad<sup>16</sup>. Por lo que no podríamos extenderle la quiebra refleja a ese testafarro ya que no se daría el presupuesto subjetivo para la aplicación del instituto de la extensión falencial. Ser socio.

La excepción a este presupuesto subjetivo la encontramos en el propio texto legal. En efecto, el mismo art. 160 de la Ley de Concursos y Quiebras establece el caso en el que el instituto de la extensión de la quiebra también se aplica a quien no es socio, pero que lo era al momento de producida la cesación pagos<sup>17</sup>. Si es la propia ley

<sup>14</sup> El Concurso Preventivo y la Quiebra. Cámara, Héctor, actualizado bajo la dirección de Ernesto E. Martorell. Tomo IV, pág. 231. Ed. Lexis Nexis.

<sup>15</sup> “Como el socio aparente no es socio, no tiene derecho a ejercer los derechos derivados del estado de socio”. Conf. CNCom Sala B 19/07/2001 en Autos “Arcuri Gustavo Adrián c. Univers Electronic S.A. y otros s. Ordinario” LL 2001-F. 463, citado en Código de Comercio, comentado y anotado. Rouillon Adolfo A. N. (Director), Tomo III, pág. 88. Ed. La Ley

<sup>16</sup> Conf. Tratado de Derecho Comercial, Martorell Ernesto E. (Director). Tomo VI, pág. 337. Ed. La Ley.

<sup>17</sup> ARTICULO 160 de la L.C.Q.: Socios con responsabilidad ilimitada ... También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso.

la que establece la única excepción, no corresponde que estas sean ampliadas introduciendo nuevas excepciones no previstas por el legislador o, dado lo restrictivo del instituto, aplicando las existentes por analogía.

La equiparación legal que ha hecho la reforma se limitó a establecer la no limitación de responsabilidad a ambas caras de la moneda, a quien figura como socio y a quien este oculta. Pero la falta de limitación de responsabilidad no convierte al socio aparente -que no es un socio real- en socio, sino que establece que este deberá responder en forma amplísima con su patrimonio personal por las deudas sociales. La penalidad está determinada en la misma Ley General de Sociedades en su art. 35. Pero ello no implica una modificación del art. 160 de la Ley de Concursos y Quiebras ni la ampliación del presupuesto subjetivo contenido en dicha norma.

¿Es esto justo? Creemos que no. Pero es la ley. Y como tal debemos respetarla y aplicarla. Pero también creemos que sería necesaria una reforma legal que prevea el supuesto en análisis y ampliara los supuestos de extensión de quiebra a la contra cara del socio oculto, a quien fue partícipe necesario en la maniobra de ocultamiento y a quien hoy la ley reputa como partícipe de un acto ilegal y castiga con una responsabilidad ilimitada.

#### IV. Conclusiones - Ponencia

Luego de la reforma legal nos encontramos que el caso de la actuación de un socio aparente es en la actualidad una simulación ilícita que provoca la nulidad del acto<sup>18</sup> y que imposibilita ejercer cualquier acción entre las partes<sup>19</sup>, por lo que el verdadero dueño de las participaciones sociales no podría, ni siquiera con un contradocumento, solicitar ser reconocido como verdadero socio<sup>20</sup>. Quien

---

<sup>18</sup> Conf. art. 334 del C.C.C.: ARTICULO 334.- Simulación lícita e ilícita. La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas.

<sup>19</sup> Conf. art. 335 del C.C.C.: ARTICULO 335.- Acción entre las partes. Contradocumento. Los que otorgan un acto simulado ilícito o que perjudica a terceros no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación...

<sup>20</sup> Conf. Código Civil y Comercial Comentado - Lorenzetti, Ricardo L. (Director), Tomo II, pág. 358. Ed. Rubinzal Culzoni. Allí se sostiene que *“El ordenamiento jurídico no podría permitir que aquellos que simularon y ocultaron bienes*

prestó su nombre deberá afrontar las consecuencias de su accionar antijurídico pero, como una consecuencia de esa maniobra que la ley reputa ilegal, no podrá ser atacada por el socio oculto en una eventual ejecución del contradocumento.

Más allá de la redacción un poco simple del nuevo texto legal, vemos con alegría que las leyes de nuestro país continúen en el camino de ocuparse del oscurantismo y la ilegalidad, prohibiendo conductas disvaliosas, castigando las conductas contrarias a derecho, y equiparando la responsabilidad de ambos intervinientes en la maniobra.

### **Ponencia**

La igualdad entre los dos participantes de la maniobra analizada en este trabajo, si bien actualmente lo es respecto de la responsabilidad, no es completa. Por lo que, ante la quiebra de la sociedad en la cual el presta nombre figuraba como socio, aunque se trate de un tipo societario con limitación de responsabilidad, este testaferra -a diferencia del socio oculto- no podrá ser declarado en quiebra por extensión a pesar de que luego de la reforma su situación en cuanto a la responsabilidad es igual a la de su cómplice y a la del socio de la Sociedad Colectiva. Y no podrá extenderse la quiebra<sup>21</sup> ya que no es efectivamente socio, por lo que a la reforma le ha faltado una parte. Y esta es la modificación del art. 160 de la Ley de Concursos y Quiebras, ampliando los supuestos de extensión de quiebra a quien, sin ser socio, ha actuado frente a la sociedad, los socios y la comunidad como si lo fuera<sup>22</sup>.

---

*para sustraerlos de la acción de los acreedores puedan aprovecharse de las consecuencias de su propio obrar ilícito y decidan libremente volver las cosas al estado real cuando ya no quieran seguir más con la ficción o cuando una de las partes advierte que su cómplice intenta perjudicarlo desconociendo el acuerdo simulatorio”.*

<sup>21</sup> Nos referimos a la quiebra refleja del art. 160 de la L.C.Q.

<sup>22</sup> La nueva redacción del texto legal, por ejemplo, podría decir: ARTICULO 160.- Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios, y de quienes han actuado como socios, con responsabilidad ilimitada...

## La extensión de la quiebra al socio unico de la S.A.S.

*Carlos E. Vanney*

### I. Introducción

Con el dictado de la Ley 27.349<sup>1</sup> de Apoyo al Capital Emprendedor se ha creado en nuestro país un nuevo tipo societario, la Sociedad por Acciones Simplificada. La misma se encuentra regulada en los arts. 33 y siguientes de la norma mencionada, aplicándose supletoriamente la Ley General de Sociedades para las cuestiones que no estuvieran allí previstas.

Esta nueva sociedad, que permite un ejercicio muy amplio de la autonomía de la voluntad de sus socios, es además la primera en nuestro derecho que puede ser verdaderamente unipersonal<sup>2</sup>. Ello ya que puede tener un socio único que sea el único integrante del órgano de administración y además prescindir de la sindicatura. La obligatoriedad de designar un administrador suplente cuando se prescinde del órgano de fiscalización no modifica lo expuesto ya que ese suplente solo actuará ante la falta de administrador titular, pero no tendrá ninguna injerencia en la sociedad mientras este esté.

Estaremos entonces ante una sociedad, que es una persona distinta de sus socios -o su socio en el caso en análisis-, cuyo dueño es una sola persona y que además que no es controlada por ninguna otra. Esta situación, si el socio/administrador único no es muy prolijo en el manejo de los bienes y los negocios sociales, puede llevar fácilmente a una confusión o mezcla entre lo que es de la sociedad y lo que es de su único dueño o en un confuso entendimiento de cuál es el interés de la sociedad y cual el de su dueño.

---

<sup>1</sup> Publicado en el Boletín Oficial 12 de abril de 2017.

<sup>2</sup> No desconocemos la existencia de la Sociedad Anónima Unipersonal, creada por Ley 26.994 (Publicada en el Boletín Oficial del 8 de octubre de 2014). Pero la S.A.U., si bien tiene un único socio, requiere para su funcionamiento de más de una persona integrando sus órganos.

Y esta confusión, en caso de quiebra de esa S.A.S., podría derivar en la aplicación de cualquiera de los incisos del art. 161 de la Ley de Concursos y Quiebras. Por lo que debemos intentar analizar como debería ser la actuación de ese socio único para evitar que se le aplique en su contra el instituto de extensión de la quiebra.

## II. Distintos supuestos de Extensión de Quiebra

Los supuestos en los que se aplica el instituto de extensión de la quiebra están previstos en los arts. 160 y 161 de la Ley de Concursos y Quiebras.

El primero de estos artículos prevé el caso de quiebra refleja en virtud del cual, ante la quiebra de una sociedad en la que existan socios con responsabilidad ilimitada, se decreta también la quiebra de esos socios sin limitación de responsabilidad. Este supuesto no sería de aplicación en el caso de la quiebra de una S.A.S. ya que, conforme lo establece el art. 34 de la Ley 27.349<sup>3</sup>, el o los socios de esta sociedad limitan su responsabilidad a la integración de las acciones, en forma similar a la S.R.L. (en virtud de lo dispuesto por el art. 43 de la ley).

Es por ello que los socios de la S.A.S. solo deben responder por el capital social suscripto hasta su total integración, capital que, además, se ha fijado en un mínimo de dos veces el salario mínimo vital y móvil por lo que lamentablemente para los eventuales acreedores<sup>4</sup> puede ser muy bajo.

Por lo que la extensión de la quiebra en principio solo podría ser viable si de da, ante la quiebra de una S.A.S., alguno de los supuestos previstos por el art. 161 de la Ley de Concursos y Quiebras<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Artículo 34 Ley 27.349: Constitución y responsabilidad. La SAS podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas, quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran...

<sup>4</sup> Esto si tomamos como cierto la postura clásica que sostiene que el capital social es la garantía última de los acreedores para la atención de sus obligaciones.

<sup>5</sup> ARTÍCULO 161 de la L.C.Q.: Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende:

1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores;

2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante:

Y la realidad es que, analizando los tres supuestos previstos en la norma, vemos con preocupación que resultaría sumamente fácil que el socio único de la S.A.S. se viera involucrado en cualquiera de esos supuestos y pudiera pretenderse extenderle a él, en forma personal, la quiebra de la sociedad.

El primero de estos supuestos castiga a quien, aparentando actuar en nombre de la sociedad fallida, ha actuado realmente en interés personal, disponiendo de los bienes sociales como propios, perjudicando a los acreedores. Como el único que pudo actuar en nombre de la fallida fue su socio único, si este incurrió en la conducta descrita y causó perjuicio, no resultaría extraño que se intente extenderle la quiebra basándose en esta norma.

El segundo supuesto castiga a la controlante de la fallida. No hay duda que su único socio lo es. Pero ser controlante no es suficiente para la aplicación de este instituto. Este controlante/socio único además tuvo que actuar en interés propio, desviando el interés social. En este caso la ley no requiere el fraude a los acreedores, sino simplemente el desvío del interés social en beneficio propio.

Y el último supuesto castiga el caso de la confusión patrimonial que no permita distinguir de quien son los activos y pasivos. Esa confusión, sobre todo en épocas de vacas flacas, puede ser muy tentadora para el socio único.

Resulta claro que en una S.A.S. unipersonal, en la que el socio único sea además el único administrador y que prescindiera de órgano de control, la única persona que pudo incurrir en las conductas descritas en la ley es justamente ese socio único.

Debemos analizar entonces como puede protegerse ese socio único -también único administrador-, que no es controlado por una sindicatura, y que conductas debería evitar para que, en caso de que se decreta la quiebra de la sociedad, no pueda aplicársele el instituto de extensión de la quiebra.

---

a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social;

b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.

3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

### III. El socio único de la S.A.S. frente a la quiebra de la sociedad

En las sociedades cerradas o de familia de nuestro país vemos con mucha frecuencia que, si estas no cuentan con gerenciamiento o auditorias profesionales, los negocios de la sociedad y los negocios de sus dueños o su dueño tienen a mezclarse. A veces llegando a extremos que luego de un tiempo resulta prácticamente imposible volver a separarlos.

Y es común también el caso de sociedades con dos o más socios en lo formal pero con un único socio real, no siendo esta práctica realmente sancionada por el Estado (ya sea por vía administrativa o judicial). Estas sociedades nacen, viven y mueren sin que -salvo contadas excepciones respecto de las cuales podríamos escribir una ponencia completa pero de derecho societario<sup>6</sup>- se haya cuestionado la real existencia de un único dueño, que maneja los negocios sociales como si fueran una parte de su patrimonio, y sin que esa conducta sea realmente sancionada -salvo excepciones-, ni por las vías societarias, ni por las vías del derecho concursal.

Esto se daba indefectiblemente en nuestro país hasta hace tres años ya que, hasta que entró en vigencia de la Ley 26.994<sup>7</sup>, las sociedades debían tener un mínimo de dos socios. Desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial nuestro derecho permite, a través de la S.A.U., la sociedad de un solo socio. Y esta tendencia se vio ratificada con la Ley de Emprendedores que crea la S.A.S., que también puede tener un socio único. Con el agravante en este último caso que esta sociedad puede prescindir de órgano de fiscalización y no se encuentra comprendida en los casos del art. 299 de la Ley General de Sociedades<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Una excepción a esto se dio en los autos "Simancas, María Angélica c/Crosby, Ronald y Otros s/Ordinario", donde el juez de primera instancia, siendo el objeto de la demanda una acción de responsabilidad social y remoción de directorio, decretó de oficio -y a pesar de no haber sido pedido- la "...nulidad del acto constitutivo de la entidad 'Caledonia Sociedad Anónima Comercial Industrial y Agropecuaria' con los alcances previstos por el art. 18 y conchs., LSC.", disponiendo la disolución y liquidación de la sociedad Caledonia S.A. La sentencia fue confirmada, por no haber sido objeto de agravio en la apelación a pesar de exceder lo pedido en la demanda, y ampliada (además de fuertemente criticada en la Alzada) por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D (sentencia de fecha 5 de noviembre de 2008).

<sup>7</sup> Entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, en virtud de lo dispuesto por la Ley 27.077 (publicada en el Boletín Oficial el 19 de diciembre de 2014).

<sup>8</sup> Como si lo está la S.A.U.: ARTICULO 299 de la L.G.S.: Las sociedades anóni-

Si nuestro ordenamiento jurídico permite la existencia de la sociedad de un solo socio y permite que estas sociedades brinden a su único dueño una responsabilidad limitada, no podemos sostener que en caso de quiebra de la persona jurídica casi automáticamente -por más que debamos aplicar alguno o algunos de los supuestos del art. 161 de la Ley de Concursos y Quiebras- dicha quiebra se extienda, o pretenda extenderse, a su socio único por el solo hecho de serlo.

Se ha sostenido con gran acierto que *“la doctrina del disregard of legal entity tampoco toma pie en la sola circunstancia de estar involucrada una sociedad de un solo socio... los casos en que debe rasgarse el velo que cubre la sociedad de un solo hombre, no se distinguen en ningún respecto de aquellos en que la persona jurídica se compone de muchos miembros. Aunque en las sociedades de un solo hombre se alcance al único socio, esto sucede porque trataba de infringir lo convenido en un contrato o de burlar lo que dispone la ley y nunca por la sola razón de que se tratara de una sociedad de un solo hombre. Considerado el problema de ese modo, no resulta esencial la diferencia entre la aplicación de la doctrina de la desestimación de una sociedad con muchos miembros y la misma aplicación en la que sólo se compone de uno; sólo es una diferencia de grado”*<sup>9</sup>.

La posibilidad del abuso de la personalidad jurídica y el mal uso de esta siempre puede ocurrir. Pero ello no se deriva de la cantidad de socios del ente, o de si este tiene uno, dos, o más socios, sino de la conducta que hayan tenido estos. Y la existencia real de una sociedad, por más que sea de socio único, se debe a la existencia real de una organización, con autonomía económica y administrativa respecto de su socio<sup>10</sup>. La S.A.S. unipersonal, para poder defender su real existencia ante quienes pretendan considerarla una mera fachada para esconder patrimonio, deberá tener una actividad propia,

---

mas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos: ... 7°) Se trate de Sociedades Anónimas Unipersonales.

<sup>9</sup> Conf. Serick, R., “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles”, Barcelona, 1958, p. 125. Citado en los autos “Simancas, María Angélica c/Crosby, Ronald y Otros s/Ordinario”, en el voto del Dr. Pablo D. Heredia.

<sup>10</sup> Conf. De Gregorio, A., “De las sociedades y de las acciones comerciales”, en Derecho Comercial, t. VI, vol. II, de Bolaffio, Rocco y Vivante, Buenos Aires, 1960, p. 491, n. 250/251). También citado por Heredia en el voto mencionado.

distinta<sup>11</sup> de la de su

socio. Es evidente que no habrá asambleas donde se discutan las cuestiones referidas a la marcha de la sociedad o sus planes futuros, o en las que se debatan las conductas de los directores y sus responsabilidades. Pero ello no obsta a que realmente pueda existir una sociedad, persona distinta de su dueño, con patrimonio, intereses y objetivos también distintos de su dueño.

El objeto de este trabajo -reitero- es el análisis, dentro de la escasa extensión que puede tener, del caso de la S.A.S. de socio único que también cumple la función de administrador del ente, el cual -además- prescinde de órgano de fiscalización. Y es justamente por esa limitación que no analizaremos puntualmente cada supuesto de extensión de quiebra en particular, sino que veremos la problemática desde una óptica más general.

No negamos que en muchos casos existirá la tendencia de ese único dueño de desviar los negocios sociales y caer muy fácilmente en una confusión de lo propio y lo social, mezclando ambos patrimonios, pagando deudas de uno con fondos de otro y utilizando los bienes y fondos sociales como si fueran personales. También sabemos que en algunos casos estas sociedades podrán ser utilizadas como meros instrumentos para separar u organizar patrimonios personales o familiares. Pero a pesar de esto, también creemos que no siempre debe darse la situación descripta, que llevaría indefectiblemente a una extensión de quiebra por alguno de los incisos del art. 161 de la Ley de Concursos y Quiebras, sino que puede darse el caso de un empresario que evite caer en estas conductas y mantenga separados los negocios de la S.A.S. de sus cuestiones personales.

No entraremos a analizar los casos puntuales en los que se extendió o no la quiebra, pero podemos resumirlos sosteniendo que en los casos en los que procedió la extensión no se sancionaron conductas puntuales sino la utilización de la sociedad como una fachada. Debemos ver entonces como debería ser la conducta de este empresario -socio único de la S.A.S.- para estar protegido en caso de quiebra de su sociedad.

Así como en los casos de extensión de quiebra de una sociedad de mas de un socio es frecuente encontrar que los socios a quienes se pretende extender la quiebra han incurrido en mas de uno de los

<sup>11</sup> Distinta no en relación al rubro de la actividad, sino por estar organizada en forma independiente.

tres supuestos previstos por la ley<sup>12</sup>, en el caso de la S.A.S. objeto de este trabajo creemos que esto se daría en casi todos los casos en los que se planteara la extensión.

Y estamos casi seguros que nos vamos a enfrentar en estos casos con una grave presunción en contra del socio único que, si bien no correspondería considerar a la luz del texto frío de la ley y su interpretación restrictiva<sup>13</sup>, entendemos que ocurriría, atento los prejuicios que evidentemente aún existen respecto de las sociedades unipersonales, ya sea por parte de las sindicaturas como por parte de nuestros tribunales. Debemos evitar que se utilice este instituto, previsto para casos muy puntuales, en lugar de las acciones de responsabilidad que pudieran corresponder en cada caso.

Es por eso que, al contrario de lo que ocurre en muchas quiebras, en las que misteriosamente desaparecen los papeles y libros sociales<sup>14</sup> y por lo tanto no hay sustento en que basarse para poder fundar una extensión de la quiebra, creemos que en los casos bajo estudio esta misteriosa pérdida -más allá de la “dificultad” de perder puntualmente libros digitales- operaría como una grave presunción en contra del socio único -a pesar del principio de interpretación rigurosa de la prueba a favor del pretense extendido-, socio que además obviamente era quien debía cuidar esa documentación. Y podría basarse solo en esa pérdida la extensión de la quiebra de la sociedad hacia su socio único.

Ante esta presunción en contra del socio único que creemos que se dará en la práctica en nuestros tribunales, creemos que la forma de evitar, ante la quiebra de la sociedad, la extensión de dicha falencia al socio, es justamente actuar en forma contraria a la que muchas veces actúan las sociedades de más de un socio, ocultando libros e información a fin de dificultar la prueba en el juicio de extensión. Este socio único deberá extremar los recaudos para no mezclar ambos patrimonios, para no confundir los negocios de la sociedad con su economía personal y para mantener en forma clara las cuentas propias y sociales. Y para mantener siempre al día y en forma prolija la contabilidad de la S.A.S.

---

<sup>12</sup> Conf. Cámara Héctor, “El Concurso Preventivo y la Quiebra”, actualizado bajo la dirección de Ernesto E. Martorell, Tomo IV, pág. 250, Ed. LexisNexis.

<sup>13</sup> Por ser una sanción y además una excepción al principio de derecho concursal que nos enseña que no hay quiebra sin insolvencia.

<sup>14</sup> Si los taxistas de la Ciudad de Buenos Aires juntaran y apilaran todos los libros perdidos en ellos, se podría formar una torre más alta que el Obelisco.

#### IV. Conclusiones - Ponencia

Si el legislador ha brindado la posibilidad, luego de muchísimos años de debate, de que existan sociedades unipersonales y sin que sean controladas, quienes deciden tomar esta posibilidad que hoy nuestra ley otorga estarán obligados a extremar los recaudos para evitar que los temores y desconfianzas que generaron durante años, y que aún hoy siguen generando, las sociedades de un solo socio sean confirmados con el actuar contrario a derecho de esos empresarios.

**Ponencia:** El socio de la S.A.S. unipersonal, que prescinde de órgano de fiscalización, deberá mantener la contabilidad y libros al día, bancarizar todas las operaciones de la sociedad, no utilizar fondos sociales para afrontar obligaciones personales, evitar la gestión común de ambos patrimonios, realizar todas las actas que la sociedad requiere, auditar y aprobar balances, etc. Y esa documentación de la sociedad deberá ser presentada en el expediente de la quiebra a fin de acreditar que la misma siempre fue llevada en legal forma y respetando la separación patrimonial del socio y su S.A.S. Una actuación del socio mostrando claramente la documentación y papeles societarios ahuyentaría también la posibilidad de que se promuevan en su contra las acciones de responsabilidad previstas en nuestra ley, tanto societaria y concursal, como extracontractual. De este modo podrá utilizar justamente esta contabilidad y documentos societarios para desvirtuar los tres supuestos previstos por el art. 161 de la Ley de Concursos y Quiebras y evitar que pretenda extenderse sobre el en forma personal la extensión de la quiebra que se decreta respecto de una S.A.S. unipersonal.

## 2. Procedimientos falenciales de recomposición patrimonial

---

### Plazos para demandar o declarar de oficio inoponibilidades concursales

*Mario A. Arruiz y Dario J. Graziabile*

#### Sumario

*Las demandas o declaraciones de inoponibilidades concursales deben operar en tiempo oportuno.*

*En relación a aquellas correspondientes a los actos ocurridos en el período de retroacción la ley impone un término de caducidad que se cuenta desde la sentencia de quiebra.*

*En los supuestos no previstos o sin determinación legal de un término concreto debe aplicarse la norma genérica de prescripción de cinco años prevista en el art. 2560 CCivCom. Y en estos casos difiere el momento en que queda expedita la acción y a partir de cuando comienza a contarse el término prescriptivo. Por ello, en algunas situaciones el mismo correrá a partir de que se conozca o pueda conocerse el acto atacable por la inoponibilidad y en otro el plazo se contará a partir de la sentencia de quiebra.*

*La acción pauliana queda sometida a un término de prescripción preferencial y a la caducidad luego de la sentencia de quiebra.*

#### I. Introducción

Razones de seguridad jurídica imponen límite temporal para demandar o ser dispuestas de oficio las inoponibilidades concursales. Proponemos plazos y modos de cómputo para cada tipo de ellas.

En función de la oportunidad en que acontecen y de las finalidades que persiguen, la LCQ regula cinco especies –una de ellas con dos subespecies– del género que conforma la inoponibilidad concursal, las que describe con precisión al punto tal que acuña verdaderos modelos, clases o tipos del instituto que nos ocupa. Así, la tipología

de la inoponibilidad concursal responde al siguiente detalle:

1. Inoponibilidad concursal de actos realizados durante el período de retroacción de la quiebra con la finalidad de recomponer el patrimonio del fallido:

a) de “pleno derecho”: son inoponibles *ipso iure* -es decir: por la sola virtud del derecho-, sin otro trámite que su declaración por el juez de la quiebra al constatar la realización por el fallido de alguna de las conductas tipificadas por el art. 118 inc. 1º, 2º y 3º LCQ; y

b) por “conocimiento de la cesación de pagos”: son inoponibles *ipso facto* -es decir: en virtud de los hechos ocurridos que deben ser probados por las partes y valorados por el juez-, los demás actos realizados por el fallido que correspondan a la descripción del art. 119 LCQ.

2. Inoponibilidad concursal de actos realizados durante la instrucción prefalencial con la finalidad de resguardar el trato paritario de los acreedores. Son inoponibles los actos descritos en los arts. 87 y 122 LCQ.

3. Inoponibilidad concursal de “pleno derecho” de actos realizados durante el trámite del concurso preventivo con la finalidad de asegurar la efectividad del desapoderamiento atenuado. También son inoponibles *ipso iure* (art. 17.ap.1º LCQ) los actos que violen la prohibición o no cuenten con la autorización del art. 16.aps.1º y 3º LCQ, realizados por el concursado (art. 117 LCQ) o por el socio con responsabilidad limitada de la sociedad concursada (art. 18 LCQ que remite a los arts. 16 y 17 LCQ).

4. Inoponibilidad concursal de actos realizados durante el cumplimiento del acuerdo preventivo homologado con la finalidad de resguardar el activo concursal para el caso de una quiebra indirecta. Son inoponibles los actos realizados por el concursado descrito en el art. 59. párrs.1º y 2º LCQ.

5. Inoponibilidad concursal de actos realizados durante el trámite de la quiebra con la finalidad de asegurar la efectividad del desapoderamiento pleno. Son inoponibles los actos descritos en los arts. 88. inc. 5º y 109 LCQ.

De la tipología reseñada resulta que:

1. la única inoponibilidad respecto de la cual la ley concursal impone que sea demandada por parte interesada (síndico o, en su defecto, acreedor) a través de un procedimiento específico (ordina-

rio o, de existir acuerdo al respecto, incidente), es aquella por conocimiento del estado de cesación de pagos (art. 119 LCQ), y ello es así puesto que requiere producción de prueba para ser decidida (del conocimiento del estado de cesación de pagos, a cargo del actor, y de la inexistencia de perjuicio, a cargo del demandado);

2. respecto de las inoponibilidades de los arts. 17 y 118 LCQ, tanto la correspondiente al concurso preventivo como a la producida en la retroacción de la quiebra, la ley dispone expresamente su declaración de pleno derecho, sin requerirse acción, y ello es así porque basta la comprobación de su acaecimiento durante el período de retroacción para ser declarada, sin requerirse ninguna otra prueba de cargo ni ser admisible prueba alguna de descargo, salvo la alegación y prueba de la inexistencia de interés en la declaración de la inoponibilidad (ejemplo: existencia de bienes cuya realización permitirá la conclusión de la quiebra por pago total), como ocurre en cualquier caso en que debe pronunciarse una sentencia; y

3. respecto de las inoponibilidades de los casos de las inoponibilidades producidas durante el cumplimiento del acuerdo homologado, aquella con relación a los actos acaecidos en la etapa prefalencial, como en relación a las inoponibilidades por actos sobre bienes desapoderados, también basta la verificación de la realización de los actos en los momentos que corresponden, sin ser de utilidad otra prueba, por lo cual fuerza es concluir que deben ser declaradas *ipso iure* sin requerirse el trámite de juicio alguno. Con relación a la inoponibilidad del art. 109 LCQ, debe considerarse un error de remisión, en el sentido de que el art. 109 LCQ remite por error al art. 118 LCQ, cuando en realidad debe entenderse que lo hace al art. 119 LCQ.

## **II. Plazo previsto por la ley para demandar o declarar de oficio las inoponibilidades sobre actos ejecutados dentro del período de retroacción**

El art. 124 LCQ dispone que los supuestos de inoponibilidades producidas antes de la falencia “caducan” a los tres años de dispueta la quiebra.

Transcurrido dicho plazo no caduca -es decir: no se extingue- el deber del juez del concurso de disponer de oficio las inoponibilidades de pleno derecho, ni el del síndico de demandar la inoponibilidad del art. 119 LCQ, puesto que -muy por el contrario- los deberes incumplidos generan responsabilidades. En realidad “[l]a caducidad

extingue el derecho no ejercido” dentro del plazo para hacerlo (art. 2566 CCivCom), y así ocurre con el de los acreedores concursales a que no les sean oponibles los actos descriptos por los arts. 87, 118, 119 y 122 LCQ, por no haber impulsado las declaraciones judiciales o las demandas de inoponibilidad en cuestión. Declarar las inoponibilidades de oficio, y demandar la inoponibilidad del art. 119 LCQ -mediando conformidad creditora- es un deber del síndico, pero los interesados pueden impulsar el cumplimiento de dichos deberes, y pesa sobre ellos la carga procesal de hacerlo, que resulta del plazo de caducidad del art. 124 LCQ. El derecho de los acreedores a promover la demanda de inoponibilidad ante la inacción del síndico (art. 124. párr. 1º LCQ), es concedido en vista de la imposición de la carga procesal de hacerlo antes de que opere el plazo de caducidad. Las cargas procesales siempre implican el reconocimiento de derechos, que se pierden al no ejercerse en el término para hacerlo.

La interposición por el síndico o -en su defecto- por un acreedor de la demanda de inoponibilidad, impide la caducidad como lo dispone expresamente el art. 124, párr. 1º, LCQ.

También el síndico o un acreedor pueden solicitar al juez que ponga en acto su atribución para disponer las inoponibilidades, que proceden de oficio. Al síndico le incumbe formular un pedido así puesto que le corresponde “la defensa de los intereses del concurso” (art. 182 LCQ), “la rápida tramitación de la causa” (art. 275 inc. 1º LCQ) y “solicitar todas las medidas dispuestas por esta ley” (art. 275.inc.6º LCQ). Y a los acreedores en función de la carga que pesa sobre ellos que ya explicamos. La formulación de estos pedidos impide que opere la caducidad del art. 124. párr.1º, LCQ, sobremanera cuando solicitan la producción de alguna prueba para acreditar los hechos en que se basa la inoponibilidad en cuestión. El reconocimiento de un derecho por parte de quien sufriría su caducidad impide que ella opere (art. 2569 inc. b CCivCom). De modo que al solicitar un acreedor al juez que declare una de las inoponibilidades que proceden de oficio, reconoce su derecho a que los actos en cuestión no les sean oponibles, y ello obsta a que opere la caducidad. El pedido del síndico en tal sentido, también impide la caducidad. Al proceder de ese modo actúa en ejercicio de su función de órgano del concurso, y específicamente en lo atinente a las inoponibilidades concursales, su deber funcional consiste en reclamar por los derechos de los acreedores, lo cual implica reconocerlos. De *lege ferenda*, el término de caducidad debiera contarse a partir de que queda firme la determinación de la fecha de inicio del estado de cesación de pagos y debiera ser reducido a seis meses, como se dispone para la extensión de quiebra (art. 163 LCQ).

### **III. Plazo previsto por la ley para declarar de oficio la inoponibilidad por violación del trato paritario de los acreedores**

Respecto de esta otra inoponibilidad (arts. 87 y 122 LCQ), aquí también la cuestión viene expresamente dispuesta por la ley, y queda sometida a la caducidad trianual prevista por el art. 124 LCQ, contada desde la sentencia de quiebra.

Es claro que aquí, de la misma manera que para los supuestos de inoponibilidades por retroacción, que no puede computarse el plazo desde que fue realizado el acto alcanzado por ella, sino desde que fue dispuesta la quiebra respecto de la que cursaba la instrucción preferencial, o por otro pedido si respecto del anterior fuera desistido u operara la perención de la instancia. Ello así puesto que las inoponibilidades falenciales son institutos de los procesos concursales, y en tanto no sea abierto alguno no es posible acudir a ellos, de modo que esta inoponibilidad, no puede ser declarada hasta que sea dispuesta la quiebra.

Aquí tenemos un caso de inoponibilidad por un acto preferencial que no queda vinculado con la fijación de la fecha de inicio del estado de cesación de pagos, por lo que de lege ferenda el término debería reducirse a los seis meses contados desde la sentencia de quiebra (conf. art. 163 LCQ).

### **IV. Plazo para declarar de oficio la inoponibilidad de actos violatorios del desapoderamiento atenuado**

En el título II de la ley no existe una norma que establezca un plazo de caducidad ni de prescripción para ser dispuesta la inoponibilidad del art. 17 LCQ, como sí existe en la parte destinada a la quiebra, un plazo de caducidad respecto de las inoponibilidades por retroacción. Pero ese plazo de caducidad (art. 124. párr. 1º LCQ), previsto para algunas inoponibilidades de la quiebra, no puede ser aplicado respecto de otra del concurso preventivo. Ello así puesto que la extinción de un derecho, como lo es el de los acreedores para que no les sean opuestos determinados actos realizados por el deudor, no puede disponerse por aplicación analógica de normas previstas para casos distintos.

Ahora bien, dicho derecho sí está alcanzado por el plazo genérico de prescripción de cinco años previsto por el art. 2560 CCivCom, el que debe computarse conforme la doctrina que emana del art. 2554 CCivCom que dispone que “el transcurso del plazo de prescripción

comienza el día en que la prestación es exigible”, siguiendo el conocido principio en virtud del cual la prescripción comienza a correr desde que se encuentra expedita la acción para reclamar un derecho. Adaptando dicha norma al caso, el derecho de los acreedores para que no les sea opuesto un acto alcanzado por una inoponibilidad concursal, se encuentra expedito desde el momento en se conoció o pudo conocerse dicho acto (analog. art. 2563 inc. f CCivCom) o en su caso si el mismo continuó clandestino durante el concurso preventivo, el término se contará desde la quiebra, por no haber sido conocido antes de ella (analog. 124, 1º párr. LCQ)

Cabe hacer notar que, durante el trámite del concurso preventivo, período durante el cual puede producirse el acto atacable por la inoponibilidad del art. 17 LCQ, le incumbe al síndico la vigilancia de la administración del concursado de su patrimonio (art. 15 LCQ), y como señalamos, en lo atinente a las inoponibilidades concursales, su deber funcional consiste en reclamar por los derechos de los acreedores, lo cual implica que debe actuar con adecuada diligencia para solicitar al juez que declare la inoponibilidad en cuestión.

## **V. Plazo para declarar de oficio la inoponibilidad de actos ejecutados durante la etapa de cumplimiento del acuerdo**

Las consideraciones realizadas respecto de la inoponibilidad del concurso preventivo (art. 17 LCQ), son válidas para este caso (art. 59, párr.. 1º y 2º LCQ), de modo que respecto de ésta también procede el plazo de prescripción genérico de cinco años (art. 2560 CCivCom).

Y de la misma manera, entendemos que el plazo cursa desde que se conoció o pudo conocerse el acto, o desde que fue dispuesta la quiebra. Es claro que -como señalamos- la finalidad de la inoponibilidad del art. 17 LCQ, es asegurar el activo concursal para el caso de incumplimiento del acuerdo homologado que lleve a una quiebra indirecta, pero también lo es que durante la etapa de cumplimiento del acuerdo, también existe un desapoderamiento atenuado o atenuadísimo conforme las variaciones dispuestas en el art. 59 LCQ o en el mismo acuerdo homologado y su violación produce la inoponibilidad que puede ser declarada estando pendiente aún el cumplimiento de aquél.

También es cierto que, en esta etapa de cumplimiento, la tarea del síndico en un pequeño concurso o del comité de control en uno grande, se orienta al “control del cumplimiento del acuerdo” (arts. 59. párr.

2º y 289 2º parte LCQ) y a emitir opinión sobre la autorización para realizar un acto que exceda la limitación impuesta por la inhibición general de bienes (arts. 59. párr.3º y 260. párr. 4º LCQ), y no a vigilar la administración del deudor (art. 15 LCQ) puesto que esa función cesó con la homologación del acuerdo (art. 59. párr. 4º LCQ).

Por ello, a diferencia del supuesto estricto del art. 17 LCQ y la inoponibilidad de actos violatorios del desapoderamiento atenuado antes de la etapa de cumplimiento, si no se aceptara la tesis de hacer correr el curso prescriptivo desde la sentencia de quiebra cuando el acto no fue ostensible en el trámite del concurso preventivo fracasado, correspondería dispensar la prescripción operada durante el cumplimiento del acuerdo homologado, si el juez dispone o el síndico o un acreedor solicita que disponga la inoponibilidad del art. 17 LCQ, dentro de los seis meses de ser dispuesta la quiebra indirecta por incumplimiento del acuerdo o una directa durante esa etapa. Ello así, puesto que la falta de un órgano del concurso al que le incumba vigilar la administración del deudor en el *iter* propio del cumplimiento del acuerdo, determinaría la existencia de “dificultades de hecho [que habrían] obstaculiza[do] temporalmente” la disposición de la inoponibilidad en cuestión (art. 2550 párr.1º CCivCom).

## **VI. Plazo para declarar de oficio la inoponibilidad por violación del desapoderamiento falencial**

Respecto de esta otra inoponibilidad, también procede el plazo de prescripción genérico de cinco años (art. 2560 CCivCom), el que debe computarse desde que se conoció o pudo conocerse el acto (analog. art. 2563 inc. f CCivCom). Este término de prescripción mal puede contarse a partir del momento en que fue realizado el acto alcanzado por la inoponibilidad porque se trata de actos clandestinos y la acción queda expedita a partir de que el acto es ostensible.

## **VII. Acción *pauliana***

No tratamos hasta aquí la inoponibilidad que puede declararse por intermedio de la acción *pauliana* porque se trata de una situación de derecho común y no estrictamente concursal, pero más de ello, no queremos dejar de mencionar que la misma queda sometida, ante la existencia de quiebra, a la caducidad quinquenal del art. 124 LCQ contada desde la sentencia de quiebra. Antes de la existencia de la quiebra dicha acción prescribe, para los acreedores, a los

dos años (art. 2562 inc. f, CCivCom) contados desde que se conoció o pudo conocerse la ejecución del acto atacado (art. 2563 inc. f CCIvCom).

### VIII. Conclusiones

1. La demanda y declaración oficiosa de inoponibilidad por retracción (arts. 118, 119 LCQ) queda sometida a un término de caducidad de tres años desde la sentencia de quiebra (art. 124 LCQ).
2. La declaración de inoponibilidad por violación del trato paritario de los acreedores (art. 87 y 122 LCQ) queda sometida a la caducidad trianual contada desde la sentencia de quiebra (art. 124 LCQ).
3. La declaración de inoponibilidad por violación del desapoderamiento atenuado (arts. 17 y 59 LCQ) queda sometida a la prescripción quinquenal (art. 2560 CCivCom) la que se cuenta desde que se conoció o pudo conocerse el acto o desde la declaración de quiebra.
4. La declaración de inoponibilidad de oficio de actos violatorios del desapoderamiento falencial prescribe a los cinco años (art. 2560 CCivCom) contados desde que se conoció o pudo conocerse.
5. La *pauliana* queda sometida a la prescripción bienal (art. 2562 inc. f CCivCom) desde que se conoció o pudo conocerse el acto y a la caducidad trianual desde la sentencia de quiebra (art. 124 LCQ).

## **Algunas cuestiones atinentes al ejercicio de las acciones de responsabilidad en la ley 24.522**

*Marcelo Barreiro*

### **Ponencia**

1. En toda situación en donde se juzgue una hipótesis generadora de responsabilidad de una persona jurídica, ante la existencia de normas superpuestas entre en el Código Civil y Comercial de la Nación y el microsistema respectivo, prevalece si existiera, el microsistema aplicable (en el caso la ley 24.522).

2. Para que prosperen las acciones de responsabilidad contra administradores y terceros del art. 173 de la ley 24.522, deberán cumplirse los requisitos y recaudos expresamente previstos en dicha norma (conducta antijurídica, relación causal y factor de atribución), no aplicando al respecto las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación (salvo en lo no previsto en el microsistema o en punto a las remisiones implícitas).

3. En las acciones de responsabilidad definidas por los microsistemas (en el caso la ley 24.522), aplica la facultad judicial determinada en el art. 1735 C.C.C. de distribuir la carga de la prueba pleitos donde se debata responsabilidad civil.

4. El plazo genérico de prescripción previsto por el art. 2561 para las acciones de daño no aplica al caso de las acciones de responsabilidad del art. 173 de la ley 24.522.

5. El principio de suspensión de la prescripción de las acciones de la persona jurídica contra sus administradores previsto en el art. 2543 inc. d, no aplica en los supuestos previstos en el art. 173 de la ley de concursos y quiebras.

La recurrencia a las soluciones preventivas y liquidativas previstas en la ley 24.522 y concordantes, como modo de enfrentar la cesación de pagos, no puede dar lugar a responsabilidad de los administrado-

res de las personas jurídicas por violación del deber de prevención del art. 1710 C.C.C., por resultar la solución legal al fenómeno de la crisis patrimonial previsto por nuestro ordenamiento jurídico.<sup>6</sup> En punto a las personas jurídicas no existe posibilidad de aplicar supuestos de responsabilidad objetiva con excepción de aquellos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico argentino.

## I. Introducción

La cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas es una de las temáticas que mayores cambios recibió en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.).

Entre otras, el C.C.C. acaba con la histórica distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, amplía – *a priori* – las hipótesis de responsabilidad y, establece un genérico deber de prevención (art. 1710 C.C.C.) que la mayoría de la doctrina parece entender excede largamente el deber de no dañar a otro (*alterum non laedere*) que preveía el art. 1109 del Código Civil de Vélez Sarsfield.<sup>1</sup> Concomitantemente con ello se sancionó una acción preventiva de daño (art. 1711) sobre la que mucho se ha escrito pero poco se sabe aún, en este primer tramo de aplicación del nuevo ordenamiento.

En punto a las conductas puestas a ser juzgadas en un proceso falencial, coexisten diversos ámbitos normativos que regulan hipótesis de responsabilidad. Así:

- . Uno en el marco de la legislación societaria
- . otro en el marco de la legislación concursal
- . un tercero, en el marco de la regulación del Derecho común

---

<sup>1</sup> El C.C.C. establece funciones de la responsabilidad en su art. 1708 (preventiva y reparatoria) dejando de lado la función sancionatoria que puede atribuírsele (más allá de la referencia prevista en el art. 1714 C.C.C.). Esta referencia expresa de las funciones de la responsabilidad es una novedad que no estamos seguros corresponda deba ser establecida nominalmente sino, de mejor modo, por la articulación normativa de las consecuencias que la misma genera. En definitiva la responsabilidad es lo que la ley define, y tiene las funciones que ésta (y los efectos que establece) le atribuye más allá de lo que nominalmente se postule.

Dichos tres ámbitos normativos coexisten y, seguramente, se superponen en la pretensión de regular las consecuencias de una conducta pretendidamente responsable de una consecuencia frente a una situación de insolvencia judicialmente declarada. Claro es, y ello ha sido reiteradamente destacado en doctrina, que falta una adecuada regulación que los armonice en punto a su aplicación en hipótesis de insolvencia.

Es dable destacar que a los efectos de la aplicación de la normativa de responsabilidad prevista en el C.C.C. cuando de una persona jurídica se trata, debe articularse aquella con el microsistema normativo específico (la ley general de sociedades o la ley de concursos y quiebras), pues existen situaciones fácticas que van a caer en la previsión de ambos órdenes jurídicos. Es intención de esta ponencia fijar algunas pautas que enmarquen lo expuesto y otorguen principios de aplicación que permitan realizar esa coordinación.

## II. Coordinación y prevalencia normativa

**En nuestra consideración, resulta claro que en toda situación en donde se juzgue una hipótesis generadora de responsabilidad en una persona jurídica, ante la existencia de normas superpuestas entre en el Código Civil y Comercial de la Nación y en el microsistema respectivo, prevalece este último - si la situación está prevista en la norma-**

Una de las cuestiones más complejas de dilucidar a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación ha sido la de determinar cómo juega el mismo en los casos en los que la situación fáctico jurídica esta prevista también en uno de los microsistemas normativos autosuficientes. En nuestro criterio<sup>2</sup>, y salvo expresa derogación o modificación del microsistema por el C.C.C., debe inexorablemente prevalecer el microsistema, en el caso, la ley 24.522.

Sobre el particular existen dos elementos de consideración que nos llevan a la postura que sostenemos:

a) El C.C.C. no es, a diferencia de la codificación del siglo XIX, un

---

<sup>2</sup> Así lo venimos sosteniendo en los eventos académicos, exposiciones y conferencias, y lo ratificamos en la ponencia colectiva: "La prelación normativa del artículo 150 del Código Civil y Comercial", presentada por los integrantes de la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Abogados de Buenos Aires en este mismo Congreso.

pretensión racionalista de contener todas las situaciones fácticas que el derecho debe aprehender, y todo el derecho privado que las debe subsumir, en un único ordenamiento. La realidad del siglo XX y su legislación aluvional y de modificación constante, rompió dicho molde, tornando imposible la pretensión de contener todo el derecho en un único *códice*.

La codificación argentina del siglo XXI reporta a una lógica mucho menos pretenciosa: la de contener un derecho supletorio del derecho privado, aplicable sólo cuando los microsistemas normativos (que se mantienen vigentes conforme el art. 5 de la ley 26.994 lo dispone) no alcancen, sean insuficientes o no prevean (en caso de laguna o vacío legal) las conductas en análisis.<sup>3</sup> De allí que estos últimos prevalecerán salvo cuando estuvieren en juego cuestiones de orden público previstas en el C.C.C. (las que en su mayoría tributan a la lógica de constitucionalización del derecho privado que el C.C.C. determina). En todos los demás órdenes, una norma de igual jerarquía del microsistema prevalecerá siempre respecto de la del C.C.C.

Y ello tiene su correlato normativo en lo dispuesto por el art. 150 C.C.C., que establece que las personas jurídicas en nuestro país se rigen por: a. “las normas imperativas de la ley especial o, **en su defecto**, de este código” y “por las normas supletorias de las leyes especiales o, **en su defecto**, por las de este Título”.

Es claro y evidente que en el juego de ambos órdenes normativos: el sistema del C.C.C. y el microsistema normativo, se ha decidido por este último (la ley concursal, la ley societaria, etc.), dando cabal y acabada cuenta de la idea que el nuevo ordenamiento constituye un derecho supletorio que se retrae frente a la norma expresa del microsistema, o la norma convencional, salvo que uno u otro se enfrenten a una norma de orden público del C.C.C.

De allí que, como claro ejemplo, venimos sosteniendo que en caso de normas reiteradas en el microsistema y en el C.C.C., prevalecen aquellas (ej. Art. 54 ter ley 19.550 y art. 144 del C.C.C. sobre Inoponibilidad o art. 94y 94 bis de la ley general de sociedades y art. 163 g del C.C.C., en caso de disolución por reducción a uno del número de miembros de la persona jurídica, donde en las personas jurídicas societarias aplican los primeros y, los segundos, sólo aplican para las personas jurídicas no societarias).

<sup>3</sup> Los propios proyectistas establecieron que el C.C.C. es un código respetuoso de los microsistemas a los que no ha querido modificar salvo cuando ello fuera “absolutamente necesario”.

b) La aplicación del art. 1709 C.C.C. nos remite, en nuestro criterio, también a la prevalencia del microsistema por sobre el C.C.C., aún en hipótesis de responsabilidad. Ello a pesar de que la norma parece colocar en su inciso a - a diferencia de la previsión del art. 150 C.C.C.-, en un pie de igualdad a las normas indisponibles del C.C.C. con las del microsistema (aún cuando establece como prevalentes las supletorias de la ley especial sobre las del C.C.C. en sus incs. c y d, en un claro indicio sobre que la igualdad prevista en el referido inciso a, no es tal).

¿Cuál es, en nuestra consideración, la circunstancia que amerita sostener dicho acerto? La aplicación de uno de los principios esenciales que constituyen el eje axial del sistema de **plenitud normativa**<sup>4</sup> nacido al calor de la codificación del siglo XIX: el principio de la **especialidad jurídica** (*lex specialis derogat legi generali*). El mismo, se grafica a través del aforismo: “la ley especial deroga a la ley general”.

Claramente ello aplica cuando existe una contraposición entre la resolución que para una cuestión otorga una disposición de carácter y alcance general, respecto de una norma especial. En tal caso, y sin lugar a dudas, la norma especial debe prevalecer sobre la norma general. Y ello es tan así, que la propia doctrina hace prevalecer este principio por encima del de la **temporalidad o prevalencia cronológica** (aquel de que ley posterior deroga ley anterior, lo que además no aplica al caso porque el propio art. 5 de la ley 26.994 dispone expresamente que, salvo en lo que se modifica, no hay derogación de los microsistemas).<sup>5</sup>

En tal caso entonces, el microsistema prevalece en su aplicación en hipótesis de responsabilidad de personas jurídicas por sobre el or-

---

<sup>4</sup> El dogma de la plenitud normativa importa considerar que el ordenamiento jurídico debe proveer al juez todas las posibilidades de solución dentro del sistema normativa para el caso, evitando así la aplicación de la equidad (Bobbio, Norberto tomada de Justiniano, en “Teoría General del Derecho”, pág. 216, 3ra. Edición, Editorial Temis, Colombia), y que reporta a una visión claramente favorable al positivismo jurídico. Esta visión debe reverse en nuestro caso ante la aplicación del sistema impuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación que milita en un positivismo relativo o moderado, en nuestra consideración.

<sup>5</sup> Betti, Emilio, “Interpretación de la ley y los actos jurídicos”, traducido por José Luis de los Mozos, Madrid, año 1975, Revista de Derecho Privado, pág. 119.

denamiento general, y sólo podrá existir prevalencia de éste frente a la norma especial del microsistema, si nos encontramos frente a una norma de rango superior, por la aplicación de lo que la doctrina denomina principio de la “superioridad jurídica” o principio de “jerarquía”.

¿Cuáles son – en nuestra consideración – las normas de rango superior? La constitución nacional, un tratado de derechos humanos constitucionalizado o una norma de orden público (respecto de éstas, con todas las dificultades que su determinación posee, entendemos que – en principio – en el código civil y comercial de la Nación son escasas, encontrándose la mayoría de ellas en el Título preliminar<sup>6</sup>).

Estos principios referidos (el de especialidad, el jerárquico y el cronológico) son criterios de interpretación del derecho aplicable conforme lo dispuesto por el art. 2 del C.C.C., es decir cumplen una función informadora<sup>7</sup> que permite resolver conflictos normativos (“antinomias”<sup>8</sup>), es decir las contradicciones normativas que se producen cuando, ante similares circunstancias fácticas, se imputan consecuen-

<sup>6</sup>Expresamente en el los arts. 7 (en la cláusula de intertemporalidad), art. 12 (al hablar de fraude) pero implícitamente – en nuestra consideración – también en los arts. 9; 10; 11; 13; 17 y 18, entre otros. También las hay en el art. 144 (inoponibilidad de la persona jurídica); 151, 279, 386 (para establecer el concepto de nulidad absoluta); 515 (pactos de convivencia); 958 y 1004 (límites a la contratación y objeto de los contratos); 1649 (para el contrato de arbitraje), 960 (Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o **de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público**); 1014 (Nulidad del contrato por causa ilícita); 1644 (prohibiciones en la transacción); 2477 (testamento ológrafo); 2600 y 2612 (incompatibilidad de las normas de derecho extranjero violatorias del orden público local); 2634 (filiación) y 2637 (adopción donde se informa que los intereses superiores del niño, integran dicho orden público); 2650 (en su inciso e) donde al hablar de los contratos en el Título IV de disposiciones de derecho internacional privado, se determina que: “los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso);

<sup>7</sup> “Sistema de Derecho Civil”, Díez Picazo, Luis, y Guión, Antonio, Tecnos, 9na. Edición, Madrid, 1998, pág. 145.

<sup>8</sup> Antinomias según la denominación utilizada por Bobbio, Norberto tomada de Justiniano, en “Teoría General del Derecho”, pág. 187, 3ra. Edición, Editorial Temis, Colombia. Sobre el punto de las antinomias o conflictos (a los que denomina “inconsistencias”) debe verse Alf Ross, “Sobre el Derecho y la Justicia”, traducción de G. R. CARRIÓ, 4.<sup>a</sup> ed., Eudeba, Buenos Aires, 1994, págs. 124 y ss., 4.<sup>a</sup> ed., Eudeba, Buenos Aires, 1994.

cias jurídicas no compatibles o, superar lagunas o vacíos legales.

Y en este punto, en lo que la doctrina califica como conflicto entre la norma especial y la norma general posterior (conflicto del criterio de especialidad y del criterio cronológico), donde toma clara prevalencia el criterio de especialidad bajo el adagio: *lex posterioris generais non derogat priori speciali*,<sup>9</sup> en virtud del cual entendemos que, aún a la luz del art. 1709 C.C.C., en las hipótesis de responsabilidad de la persona jurídica, prevalece en su aplicación el microsistema por encima del Código Civil y Comercial de la Nación.

### III. Ley especial prevalece sobre ley general

Consecuencia clara de lo expuesto en II, resulta que cuando **se pretendan ejercer las acciones de responsabilidad contra administradores y terceros (conf. el art. 173 de la ley 24.522), para que estas prosperen deberán cumplirse los requisitos y recaudos expresamente previstos en dicha norma (en punto a conducta anti-jurídica, relación causal y factor de atribución), únicos aplicables al caso por encima de las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación (salvo en lo no previsto en el microsistema).**

Conforme lo expuesto en II –y consecuencia de ello-, cuando se promuevan las acciones de responsabilidad específicamente previstas por la ley 24.522 en los procesos de insolvencia, la definición de conducta antijurídica, relación causal y factor de atribución (sólo dolo<sup>10</sup>) son inexorablemente, las específicamente previstas en dicha normativa (que resultan una modalización de las hipótesis de responsabilidad civil previstas en el C.C.C.).

Siendo que el referido art. 173 no prevé una definición de daño o perjuicio (que indistintamente usa en sus dos párrafos) para ello

<sup>9</sup> Bobbio, Norberto tomada de Justiniano, en “Teoría General del Derecho”, pág. 208, 3ra. Edición, Editorial Temis, Colombia. Un claro ejemplo de ello resulta el fallo: “Espinosa Marta Roxana c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. s/ ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “A”, 18-oct-2013 Cita: MJ-JU-M-84407-AR | MJJ84407 | MJJ84407 donde se resolvió que: “El plazo de prescripción de un año establecido en el art. 58 de la Ley de Seguros no puede considerarse ampliado a tres años por disposición del art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que la primera es una norma específica que debe prevalecer sobre la general”.

<sup>10</sup> Aunque la configuración de éste (no prevista en la ley 24.522) inexorablemente debe reportar a la nueva definición del mismo prevista en el art. 1724 C.C.C., donde el “manifiesto desinterés por los intereses ajenos” parece facilitar su aplicación.

- su configuración -, así como para la extensión del resarcimiento, en tales casos debemos si remitirnos a las definiciones que a tal respecto postula el Código Civil y Comercial de la Nación. Del mismo modo aplicará al supuesto el art. 1736 C.C.C. en cuanto determina que “Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”,

atento que no existe en la ley concursal, en su art. 173 presunción o carga alguna prevista.<sup>11</sup>

En punto a ello (la definición de daño) llama la atención la diferencia existente entre el art. 1068 del Código Civil que lo definía como el “perjuicio de apreciación pecuniaria que se causare directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su personas, o a sus derechos o facultades”, que la doctrina y la jurisprudencia entendían que debía derivar de un interés jurídicamente tutelado. Este interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento correspondería al interés jurídico general de “no verse dañado por la conducta de otro sujeto”) se transforma luego en el interés específico de la víctima del daño. De allí que la responsabilidad importa dar a esa víctima una “satisfacción” a ese interés conculcado.

Si bien no es el objeto de la ponencia, llama la atención que hoy el origen del resarcimiento ante la existencia del daño no tiene que ver con la protección de un interés jurídicamente tutelado (lo que parece exigir una expresa previsión del Estado que entienda valioso dicho interés), sino que hoy el daño existirá cuando se lesiones un “derecho o interés **no reprobado por el ordenamiento jurídico**”. Ello parece una clara intención expresa de la norma de ampliar el campo de protección sobre el cual podrá generarse daño.

#### IV. La posible aplicación de las probatorias cargas dinámicas

**Siguiendo la pauta de lo expuesto en II, y siendo que sobre el particular la ley 24.522 nada postula, entendemos que en el caso de promoverse una acción de responsabilidad en los términos de lo dispuesto por el art. 173 de dicho ordenamiento – y**

---

<sup>11</sup> A diferencia de lo que sucede en las acciones de ineficacia del art. 119 de la ley 24.522.

**también aplica a las hipótesis de responsabilidad definidas por el microsistema societario- , resultaría de aplicación la facultad judicial determinada en el art. 1735<sup>12</sup> C.C.C. de distribuir la carga de la prueba, en tanto en tales pleitos se debate la responsabilidad civil.**

Nuestra constitución reconoce la existencia de las provincias, autónomas y preexistentes a la organización federal, razón por la cual han quedado con facultades reservadas (“Manual de la Constitución Argentina”, Bs. As., 2001, actualizado por H. Quiroga Lavie, n<sup>o</sup> 59, pág. 30). Dentro de ellas, la doctrina entiende en forma casi unánime que la posibilidad de legislar sobre la materia procesal ha quedado reservada – *a priori* - a cada una de ellas (Palacio, “Derecho Procesal Civil”, Bs. As., 2011, 3<sup>a</sup> edición actualizada, T. I, pág. 26). Todo ello en el marco del principio de conservación de las facultades no delegadas previsto en el art. 121 de nuestra Carta Magna.

Ahora bien, este principio admite excepciones, es decir la posibilidad de que el Estado Nacional legisle sobre cuestiones procesales en casos específicos. En ese sentido nuestro máximo Tribunal de modo continuo y pacífico ha expresado que el Congreso Nacional puede dictar normas de “procedimiento” en relación con el derecho común, aplicables por los tribunales locales en caso de que las mismas resultaren “razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos” consagrados por las normas de fondo (conf. Sagüés, Néstor P., “Elementos de Derecho Constitucional”, Bs. As., 3<sup>a</sup> edición actualizada y ampliada, 2003, T. II, pág. 129).<sup>13</sup>

Así ha dicho el cimero Tribunal argumentando sobre tal criterio, que “no basta apelar a la autonomía del derecho (en el caso “tributario”) para desconocer la uniformidad de la legislación de fondo... uniformidad que no sería tal si las provincias pudieran desvirtuarla en su esencia, legislando con distinto criterio instituciones fundamentales de carácter común, so color del ejercicio de los poderes reservados” (así en “Martínez y Esquivel, Dora R. y otros c. Provincia de

---

<sup>12</sup> ARTICULO 1735.- Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

<sup>13</sup> El precedente “Bernabé Correa” (Fallos 138:157) es el primero de una serie en similar sentido. Como ejemplos tradicionales se da la ley concursal y las normas procesales sobre el juicio sucesorio que traía el Código Civil.

La Pampa” de 1967, Fallos 269:373, Consid. 7°, “Santander” de 1962 (Fallos 254:282), “Verdini” de 2004, Fallos 327:3187 entre otros).

De lo expuesto entonces, resulta clara la validez de la previsión de dicha norma de facultar a los jueces en cuestiones donde se debatan hipótesis de responsabilidad civil de distribuir la carga probatoria, excepcionando el principio general previsto en el art. 1734 de dicho ordenamiento que establece que corresponde probar a quien alega (que no es ni más ni menos que lo que establece el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

La única referencia que nos llama la atención y que puede dar lugar a planteos en punto al ejercicio del derecho de defensa, es aquella que establece que el Juez podrá “durante el proceso” comunicar a las partes tal decisión, sin determinar el momento en que debe hacerlo.

La extensión de la expresión, podrá dar lugar a dichos planteos si el juez en etapas posteriores al acto de apertura a prueba (lo que parece, a *priori*, posible atento tal amplia referencia) resuelve establecer un nuevo marco de producción probatoria.

Por ello el ejercicio de una buena hermeneútica y la aplicación de los tres primeros artículos del código (que exigen una resolución razonablemente fundada en el marco de las fuentes jurídicas y los criterios de interpretación aplicables dentro del sistema jurídico) conlleva que los jueces deban ejercer dicha facultad antes que se abran a prueba los procedimientos, o en el acto de dicha apertura.

#### IV. La prescripción

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 2561 prevé un específico plazo de prescripción para las acciones de daños. Las acciones de responsabilidad de la ley de quiebras son, como hemos sostenido reiteradamente, acciones de daños o de responsabilidad civil.<sup>14</sup>

El nuevo ordenamiento trae un único plazo de prescripción para todas las acciones de daños derivadas de la responsabilidad civil en su art. 2561: **tres años**. Cabe preguntarse si esta norma posterior aplica

---

<sup>14</sup> Ver un trabajo de mi autoría: “Las acciones de responsabilidad de terceros en la quiebra como modalidad de la reintegración patrimonial”, en “El concurso preventivo y la quiebra”, Tomo IV, Págs. 301 y siguientes, Cámara, Héctor; Martorell, Ernesto Eduardo Ed. Lexis Nexis S.A. Bs As., año 2007).

a las acciones de responsabilidad por daños en los casos previstos en el art. 173 de la ley de concursos y quiebras. Para nosotros no.

Ello, en función de que existe una norma expresa de dicho micro-sistema (art. 174) que establece un plazo de dos años a contar de la sentencia de quiebra y, como ya hemos referido en nuestro postulado primero, el microsistema aplica siempre de modo prevalente ante supuestos de normas en conflicto del mismo rango (ni hablar si son de rango preferente) tanto en el supuesto de personas jurídicas como de hipótesis de responsabilidad. En este caso, entendiéndose ambas normas como imperativas, es evidente que la del art. 174 prevalece por encima de la del 2561, y así deberá considerarse.

**Consecuentemente el plazo genérico de prescripción previsto por el art. 2561 para las acciones de daño no aplica al caso de las acciones de responsabilidad del art. 173 de la ley 24.522.**

#### **V. La suspensión prevista en el art. 2543 inc. d y las acciones del art. 173 LCQ.**

El art. 2543 inc. d del C.C.C. establece que el curso de la prescripción se suspende .... *Entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúen en el ejercicio del cargo.*

El fundamento de la norma es claro, impedir que por la anomía e inacción de los administradores a cargo de la sociedad (para sí o para beneficiar a terceros) impidan a ésta actuar persiguiendo los daños causados. Es claro que la cuestión reporta a la idea de una suerte de imposibilidad fáctica de actuación de parte de la sociedad mientras dichos administradores – causantes o cómplices del daño – se encuentren a cargo de la misma.

Pero no es este el caso de las acciones de responsabilidad del art. 173 de la ley 24.522 que constituye un sistema propio y específico, que no persigue la responsabilidad por la persona jurídica sino por el síndico, ejerciendo los derechos patrimoniales para la “masa”. Siendo ello así, su legitimación es directa, y se genera con el hecho propio de la quiebra, no derivada de la sociedad, por lo que no puede beneficiarse con dicha suspensión.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Ello si se considera – como alguna doctrina – que por vía interpretativa (art. 110 LCQ), los administradores de la persona jurídica fallida continúan residualmente como tales.

Distinto resulta el caso del art. 175 de la ley 24.522 en donde el síndico ejerce la transferencia de la acción social de responsabilidad societaria (mediante una sustitución en la legitimación), en donde podría beneficiarse con lo dispuesto por el art. 2543, inc. d.

**Por ello, entonces en nuestra consideración el principio de suspensión de la prescripción de las acciones de la persona jurídica contra sus administradores previsto en el art. 2543 inc. d, no aplica en los supuestos previstos en el art. 173 de la ley de concursos y quiebras.**

## **VI. El concurso y el art. 1710 C.C.C.**

La insolvencia exige de parte de los administradores de la persona jurídica un obrar responsable que importe tomar una decisión (convocando a los socios para ello) frente a la verificación de dicho fenómeno.<sup>16</sup> De modo alguno puede derivarse responsabilidad para dichos administradores si la decisión adoptada importa recurrir a los procesos concursales para ello.

Tal decisión importará cumplir adecuadamente el deber de prevención previsto en el art. 1710 C.C.C. en tanto y en cuanto, se recurra regularmente a dichos institutos (arg. art. 10 CC), pues en tal caso no se estaría ni frente a un perjuicio “no justificado” (arg art. 1710, inc. “a” CC) ni a un obrar antijurídico (arg art. 1711 CC), que son los que habilitarían la utilización de dicha norma.<sup>17</sup>

**Por lo tanto, la recurrencia a las soluciones preventivas y liquidativas previstas en la ley 24.522 y concordantes, como modo de enfrentar la cesación de pagos, no puede dar lugar a responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas por violación del deber de prevención del art. 1710 C.C.C., por resultar la solución legal al fenómeno de la crisis patrimonial previsto por nuestro ordenamiento jurídico.**

<sup>16</sup> Ver nuestro trabajo “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebra: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”, publicado en *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR*, nro. 215, octubre 2005, pág. 1205, en coautoría con E. Daniel Truffat.

<sup>17</sup> Ver nuestra ponencia en el libro de ponencias del IX CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL. VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA- “CRISIS Y DERECHO”, titulada: “**Art.1710 CUCC: Una Cautio dAmni infecti anabolizada que no debe salirse de Cauce**”, Pág 107, en coautoría con Daniel Truffat.

## VII. Persona jurídica y responsabilidad objetiva

El Código Civil y Comercial de la Nación ha reafirmado la adhesión de nuestro sistema jurídico al principio de la responsabilidad civil por encima del denominado derecho de daños. Ello, en tanto y en cuanto, el eje central del sistema responsabilizador sigue siendo la culpa.

De allí que no puede postularse la posibilidad de aplicar hipótesis de responsabilidad objetiva<sup>18</sup> a los administradores o socios o miembros de las personas jurídicas, salvo que ello estuviere expresamente previsto.

Y, sobre el punto, solo encontramos dos situaciones que podrían asimilarse a supuestos de responsabilidad objetiva por incumplimiento de obligaciones de resultado:

a. responsabilidad administradores (Art. 159): el deber de implementar sistemas y medios de prevención que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en su relación con la persona jurídica parece constituir una obligación de resultado, de allí que su incumplimiento nos hace preguntarnos si no derivaría en una responsabilidad objetiva, si la situación de conflicto de intereses se da, y genera daño.

b. La obligación de llevar libros (art. 320 C.C.C.), respecto de la cual dicho ordenamiento no prevé consecuencias específicas.

**Por ello, en punto a las personas jurídicas no existe posibilidad de aplicar supuestos de responsabilidad objetiva con excepción de aquellos expresamente previstos.**

---

<sup>18</sup> Ello ha motivado la crítica de parte de la doctrina: Ghersi, Carlos, “Sistema de factor de atribución en el Código Civil y Comercial”, E.D. del 23 de mayo de 2016.

<sup>19</sup> ARTICULO 1723.- Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.



## **Juez competente en acciones de derecho común como mecanismos de recomposición patrimonial en la quiebra**

*Carolina Ferro y Marcelo Barreiro*

### **Ponencia**

***Cuando se intenta una acción de derecho común (cualquiera sea esta) como mecanismo de recomposición patrimonial en un proceso de quiebra, el juez competente es el que interviene en dicho proceso.***

### **I. Introducción**

La quiebra tiene como objetivo primordial la liquidación del activo falencial a los fines de conformar un “fondo de reparto”, que será distribuido mediante los mecanismos distributivos previstos en la ley 24.522, tendiente a afrontar – total o parcialmente - los pasivos admitidos, honorarios y gastos concursales.

Esa liquidación debe darse sobre la totalidad del patrimonio del fallido, ya sea el propio existente al momento del decreto de quiebra, el adquirido hasta la rehabilitación, y el reintegrado o recompuesto.

En consecuencia de esto último, todos los bienes que deriven al patrimonio falencial (y resulten en tal medida sujetos a desapoderamiento) como consecuencia del ejercicio de las denominadas acciones de recomposición o reintegración patrimonial, serán entonces parte integrante del activo falencial.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ver Barreiro, Marcelo en “**Las acciones de responsabilidad de terceros en la quiebra como modalidad de la reintegración patrimonial**”, en “El concurso preventivo y la quiebra”, Tomo IV, Págs. 301 y siguientes, Cámara, Héctor; Martorell, Ernesto Eduardo Ed. LexisNexis S.A. Bs As., año 2007).

Dichas acciones de recomposición patrimonial no son, solamente, las previstas en la ley 24.522<sup>2</sup> sino todas aquellas<sup>3</sup> que o bien, tienden a allegar patrimonio al proceso falencial (“Integrativas”), o bien, tienden a discriminar aquellos bienes o derechos que, en verdad, no corresponde sean liquidados en la quiebra, aún cuando a primera vista aparezcan como patrimonio afectado a ella (“Separativas”)⁴.

Como ha dicho oportunamente uno de los autores de este trabajo: “Las acciones de recomposición falencial (tanto las propiamente concursales como las de derecho común que pueden intentarse), constituyen un entramado a considerar detenidamente por quien posea legitimación para instarlas – básicamente el síndico, pero también los acreedores – a los fines de perseguir las conductas o actos jurídicos que, de algún modo, hubieran ayudado, coadyuvado o, directamente, producido las circunstancias que llevaron a un sujeto a caer en falencia. Para elegir cuál o cuáles plantear deberá analizarse muy detallada y profundamente todo el plexo fáctico y las hipótesis jurídicas consecuentes respecto de la conducta o el acto que se pretende sea objeto de una de ellas, pues muchas veces una misma conducta pueden dar posibilidad de ser atacada por más de una vía: La extensión de quiebra, las acciones de responsabilidad concursales y las societarias, las ineficacias concursales, las acciones de ineficacia del derecho común (revocatoria, acción de fraude, simulación<sup>5</sup>, etc.), siendo muy fino el límite para hacer la elección a favor de una y otra para lo cual no sólo deben analizarse los parámetros referidos, las consideraciones fácticas específicas del caso y el soporte jurídico sino, además, las consecuencias”⁶.

---

<sup>2</sup> Básicamente las de ineficacia (arts. 116 y 117), las de Extensión de quiebra (arts. 160 y 161) y las de responsabilidad de terceros (arts. 173 y 175), todas ellas de la ley 24.522.

<sup>3</sup> Ver Carlos Ferrario “Quiebra: recomposición patrimonial”, E.D. 910-44.

<sup>4</sup> Estas últimas son llamadas también de “depuración” de la masa por Pablo Heredia, “Tratado exegético de Derecho Concursal”, Tomo IV, pág. 966, Edit. Abaco, como necesario contrapeso al que denomina el autor el “efecto expansivo” del desapoderamiento.

<sup>5</sup> Graziabile, Darío, “Recomposición patrimonial en la insolvencia”, ERREIUS, año 2017, pág. 202 y 209.

<sup>6</sup> Barreiro, Marcelo en “Las acciones de responsabilidad de terceros en la quiebra como modalidad de la reintegración patrimonial”, en “El concurso preventivo y la quiebra”, Tomo IV, Págs. 301 y siguientes, Cámara, Héctor; Martorell, Ernesto Eduardo Ed. LexisNexis S.A. Bs As., año 2007).

## II. Planteo de la cuestión

La presente ponencia tiene su origen en una circunstancia profesional – como resulta habitual –. El Juzgado de la quiebra de una persona jurídica rechazó su competencia en una acción de derecho común (daños y perjuicios) contra un tercero instada por la sindicatura, con el argumento de que “*cuando la quiebraes actora no rige el fuero de atracción establecido en la lcq:132*”.<sup>7</sup> Este es – vale decirlo – un criterio común para acciones donde la quiebra es actora.<sup>8</sup> No nos parece que ello sea lo que corresponda en una acción de recomposición patrimonial y, sobre el particular versa este trabajo.

Nuestra posición es que cualquier acción que tenga por objeto recomponer reintegrar patrimonio falencial debe ser instada ante el juez con competencia en la quiebra, produciéndose un desplazamiento de la competencia natural (en razón de la materia y el territorio) siguiendo idéntica suerte a la de las acciones de recomposición propiamente falenciales<sup>9</sup> que expresamente así lo disponen. Intentaremos justificarlo.

## III. Juez competente: el juez de la quiebra

En nuestra consideración toda acción de recomposición colectiva (es decir aquella cuyos beneficios, si se obtienen, serán para la quiebra –y conformarán la masa activa–), debe tramitar en la sede falencial.<sup>10</sup> En principio las que realiza el síndico con dicha finalidad re compositiva lo son y es esa condición subjetiva, las que les da tal carácter.

Sabido es que el “funcionario” falencial, como bien sostiene Molina

---

<sup>7</sup> “Coviama S.A. S/quiebra c/ Tisan S.A. s/ordinario”, COM 010816/2018, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nro. 15, Secretaría nro. 29.

<sup>8</sup> CNCom. Sala “D, 30/4/1997, “Banco Extrader S.A. c/Sosa, Carlos s/ordinario”, LD-Textos, lo que viene del criterio aplicado durante la vigencia de la ley 19.551 (art. 175) . ver “Concursos”, Quintana Ferreyra-Alberti, Tomo 3, pág. 321. Lo sostiene Graziabile, Darío, “Recomposición patrimonial en la insolvencia”, ERREIUS, año 2017, pág. 202 y 209.

<sup>9</sup> Ineficacias, Extensiones de quiebra y Acciones de responsabilidad.

<sup>10</sup> 16. “La desestimación de la personalidad jurídica (art. 54, ley de sociedades comerciales) y la Extensión de Quiebra (art. 161, ley de concursos y quiebras”, en coautoría con el Dr. Javier A. Lorente, aparecido en el Suplemento de Concursos y Quiebras de La Ley, a cargo de Héctor Alegría, del 19 de diciembre de 2003, págs. 1 a 16.

Sandoval<sup>11</sup>, debe iniciar los juicios necesarios para la defensa de los intereses del concurso (art. 183 LCQ) y/o para hacer efectivas las relaciones jurídicas patrimoniales por el deudor antes de su quiebra (142 LCQ) y, claramente en nuestro criterio, aquellos que pretenden allegar patrimonio a la masa activa falencial se encuentran dentro de ellos.

Ahora bien, cuáles son razones justifican la definición de esta competencia extendida:

#### **A. Razones de celeridad y economía procesal:**

Es claro que, un primer argumento se encuentra radicado en la obvia preferencia de la sede concursal como competente por evidentes razones de conveniencia y economía y celeridad procesal.

Es claro que determinar la competencia común prevista para acciones de este tipo, sin considerar la situación colectiva que la crisis provoca, perjudica la recomposición del patrimonio de forma expedita y en menor plazo, y en consecuencia terminará provocando un evidente perjuicio a la fallida y transitivamente- en tanto beneficiarios de la recomposición patrimonial - a los acreedores.

Quitar la competencia de un procedimiento recompositivo de derecho común importa desconocer las razones de hecho y derecho que fundan la acción, que indisputablemente han tenido alguna consideración en el expediente de la quiebra. Remitir el expediente a un juzgado diverso, importará un dispendio jurisdiccional evidente para un nuevo Tribunal que deberá alcanzar a conocer dicha plataforma fáctico jurídica, lo que importará relevar nuevamente todos los antecedentes que obran en los autos de la quiebra.

En este sentido, no sólo en materia concursal se ha priorizado la economía de la actividad jurisdiccional, sino también en materia societaria así se ha decidido. Es que resulta innegable que atender a

<sup>11</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos, La desestimación de la personalidad jurídica, pág. 158

<sup>12</sup> "Responsabilidad por daños a la quiebra", Tévez, Alejandra N., DJ2003-2, 146, Cita Online: AR/DOC/143/2001.

<sup>13</sup> GARAGUSO, Horacio Pablo, "Efectos patrimoniales en la ley de concursos y quiebras 24.522.

Desapoderamiento e incautación", p. 64, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

circunstancias de realidad para decidir la competencia - cuando tal desplazamiento no importa gravamen para el demandado – demuestra un mejor servicio de justicia para todas las partes involucradas en el proceso. Siguiendo este criterio se ha resuelto:

*Cuando existe conexión sustancial producida por una relación de interdependencia, subordinación o accesoriedad de los litigios entre sí, que demuestra la existencia de una ligazón suficiente, es motivo para el desplazamiento de la competencia a fin de evitar el dictado de sentencias contradictorias.*

*La acumulación de procesos radica en la existencia de acciones conexas, aunque no idénticas, cuya finalidad es poner dos o más causas bajo el conocimiento de un mismo juez con el objeto de tramitarlos y componer ambas litis en un mismo pronunciamiento a fin de proveer a la economía de la actividad jurisdiccional. Alvarez Dalida c/ Serafica Martini Mario Alberto y otros s/ ordinario. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. 10/12/10. Cita: MJ-JU-M-63437-AR | MJJ63437 | MJJ63437*

### **B. La radicación concursal ante la pretensión recompositiva. Una atracción peculiar (la conexidad):**

Cierto es que si bien se ha limitado el fuero de atracción en los procesos concursales a su faz pasiva, y a su vez – finalmente – ha quedado circunscripto a las acciones de carácter ejecutivo, ello no puede ser un limitante para la acumulación de procesos cuando circunstancias de economía procesal y criterios de razonabilidad así lo indiquen. Debe ser precisamente en materia concursal, donde el juez debe atender principalmente a la conexión subjetiva y la interdependencia de los litigios a los fines de resolver y atender cuestiones como la planteada.

Y tal criterio ha tenido ya favorable acogida.

*La Corte Suprema de Justicia de la Nación con la firma de los Ministros Dres. Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay –adhirió al Dictamen de la Procuradora Fiscal Subrogante, y, en consecuencia resolvió que resulta competente para conocer en las actuaciones por usucapión, inicia-*

*das en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 6 del Departamento Judicial de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 18, donde tramita la quiebra de la titular registral del inmueble. Competencia N° 753. XLVIII. "Córdoba, Susana Mabel c/ Gando Oscar D. y otro/a s/ prescripción adquisitiva vicenal del dominio de inmuebles" –CSJN – 15/ 10/ 2013. elDial.com el 14/ 01/ 2014.*

También, la Excma. Cámara del Fuero ha tomado un criterio análogo, al sostener que: *Es competente el Juez de la quiebra para entender en la acción entablada por el síndico de aquella, tendiente al resarcimiento de los daños y perjuicios que dice fueron ocasionados a la ahora quebrada por el ex – síndico concursal y los ex – integrantes del comité de acreedores con motivo del presunto accionar de los requeridos durante el proceso de concurso de la sociedad devenida en fallida, debiendo rechazarse el pedido de recusación sin causa planteado por uno de los codemandados, ello así pues, dado que se trata de una misma sociedad, cuyo concurso devino en quiebra, debe prevalecer la atribución de la competencia en razón de la conexidad sobre la facultad de recusar sin causa, pues una solución contraria desvirtuaría el principio de economía procesal al derivar a otro magistrado el estudio del juicio estrechamente vinculado a otro. (en igual sentido: SALA F, 20.09.12, "Compañía de Alimentos Fargo SAC/ Turin negocios inmobiliarios SRL S/ sumarisimo"). Truxum srl s/ quiebra c/ di napoli, norbertoruben y otros s/ sumario", (J.A. 21.8.02).22/02/02. Càmara Comercial: Sala E.*

### **C. La recomposición debe tramitar ante la sede falencial:**

El principio de universalidad activa y la clara e indisoluble conexión de la recomposición de la masa activa aconsejan que los pleitos de esta índole tramiten ante el Tribunal de la quiebra.

Así debemos recordar<sup>12</sup> que ante las crisis de insuficiencia patrimonial, el derecho concursal procura tutelar el patrimonio del insolvente y el interés de los acreedores, regulando aspectos sustanciales del modo en que debe desenvolverse el procedimiento. Por ello, "El concurso como proceso no está instituido en exclusivo beneficio del deudor sino también de los acreedores y aún del comercio en general; y todos esos intereses reciben amparo legal porque también resultan afectados con el procedimiento" (Cfr. voto del doctor Vázquez en el plenario de la CNCom. in re: "Vila, José M. s/conv.", del 3/2/65; LALEY, 117-451).

Garaguso<sup>13</sup> sostiene que: “Es evidente que frente a la quiebra, entre otras cosas, está en juego la reconstitución del patrimonio falente, no sólo para mejorar la garantía patrimonial del fallido sino también para asegurar la potencialidad económica de la empresa en vista a su enajenación como unidad”.<sup>14</sup>

El síndico puede ejercer dentro del marco de la recomposición acciones de derecho común, como la pauliana o la de simulación. Así se ha dicho que: “La ley concursal no establece un sistema cerrado de acciones, sino que se limita a tipificar alguna, pero sin descartar otras como la acción subrogatoria, la revocatoria común o la de simulación, como lo ha señalado la doctrina (Heredia, Pablo D.; op. cit. pág. 427; Rouillón, Adolfo A. N.; Régimen de Concursos y Quiebras, anotación al art. 120 LC. Cámara, Héctor; El concurso preventivo y la quiebra; vol. III pág. 2226. Fassi-Gebhardt; Concursos y quiebras, anotación al art. 120 LC, pág. 300). No necesitando para ellas obtener autorización de los acreedores (Heredia, Pablo D.; Tratado Exegético de Derecho Concursal, tomo 4 pág. 418. En el mismo sentido: Rivera, Julio César; Instituciones de derecho concursal, tomo II pág. 134).

En tal sentido, se ha sostenido: *“Procede revocar el pronunciamiento que rechazó el pedido de la sindicatura de acumulación sobre esta causa, del expediente de daños en trámite por ante un juzgado civil. Ello en tanto, la jurisprudencia ha interpretado que, aun cuando no resultara estrictamente aplicable la regla del fuero de atracción, si el caso se encontrare directamente vinculado con el interés de la masa de acreedores, la radicación por ante el Juez del concurso por razones de conexidad, se muestra como la solución que mejor resguarda los principios que el ordenamiento concursal consagra y pretende asegurar (véase en esta línea: esta CNCom., Sala C, 16.03.01, “Banco Patricios s. Quiebra s/ inc. de escrituración inmueble Corrientes 802/20”), sin que esta conclusión importe afectar la garantía constitucional del Juez natural, pues no pueden considerarse violatorios de aquélla los actos procesales razonables y oportunos, en la medida en que no estén desviados de su objeto propio sino inspirados en una eficaz administración de justicia, y siempre que no tiendan a sustraer arbitrariamente una determinada causa del conocimiento de un Magistrado que continúe teniendo jurisdicción para casos semejantes (CSJN, Fallos 298:312; 310:2845). En este marco pues, la acumulación se producirá sobre el juicio de extensión de quiebra en trámite en el Tribunal de radicación del proceso concursal (arg. analog. artículo 132 y 162 LCQ), claro está, sin perjuicio de la autonomía de trámite entre ambas*

*causas. BOSNIC LOPEZ FELTRIN Y ASOCIADOS C/ SIDUS SA S/ ORDINARIO. CNCCom. Sala A, 13/03/2013. elDial.com - AG3156”.*

Siendo que las **acciones ordinarias recompositivas de conocimiento pleno de derecho común** (simulación, revocatoria paulina o fraude, nulidad, daños y perjuicios) instadas por la sindicatura poseen una finalidad claramente recompositiva del patrimonio falencial (su producido, integrará el activo desapoderado en caso de prosperar las mismas –aplicación analógica art. 124 LCQ) y las cuestiones que se debaten en ellas tienen directa relación con las constancias obrantes en los autos principales – lo que claramente justifica la acumulación-, resulta indisputable que es (o debería ser) el Juez de la quiebra el único competente para tramitar las mismas<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Debemos recordar que el patrimonio del deudor es garantía común de sus acreedores – art. 242 Código Civil y Comercial de la Nación-.

<sup>15</sup> Así postulamos en esta ponencia una posición tanto de *legge data* como de *legge ferenda*.

## **El incidente de investigación como causal de interrupción de la prescripción o hecho obstativo de la caducidad del derecho**

*Gabriela Fernanda Boquin*

### **Ponencia**

La promoción por parte de la sindicatura de un incidente de investigación, constituye un hecho que impide que inicie el plazo de caducidad o interrumpe la prescripción en las acciones de responsabilidad, ineficacia o de extensión de quiebra en tanto y en cuanto en ese trámite se constate información necesaria relevante para la promoción de esas acciones que fuera omitida por la fallida o no surgiera del trámite principal siendo necesaria su indagación.

### **Fundamentos**

Es un hecho habitual que en muchas quiebras los administradores de la fallida en la audiencia de explicaciones no brindan ninguna información sobre el destino de los bienes sociales y la marcha de los negocios. Se suma a lo dicho que los libros sociales y contables, como toda otra documentación de la sociedad no pueden ser hallados o de serlos resulta insuficiente para analizar la situación patrimonial y las posibles vías de recomposición patrimonial por las irregularidades severas con las que fueron llevados.

Por esas razones la sindicatura muchas veces mal puede conocer cuáles son los bienes que deberían componer el activo de la fallida o cuales son las conductas reprochables a terceros o administradores con anterioridad a la promoción de un incidente de investigación que generalmente permite delimitar los actos susceptibles de ser cuestionados.

La jurisprudencia ha reconocido que casos en los que se han identificado hechos que impiden el cumplimiento del plazo de caducidad el plazo no comienza a correr (CNCom, Sala E, "Recubrimiento de Metales SA c/ Pro Tubo SA s/ ordinario", 27.04.04, dictamen 98760; dictamen nro. 128.464 en autos "Oxia Jeans S.A. s/ quiebra c/ Rama, Oscar Antonio y otros s/ ordinario", fallo de la Sala B de 18.04.2010 que remite a los fundamentos del dictamen, entre otros)

Así se ha dicho que si el fallido o los terceros hubieran ocultado información sobre sus negocios, impidiendo de tal modo que la sindicatura se informara íntegramente sobre la situación para producir en forma adecuada el informe del art. 39, los autores del disimulo u ocultación no podrían invocar el transcurso del término porque al hacerlo intentarían constituir en beneficio propio la consecuencia de dicha reticencia (Quintana Ferreyra, Francisco- Alberti, Edgardo Marcelo, "Concursos", pág. 145; Martorell, Ernesto E. "Tratado de Concursos y Quiebras", T II, pág. 426 citado por CNCom, sala A, en autos "Biocrom SA c/ Surar Pharma SA" del 14 de agosto de 2009).

Por ello, a los fines de determinar si las enajenaciones de activos, o cualquier otra contratación o acto que fueron llevados a cabo por la fallida o sus administradores o representantes, son o no susceptibles de ser cuestionados es imprescindible determinar y obtener información que se recaba en lo que normalmente se caratula como "incidente de investigación". De allí podría obtenerse datos que resultarían de utilidad en la tramitación de las posibles acciones como por ejemplo si hubo o no contraprestaciones adecuadas en enajenaciones u otros actos de disposición de bienes, si los adquirentes tenían capacidad económica para otorgar esos actos, quienes habitarían los inmuebles que habían sido propiedad de la fallida si estos fuesen objeto de una acción de recomposición, entre otras cuestiones.

Así la tramitación y conclusión de un incidente de investigación, impiden hasta su culminación el inicio del plazo de caducidad por cuanto la sindicatura no podría demandar la ineficacia de un acto sin saber si habría sido otorgado en fraude a los acreedores, es más muchas veces se entera de la existencia de esos actos a través de ese incidente que se inicia ante la falta de información valedera brindada por aquel que está obligado a cooperar. Spota sostiene que cuando el derecho no puede ser ejercido porque no nació la pretensión demandable, ni corre la prescripción, ni puede, tampoco, correr el plazo de caducidad (Spota, Alberto G, "Tratado de Derecho Civil" -Parte General-, Buenos Aires, 1959, Ed. Roque Depalma, Tº I, vol. 3º, pág. 674).

En efecto, no puede considerarse razonable aquella interpretación que no considera con efecto alguno el inicio y tramitación de un incidente de investigación si se tiene en cuenta que la acción para solicitar la declaración de ineficacia (por ejemplo), en la mayoría de los casos, no está expedita desde la declaración de quiebra y la sentencia de ineficacia depende, muchas veces, de la realización de indagaciones, de la fijación de la fecha de inicio del estado de cesación de pagos, u otras circunstancias, como por ejemplo, de la obtención de ciertos documentos que no son aportados al momento de decretarse la quiebra por los obligados a ello.

En consecuencia, la caducidad o prescripción no debería ser decretada en tanto no medie una conducta omisiva atribuible a la sindicatura sino que, por el contrario, las actuaciones cumplidas tanto en el expediente principal como en el incidente de investigación exterioricen su voluntad de hacer valer los derechos invocados en la demanda que luego interpusiese (CNCom, sala A, en autos “Imrex SACI s/ quiebra c/ Electrodomésticos Defema SA y otros s/ ordinario” del 20 de diciembre de 2007; “Biocrom S.A. c/ Surar Pharma SA del 14 de agosto de 2009).

Concluir lo contrario sería tanto como premiar al deudor más astuto en esconder su realidad patrimonial. Simplemente no cumpliendo con las obligaciones y cargas que le impone el art. 88<sup>1</sup> y 102<sup>2</sup> la ley 24.522.

---

<sup>1</sup> En su parte pertinente incisos 3 y 4.

<sup>2</sup> Obligación del fallido, administradores y representantes de prestar colaboración para el esclarecimiento de la situación patrimonial y la determinación de los créditos.



## **La autorización de los acreedores para el inicio de acciones de responsabilidad por el síndico**

*Luisa Isabel Borgarello y Jorge Fernando Fushimi*

### **Sumario**

El inicio de las acciones de responsabilidad prescriptas por los artículos 173 y siguientes de la Ley Concursal (Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, y sus modificaciones en adelante LCQ), que se inicien en contra de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido y de terceros que hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, sea con fundamento en la ley concursal, en las normas societarias y del derecho común, requieren de la autorización de los acreedores que prevé el art. 119 LCQ, por reenvío del último párrafo del art. 176 LCQ. La disposición referida establece que las acciones de responsabilidad, son ejercidas por el síndico y están sujetas a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible.

Se ha dicho que el sentido de esta autorización previa, es el de evitar las aventuras judiciales temerarias de la sindicatura, que podrían acarrear costas al –ya de por sí– menguado patrimonio falencial. Sin embargo, reputada doctrina ha sostenido también que esta autorización se ha convertido en una valla a la tarea sindical, tendiente a recomponer el activo falencial.

Lo que la norma no dice, es cómo debe obtenerse esa mayoría, y el objeto de este trabajo es analizar las diversas propuestas para obtener tales conformidades.

## 1. El obstáculo central: la apatía racional

Quizás el principal obstáculo que tiene la medida, es lo que se ha denominado “apatía racional”, es decir, la deliberada actitud omisiva o abstencionista de aquellas personas cuya participación se requiere para ciertos actos. Esta expresión es usada con frecuencia en el derecho de sociedades, en particular, en referencia a la actitud de los accionistas titulares de acciones de sociedades cotizadas, que –con fundamentos racionales– se abstiene de participar en las asambleas sociales. La apatía racional parte de la certeza que tiene el titular de un derecho a participar en un acto colectivo y deliberativo, de que su participación no será tenida en cuenta o, incluso le será negada, por no reunir ciertos requisitos mínimos formales o de imposición por la mayoría.

Hemos escrito hace tiempo<sup>1</sup> que la “apatía racional” es el fenómeno en virtud del cual un sujeto decide no actuar o no involucrarse en una situación determinada, impulsado (o, más bien, detenido) por una evaluación racional de costo-beneficio que realiza. Según esta evaluación racional, el beneficio del involucramiento es inexistente o nulo, frente a costos relativamente elevados que le imponen el obrar positivamente. Por ende, dado que el beneficio de la acción es ínfimo o nulo, opta por la omisión<sup>2</sup>. En el caso que nos interesa, se trata de la falta de interés parcial o total del acreedor, a participar en los actos vinculados a la quiebra y que vayan más allá de la verificación de créditos. En el concurso preventivo pueden existir incentivos para la participación del acreedor, pero estos incentivos se desvanecen en la quiebra, aun cuando se trate de aprobar el emprendimiento del órgano sindical de acciones tendientes a la deter-

<sup>1</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando; RODRÍGUEZ PARDINA, José María: Estrategias para lograr la participación de los accionistas en la asamblea (¿Se puede vencer la apatía racional?)” conjuntamente con el Prof. Lic. José María Rodríguez Pardina, en el X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y la Fundación para el Estudio de la Empresa (FESPRESA). La Falda (Pcia. de Córdoba), 03 al 06 de octubre de 2007. Publicación del Congreso, Tomo IV, pág. 431

<sup>2</sup> MARTINEZ, Juan J.: “Entiendo la Reforma del Estado a Través del Problema de Agencia” Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley) Year 2005 Paper 11. <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/11>. En este trabajo se analiza profundamente el fenómeno de la Apatía Racional.

minación de la existencia de responsables del perjuicio ocasionado a los propios acreedores. Máxime, cuando se trata de lograr la con

formidad de acreedores quirografarios, quienes serán los más beneficiados en caso de que las acciones de responsabilidad prosperen, pero son los menos beneficiados del esquema liquidativo falencial. Es decir, toda forma de involucramiento de los acreedores quirografarios, implicará -siempre- mayores costos para el interesado.

Por lo tanto, lograr las conformidades requeridas por la ley, no es fácil. Si ya difícil es lograr la aprobación de propuestas concordatarias en el concurso preventivo y ni hablemos de la integración de los comités de acreedores, tanto o más complicado resulta lograr conformidades para el inicio de acciones judiciales de las que el acreedor poco y nada sabe, y en las que nadie les garantiza ningún resultado, y como dijimos, tratándose de quirografarios, sin saber el impacto que tendrán en el dividendo concursal, y cuánto tiempo insumirán.

## **2. Una cuestión central: el requisito de las conformidades previas es requisito para la sindicatura actora, pero su omisión no vulnera el derecho de defensa en juicio del demandado**

Toda la doctrina es conteste en señalar que el requisito de la conformidad previa, lo es para la procedencia de la demanda de responsabilidad (en este trabajo nos limitamos a éstas), pero, eventualmente el inicio de las acciones sin la conformidad previa, no invalidaría la demanda en tanto y en cuanto estuviera autorizada por el juez. Esto es, la conformidad previa no es un requisito formal o material de validez de la demanda judicial, y el demandado no puede ampararse en la existencia de un defecto legal, atento a que ninguna ley ritual prescribe a la autorización previa como requisito de su validez. Ni siquiera afecta a la legitimación del síndico. En todo caso, el síndico temerario que iniciare acciones de responsabilidad sin contar con la autorización de los acreedores, o el juez no les dará curso, o caso contrario, la sindicatura deberá soportar las costas -en caso de derrota- con su propio peculio, atento a que no fue autorizado por los acreedores a comprometer los recursos de la quiebra en costas por la acción intentada.

Por su parte, el demandado por responsabilidad en la quiebra, tiene todo el sistema jurídico para ejercer su derecho de defensa en

juicio, por lo que la impugnación por falta de conformidades de los acreedores, siempre lucirá como inconducente. Y la negativa a la continuación de una demanda de responsabilidad iniciada por la sindicatura por aceptación del argumento de la falta de conformidades de los acreedores, siempre podrá ser considerada como un exceso de rigor formal.

### 3. Análisis doctrinario y jurisprudencial de la cuestión:

Respecto a la condición de admisibilidad de la acción concursal de responsabilidad, es decir la conformidad de los acreedores, viene al caso hacer un poco de historia. La Ley 24.522 vuelve a introducir en la normativa de que se trata, un antiguo requisito que disponía la Ley Castillo (Ley 11.719), con abundante crítica de la doctrina ya que se consideró que el requisito de la autorización previa era la “destrucción del instituto”<sup>3</sup>, teniendo en cuenta la apatía y el desinterés de los acreedores en ocuparse de cuestiones relativas al proceso falencial. Muchos se han preguntado si la incorporación de este requisito constituye un avance o un retroceso, en razón a las dificultades que se plantean en la práctica, para la obtención de las conformidades de los acreedores, por lo que debería facilitarse, antes que entorpecerse la función integradora y restaurativa del patrimonio<sup>4</sup>, como lo manifiesta Grispo<sup>5</sup>, este requisito convierte a la acción de responsabilidad en una “ilusión”, casi inoperante.

El fundamento de haberse adicionado en el Congreso de la Nación, esta exigencia de autorización previa por parte de los acreedores quirografarios verificados y declarados admisibles, ya que no constaba en el Proyecto original, es evitar aventuras judiciales iniciadas por síndicos temerarios, que perjudican en definitiva a los acreedores, por la imposición de costas al concurso ante el fracaso de la

<sup>3</sup> BOQUÍN, Gabriela, , “Acciones de responsabilidad de los administradores en la quiebra (Cuestiones conflictivas que las limitan hasta hacerlas desaparecer)”, en La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos- Instituto Argentino de Derecho Comercial. Legis, 2009, pág.268.

<sup>4</sup> VILLOLDO Marcelo, “Crítica al régimen de autorización para la deducción de las acciones de responsabilidad de representantes y terceros por parte de la sindicatura”, ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. V, p. 345.

<sup>5</sup> GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras”, ADHoc, 2.000, T.4, pág.385

acción. Pero este loable fin solamente tornó en una utopía de compleja realización, la promoción de la acción de responsabilidad. Así muchos autores<sup>6</sup> se manifestaron en contra de la conveniencia de incorporar este requisito, Martorell, por ejemplo, asevera que esta exigencia ha hecho retroceder varias décadas a nuestro derecho concursal.<sup>7</sup>

Es por esta razón que tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria se han expedido por la flexibilización de la norma y dotar a la sindicatura de la posibilidad de ejercicio de estas acciones de

<sup>6</sup> RUBÍN, Miguel E.: "Legitimación de los acreedores para autorizar al síndico a promover demandas de ineficacia o de responsabilidad" - LL - T. 1997-F - pág. 1004; VASALLO, Gerardo G.: "La acción de responsabilidad en la nueva ley de concursos y quiebras" - JA - T. 1996-III - pág. 954; MAFFÍA, Osvaldo: "Aspectos de la nueva ley de concursos (I): Responso para la ineficacia concursal" - LL - T. 1996-B - pág. 862; MARTORELL, Ernesto E.: "Tratado de concursos y quiebras" - Bs. As. - LexisNexis - T. III - "De la quiebra" - 2004 - págs. 463 y 464; JUNYENT BAS, Francisco: "Responsabilidad de terceros en la quiebra", en ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal - 12, 13 y 14/10/2000 - La Cumbre, Córdoba; JUNYENT BAS, Francisco: "Responsabilidad de terceros en la quiebra", en "La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos" - Bs. As. - Ad Hoc - 2000 - pág. 457; JUNYENT BAS, Francisco: "Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios" - RDCO - 1997 - pág. 157; JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: "Ley de concursos y quiebras comentada" - Bs. As. - LexisNexis - Depalma - T. II - 2003 - pág. 344; JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: "Sistema de ineficacia concursal" - Santa Fe - Ed. Rubinzal Culzoni - 2002 - págs. 272 a 278; JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: "Legitimación y competencia en la acción revocatoria", en "Derecho concursal" - Bs. As. - Ed. La Ley - 2004 - pág. 411; JUNYENT BAS, Francisco y ALIJA, María Florencia: "Aspectos sustantivos y procesales de la acción revocatoria concursal. La acreditación del perjuicio y el conocimiento del tercero" - RDCO - T. 2007-B - pág. 1; MACAGNO, Ariel A. G.: "Ineficacia concursal. Créditos hipotecarios y prendarios", ponencia presentada a las VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, San Martín de los Andes, 12 y 13 de noviembre de 1998, en <http://www.zamudio.bioetica.org/concurso6.htm>, página visitada el 12 de marzo de 2008; Balbín, Sebastián: "Responsabilidad del tercero propiamente dicho en la ley 24522", en "Anuario de derecho concursal" - Bs. As. - Ed. Ad Hoc - 2001- Año 1 - pág. 89; pág. 887; GARAGUSO, Horacio P.; MORIONDO, Alberto A. y GARAGUSO, Guillermo F.: "Acciones de responsabilidad y cuantificación del daño", en "La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos" - Bs. As. - Ed. Ad Hoc - 2000 - pág. 479; GRANADOS, Ernesto I. J.; ÁLVAREZ, Fernando A. y , Germán E.: "¿Es necesaria la autorización del art. 119 de la LC para promover la acción pauliana?", en "Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra" - Bs. As. - Ed. Ad Hoc - 2005 - pág. 191

<sup>7</sup> MARTORELL, Ernesto. Tratado de Concursos y Quiebras. Lexis Nexis, 2-004. T III, pág.464

recomposición patrimonial de la fallida, ya que el art. 119 LCQ no establece el procedimiento para requerir la autorización<sup>8</sup>. Hasta se ha llegado a proponer de *lege ferenda* que se permita al juez, ante la falta de autorización, dar venia a la promoción a la acción que nos ocupa, cuando existieran elementos que verosíblemente tornaran razonable la acción<sup>9</sup>.

En ese sentido la jurisprudencia ha dicho que: *“...aunque el sistema elegido por el legislador sea el de “autorización previa”, no cabe efectuar una interpretación meramente literal de la norma y despojarse de su teleología, la que indica que su objetivo es evitar la promoción de acciones infundadas que a la postre generen costas a cargo del activo concursal. Ergo, si con la acreditación del cumplimiento de tal recaudo inmediatamente después de su promoción desapareció el peligro de una acción aventurada e inconsulta del funcionario, confirmar la repulsa luciría más como un excesivo rigor formal que como ajustado apego a la ley...”*<sup>10</sup>.

Resulta relevante destacar, en el mismo sentido, lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza: *“Si el síndico no ha logrado las mayorías antes del cumplimiento del plazo de prescripción bianual, puede iniciar la acción de responsabilidad aclarando tal circunstancia, ad referendum de los acreedores, conducta que denota su voluntad de no dimitir el derecho. En todo caso, bastaría que se fije un plazo al síndico para que obtenga la autorización, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido de pleno derecho. Por otra parte, quedó firme la resolución que, al presentarse la demanda, autorizó a la sindicatura a realizar los actos útiles tendientes a lograr las conformidades necesarias requeridas por la ley”*<sup>11</sup>. Y especialmente resulta de interés destacar la indiscutible y autorizada opinión de la Dra. Aída Kemelmajer, en su voto en la mencionada causa: *“Sin embargo, en la misma línea que la sentencia recurrida, la prestigiosa Fiscalía General de la Cámara Nacional de Comercio tiene dicho que si el síndico no ha logrado las mayorías antes del cumplimiento del plazo bianual, puede*

<sup>8</sup> JUNYENT BAS Francisco y MOLINA SANDOVAL Carlos. Ley de Concursos y Quiebras, Lexis Nexis, 2003, TII, pág.151

<sup>9</sup> LORENTE, Javier. Nueva Ley de Concursos y Quiebras”, Gowa, 1.996, pág.246

<sup>10</sup> C.C y C. 2° Nominación. Córdoba: en autos: “Sindicatura en Sebastián y Domingo Morello S.H. Quiebra Indirecta c/ Morello Domingo y Otro”, Auto del 20-02-2003

<sup>11</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en autos: Carloni Humberto en J° 64.528/30.175 síndico en J° Club Y.P.F. Mendoza p/ quiebra s/ acc. de resp. concursal p/ incidentes l inc. cas. 5-dic-2007. MJ-JU-M-18992-AR

*iniciar la acción aclarando tal circunstancia, ad referéndum de los acreedores, conducta que denota su voluntad de no dimitir el derecho (Cám. Nac. Com. sala B, 20/10/20069, JA 2007II95; cita en su apoyo dictámenes anteriores y decisión conforme de la sala D del 5/11/2004). Con igual criterio se ha resuelto que si la acción se interpone sin la conformidad prevista, pero las circunstancias del caso ameritan cierta flexibilidad, debe admitirse la posibilidad de su satisfacción incluso en la alzada pues de otro modo se estaría convalidando una interpretación excesivamente rigurosa de los textos legales en desmedro de la finalidad del instituto (Cám. Nac. Com. sala C, 24/2/1998, “T. Froeschele y Cía. p/Quiebra”, cit. por Heredia, Pablo, “Tratado exegético de Derecho concursal”, Bs. As., ed. Ábaco, 2005, t. 4, pág. 287, nota 119). En todo caso, bastaría que se fije un plazo al síndico para que obtenga la autorización, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido de pleno derecho (Cám. 2° CC Córdoba, 20/2/2003, cit. por Heredia, pág. 287, nota 221)”.*

Se ha dicho también respecto al tema que nos ocupa que *“Hallándose indiscutido que la acción de responsabilidad incoada por el síndico fue deducida en término, el logro posterior de las conformidades de los acreedores no obsta a su tempestividad, ya que así como se admite la interposición de la demanda al solo efecto de interrumpir la prescripción, debe proyectarse igual efecto a la demanda promovida en término cuando todavía no se hubiere obtenido la autorización exigida por la ley”<sup>12</sup>.*

Incluso, en principio, no existiría óbice para que las conformidades se obtengan luego de haber incoado las demandas de responsabilidad, en ese sentido la jurisprudencia ha dicho que: *“...aunque el sistema elegido por el legislador sea el de “autorización previa”, no cabe efectuar una interpretación meramente literal de la norma y despojarse de su teleología, la que indica que su objetivo es evitar la promoción de acciones infundadas que a la postre generen costas a cargo del activo concursal. Ergo, si con la acreditación del cumplimiento de tal recaudo inmediatamente después de su promoción desapareció el peligro de una acción aventurada e inconsulta del funcionario, confirmar la repulsa luciría más como un excesivo rigor formal que como ajustado apego a la ley...”<sup>13</sup>.*

<sup>12</sup> Cám. Nac.Ap. Com. Sala D. Dihuel S.A.- quiebra - Ascencio Diego Aníbal s/ ordinario. 3-ago-2011. MJ-JU-M-68524-AR | MJJ68524

<sup>13</sup> C.C y C. 2° Nominación. Córdoba: en autos: “Sindicatura en Sebastián y Domingo Morello S.H. Quiebra Indirecta c/ Morello Domingo y Otro”, Auto del 20-02-2003

#### **4. ¿Qué informar a los acreedores?**

la LCQ establece que se deben obtener las autorizaciones requeridas para el inicio de las acciones de responsabilidad. Ahora, para que el acreedor se expida (en forma expresa, o en forma tácita), se supone que debe ser informado en términos generales. Si bien este no es el objeto del trabajo, consideramos que el acreedor sólo debe ser informado de que la Sindicatura plantea iniciar acciones de responsabilidad y -someramente- sobre el sentido de estas acciones y las eventuales consecuencias en materia de costas. Pero no más que eso. No consideramos que deba brindar mucha más información, atento a que entre los mismos acreedores pueden existir demandados que tomarían conocimiento del material probatorio y la estrategia planeada por la sindicatura lo que les daría mejores opciones para preparar sus defensas o afectar las pruebas. Como máximo, consideramos que debería informarse acerca de a quién o a quiénes se plantea demandar de responsabilidad, pero no mucho más allá de eso, ya que el exceso de información conspiraría contra el objeto de la acción de responsabilidad.

#### **5. Formas de obtención de las conformidades.**

##### **A modo de conclusión**

Lo expuesto precedentemente, nos lleva a considerar que las dificultades que implican la obtención de las conformidades de los acreedores para el inicio de las acciones de responsabilidad, pueden ser salvadas a través de la aplicación de criterios razonables, basados en la doctrina y la jurisprudencia y que no lleven a un quebrantamiento del sentido de la norma.

##### **a) Obtención de conformidades en forma previa:**

a.1. Notificando a los acreedores quirografarios declarados verificados y admisibles, mediante cédula de notificación remitida al domicilio constituido por cada uno al momento de requerir la verificación de sus créditos, y esperar a que todos concurren y den su conformidad expresa y por escrito. Método excesivamente formal, lento (por las demoras en el cursado de las notificaciones) e ineficiente, atento a la inexistencia de estímulos para que el acreedor responda;

a.2. Convocatoria a los acreedores para que éstos se expidan en una audiencia, una simple variación del método anterior.

a.3. Obtención de conformidades de manera tácita; es decir emplazando a los acreedores para que se expidan por la negativa a conferir la autorización para el inicio de acciones de responsabilidad, bajo apercibimiento de que el silencio será interpretado como autorización tácita<sup>14</sup>. Este método admite dos variantes:

\* Notificación del pedido de autorización mediante cédula de notificación o;

\* Notificación del pedido de autorización mediante edictos publicados en el diario de publicaciones legales.

\* Nada obsta a una combinación de ambos

b) Obtención de las conformidades con posterioridad a la interposición de las demandas (es decir, planteo de las demandas ad referendum de los acreedores, los que podrán expedirse por cualquiera de las dos vías mencionadas más arriba);

b.1. Planteo de las demandas de responsabilidad sin las mayorías necesarias, pero obteniéndolas a posteriori de su interposición (sea por un emplazamiento efectuado por el tribunal, o por la obtención de las conformidades aún ante la cámara de apelaciones, si el decreto que declara la procedencia fuese recurrido);

---

<sup>14</sup> Se ha dicho que *“la exigencia de una voluntad inequívoca por parte de los acreedores, habida cuenta de la falta de especificación de la ley, no es incompatible con un sistema de autorización tácito, cuando la cédula respectiva contiene la previsión de que el silencio será interpretado como autorización”* (cfr. BOQUIN, op.cit.. 269.CNCOM.Sala E 2/10/07 “Pino Camby S.A.s/ quiebra/ incidente de ineficacia concursal de venta de acciones”- “Suipacha 732 SRL s/ quiebra” 18/07/07- “Bozzi Hnos S.A.-s/ quiebra- Incidente de revisión por García del Río”(cit por Boquín); CNCOM. Sala D. “Eledar SA s/ quiebra/Incidente de responsabilidad” ED, 20/11/98, Cit. Por BORETTO Mauricio, “responsabilidad de Terceros en el Proceso falencial”, en Derecho Concursal Aplicado” Dirección PÉREZ HUALDE, Fernando- AdHoc- 2003: CNCOM Sala A,”AGROANTA FORESTAL SA”. DSC, Errepar, 2005-208, cit. Por GRAZIABILE Darío, “Derecho Procesal Concursal, Abeledo Perrot, 2009, pág.119 , abundante jurisprudencia confirma esa postura. También se ha afirmado que *“...debe rechazarse la excepción de falta de legitimación activa opuesta, en una acción revocatoria concursal promovida por el síndico, con sustento en que los acreedores no habrían manifestado en forma expresa su conformidad para iniciar la acción, toda vez que el requerimiento judicial a pronunciarse, cursado a aquéllos, previó que en caso de silencio se tendría por aceptado el inicio de las acciones por parte de la sindicatura”* (cfr. CNCom, sala C • 31/03/2009 • Renka S.A. s/quiebra c. Volvo Do Brazil Vehículos Ltda. y otros • LL 15/07/2009).

b.2. Autorización dada por el juez, en caso de existir elementos suficientes para la procedencia de las demandas, en sustitución de la voluntad de los acreedores.

## La inoponibilidad post falencial: trámite y plazo para su declaración judicial

*Eduardo Néstor Chiavassa y Sergio Gabriel Ruiz*

### Abstract

Frente a un conflicto como el que plantea la remisión del art. 109, LCQ, sostenemos que la declaración ha de ser de pleno derecho, sin necesidad de acción o petición expresa ni tramitación alguna, tal como lo dispone el art. 118, LCQ.

*No se prevé plazo de prescripción o caducidad para la declaración de inoponibilidad postfalencial. Es inaplicable el art.124 L.C.Q. Sin embargo, no puede predicarse la imprescriptibilidad de esta acción, por cuanto no escapa a la regla general contenida en el ordenamiento común. El plazo de prescripción es de 5 años (art.2560 CCC), y su cómputo comienza desde que se conoció o pudo conocer el acto.*

### 1. Introito

La pérdida de la disponibilidad y administración de los bienes que produce la apertura de un proceso falencial tiene como corolario la ineficacia de los actos celebrados por el fallido respecto de los bienes objeto de desapoderamiento. Como sostiene Heredia, el art. 107 junto con el art. 109, LCQ, constituyen un sistema unitario que tiende a la cristalización del patrimonio afectado por la quiebra de su titular, colocándolo en una situación de intangibilidad a favor de los acreedores, con el propósito de su reparto según la regla de la *par condicio*, salvo causa legales de prelación<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> HEREDIA, Pablo, Tratado exegético de derecho concursal, Tomo 3, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2001, p.1044.

### **a) Antecedentes**

La ley concursal 11.719 no regulaba en forma específica la sanción por la celebración de actos cumplidos por el fallido luego de la declaración de su quiebra, empero, se consideraba que tales actos eran nulos (ahora diríamos, inoponibles) con respecto a la masa.

El precepto actual contenido en la segunda parte del art. 109, LCQ reproduce el art. 113, 2<sup>a</sup> parte de la hoy derogada ley 19.551 que sancionaba por ineficaces los actos realizados por el fallido sobre los bienes desapoderados, sin necesidad de declaración judicial, resultando por ello inoponibles respecto de los acreedores, con fundamento en la circunstancia de que el deudor, en razón de su desapoderamiento, que opera de pleno derecho por efecto de la sentencia de quiebra, pierde las facultades de administración y disposición de sus bienes, siendo sustituido por la sindicatura.

### **b) Régimen normativo.**

El art. 109, LCQ en su segunda parte dispone expresamente que *“los actos realizados por el fallido sobre los bienes desapoderados, así como los pagos que hiciere o recibiere, son ineficaces. La declaración de ineficacia es declarada de conformidad a lo dispuesto en el art. 119 penúltimo párrafo”*. Al respecto, puede señalarse que los actos cuya ineficacia persigue la norma no están comprendidos entre aquéllos inoponibles de pleno derecho (art. 118, LCQ.) o por conocimiento del estado de cesación de pagos (art. 119, LCQ.), por lo que resulta irrelevante que en el proceso se haya determinado la fecha inicial de la cesación de pagos o no.

A diferencia de lo que acontece con el sistema de ineficacia previsto en los artículos 118 y 119 LCQ, y ccs., el art. 109 no apunta a los efectos retroactivos de la sentencia de quiebra, sino, por el contrario, a la ultraactividad de los efectos del desapoderamiento que se propaga sobre los actos celebrados por el fallido con posterioridad a la quiebra sobre los bienes desapoderados.

### **c) La ineficacia como sanción. Remisión**

Técnicamente debe hablarse de inoponibilidad y no de ineficacia, maguer que en la norma se haga mención a éste último instituto, toda vez que la ineficacia es el género, abarcativo de los conceptos de nulidad e inoponibilidad, que respecto de la primera

son la especie. De allí que una sinonimia entre ambos términos jurídicos no deviene correcta, máxime, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial y de la distinción que al efecto, realiza en los arts. 396 y siguientes.

## 2. Actos alcanzados por la ineficacia

Como ya fue señalado, la inoponibilidad como sanción afecta a todos los actos realizados a partir de la sentencia de quiebra sobre bienes desapoderados, por lo que no engasta en esta figura los celebrados por el fallido respecto de bienes excluidos del desapoderamiento (vgr. Art. 108, LCQ) o aquéllos adquiridos con posterioridad a su rehabilitación (*rectius*, del cese de su inhabilitación).

Puede tratarse, en rigor, de actos o hechos jurídicos, a título oneroso o gratuito, puesto que la ineficacia no tiene en cuenta la ausencia de contraprestación, como sí en el supuesto del art. 118, inc.1º), LCQ, sino más bien, la realización de actos prohibidos, sancionados con dicha inoponibilidad.

Pueden ser actos unilaterales o bilaterales, contractuales o no, e incluso, puede tratarse de hechos ilícitos.

Otra característica típica de la ineficacia de los actos de disposición realizados por el fallido luego de su declaración de quiebra es que no depende de la buena o mala fe del adquirente, en tanto esa sanción es la consecuencia lógica del desapoderamiento ordenado por los arts. 107 y 109 de la ley concursal 24.522<sup>2</sup>. Por esta razón, se ha dicho que no podría alegarse como defensa el desconocimiento de la declaración de quiebra, de la publicación de los edictos o de la anotación de la inhabilitación e indisponibilidad de los bienes, dado que se trata de una sanción objetiva prevista por razones de interés público<sup>3</sup>.

### a) Pagos efectuados por el fallido

La norma expresa que los actos realizados por el fallido sobre los bienes desapoderados, “así como los pagos que hiciere o reci-

<sup>2</sup> CNCom, sala D, 20/06/2007, Pradial S.A. s/quiebra, Sup. CyQ 2007 (noviembre), 94, AR/JUR/4611/2007.

<sup>3</sup> DI TULLIO, José – MACAGNO, Ariel, Algunas cuestiones sobre ineficacia concursal (con especial referencia a los arts. 120 y 109 LCQ.) JA 2002III1447.

biere”, son ineficaces. Esta sanción guarda coherencia con el sistema concursal, en tanto que implica un derecho de disponer que en virtud del desapoderamiento ya no puede ejercer el fallido.

Se sostiene que al referirse a “pago” en sentido técnico, debe interpretarse como cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación, cualquiera sea su naturaleza, y alcanza a cualquier otro medio de extinción de las obligaciones, v.gr. compensación, novación, etc.<sup>4</sup>

No interesa de qué tipo de acreedor se trate el que recibiera el pago de manos del fallido, sea común o privilegiado, deberá éste restituir el pago consignándolo judicialmente por ante el juez concursal, con más los intereses devengados.

En el caso del pago por consignación efectuado por el fallido, sólo será eficaz si hubiera sido aceptado por el acreedor con anterioridad a la falencia, y siempre que no estuviere incurso en el art. 119 LCQ.

## **b) Pagos recibidos por el fallido**

La hipótesis en la que el cesante recibiera pagos por parte de un deudor, en vez de depositar las sumas en el proceso concursal, está contemplada también en el art. 109, 2º párr., LCQ. La ineficacia dispuesta es la misma que se encuentra establecida en el *dictum* que abre la falencia, según lo manda el art. 88, inc.5, LCQ, a cuyo comentario remitimos.

La consecuencia de dicha inoponibilidad redunda en que el pago efectuado no libera al deudor *in bonis*, aun cuando ignorase el estado de quiebra de su acreedor, encontrándose el síndico facultado para exigir el cumplimiento en los términos del art. 182, siempre que el proceso no haya concluido por pago total o avenimiento.

Atento que la sanción de ineficacia presupone la validez del acto entre las partes, respecto del fallido podrá considerarse extinguida la obligación, no así respecto de los acreedores mientras subsista la quiebra.

---

<sup>4</sup> HEREDIA, Pablo, Tratado exegético de derecho concursal, Tomo 3, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2001, p.1050.

### **c) Otras hipótesis de ineficacia post quiebra**

Además de los pagos ineficaces proscritos por la norma bajo comentario, la jurisprudencia se ha encargado de incluir dentro de la ineficacia post quiebra a una serie de actos, entre los que pueden citarse la venta de bienes inmuebles y muebles, registrables o no, la constitución por parte del fallido de una hipoteca sobre un inmueble inscripto a su nombre en garantía de un mutuo (aun cuando no hubiese estado inscripta la inhibición en el Registro pertinente), la celebración de un contrato de locación posterior al desapoderamiento, la cesión de derechos hereditarios sobre bienes desapoderados, etc.

### **3. Trámite de la declaración de ineficacia**

Si bien no se discute que los efectos del desapoderamiento del fallido se producen en forma inmediata al momento del dictado de la sentencia que así lo declara, ello según el texto expreso del art. 106, LCQ, la norma sub examen, al momento de referirse a la declaración de la ineficacia, remite a lo dispuesto por el art. 119 penúltimo párrafo del ordenamiento concursal.

El mencionado párrafo del artículo 119, LCQ (que versa sobre la acción de ineficacia concursal por conocimiento del estado de cesación de pagos) textualmente reza: “esta declaración debe reclamarse por acción que se deduce ante el juez de la quiebra y tramita por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de partes se opte por hacerlo por incidente”. Dicho reenvío plantea un dilema, en tanto que, pese a la sanción expresa que dimana de la norma, la misma condicionaría su operatividad al trámite de la vía ordinaria, con la previa autorización de los acreedores exigida para la acción revocatoria concursal.

### **4. La interpretación de la remisión del art. 109 LCQ**

#### **a) La cuestión en la doctrina**

Podría decirse que casi en forma unánime<sup>5</sup>, la doctrina concursalista ha considerada incorrecta la remisión que la norma contenida en el art. 109 efectúa al penúltimo párrafo del art. 119, interpretando que el reenvío debe ser al art. 118 párr. final, que establece que

---

<sup>5</sup> Cfr. en sentido contrario, esto es, sosteniendo que la remisión debe efectuarse al art. 119, LCQ, VITOLLO, Daniel R., “Responsabilidad de terceros en caso de quiebra. Acciones de los acreedores”, Revista de Derecho de Daños n. 20013 (Daños en la actividad comercial), 2001, Ed. RubinzalCulzoni, p. 420.

la declaración de ineficacia se pronuncia sin necesidad de acción o petición expresa y sin tramitación<sup>6</sup>.

Quizás el motivo de dicho error en el reenvío se deba al apremio con que se elaboró el Proyecto de la actual ley concursal, tal como lo explica DASSO quien señala que “lo expuesto es congruente con todo el ordenamiento, ya que si se interpretara en su literalidad la norma, el legislador habría introducido una notoria violación al principio del desapoderamiento cuyo concepto y extensión están dispuestos en el art. 107 y en virtud del cual el fallido pierde los derechos de disposición y administración de sus bienes”.

## b) La visión jurisprudencial

El comportamiento de la jurisprudencia vernácula<sup>7</sup> revela una aju-

<sup>6</sup> Confrontar entre otros: RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho concursal”, t. II, 1997, Ed. RubinzalCulzoni, p. 86, VITOLO, Daniel R., “Comentarios a la Ley de Concursos y Quiebras 24522”, 1996, Ed. AdHoc, p. 425 y RIVERA, Julio C. ROITMAN, Horacio y VITOLO, Daniel, “Ley de Concursos y Quiebras”, t. II, 2000, Ed. RubinzalCulzoni, p. 133, VAISER, Lidia, “La interpretación de la ley concursal (una vez más y van...)”, LL 1997F410, TRUFFAT, E. Daniel, “El art. 109 LCQ.: una remisión conflictiva o, tal vez, simplemente errónea”, ED 1801516, TRUFFAT, E. Daniel, “Un error de remisión (y van...). El art. 109 LCQ. no debe remitirse al procedimiento del art. 119 LCQ. sino al del art. 118 LCQ.”, ponencia presentada en el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, La Cumbre, Córdoba, 12 al 14 de oc-

tubre de 2000, ASENSIO, Hugo E., “Actos realizados por el fallido sobre bienes desapoderados”, presentada en el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, La Cumbre, Córdoba, 12 al 14 de octubre de 2000, CONIL PAZ, Alberto, “Una inexplicable remisión (art. 109 LCQ.)”, ED 176272, LORENTE, Javier A., “Breve panorama e inventario del novísimo Anteproyecto de Reformas a la Ley Concursal”, ED 176835, IGLESIAS, José A., “Concursos. La reforma de la ley”, 1995, Ed. Depalma, p. 174, RIBICHINI, Guillermo E., “Inoponibilidad por conocimiento del estado de cesación de pagos”, 1999, Ed. La Ley, ps. 8 y 9, DASSO, Ariel A., “El concurso preventivo y la quiebra”, t. II, 2000, Ed. AdHoc, p. 702, DI TULLIO, José – MACAGNO, Ariel, “Algunas cuestiones sobre ineficacia concursal (con especial referencia a los arts. 120 y 109 LCQ.) JA 2002III1447 y HEREDIA, Pablo D., “Tratado exegético de derecho concursal”, t. 3, 2001, Ed. Ábaco, p. 1048.

<sup>7</sup> CNCom., sala D, 19/10/2000, “Díaz de Cortina, Elda E. s/quiebra”, Revista de las Sociedades y Concursos n. 7, p. 202, CNCom., sala E, 30/11/2000, “Galiardino, Edmundo s/quiebra, incidente de revocatoria concursal”, enero-febrero 2001, Revista de las Sociedades y Concursos n. 8, p. 197/198, CNCom, sala B, 26/9/2000, “Manuel Iñiguez S.A.C.I.A. s/quiebra”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 20011, sección jurisprudencia Concursos, p. 477, C. Civ. y Com. Rosario (Santa Fe), sala 4ª Integrada, 7/5/1997, “Montes, Marcelo H. s/quiebra”,

tada interpretación de la legislación concursal desde la perspectiva orgánica y conceptual, y ha procurado en la mayoría de los casos salvar el notorio defecto de técnica legislativa en que se ha incurrido<sup>8</sup>.

Así, se ha sostenido que cuando el art. 109, último párrafo, de la ley 24.522 establece que la declaración de ineficacia de los actos realizados por el fallido sobre los bienes desapoderados, así como los pagos que haga o reciba, debe ser declarada de conformidad con lo dispuesto en el art. 119, penúltimo párrafo, en realidad debió remitirse al art. 118, pues frente a actos como los mencionados no corresponde tramitar una acción deducida ante el juez de la quiebra por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de partes se opte por la vía de incidente.

En este sentido, se entendió que debe ser declarada de conformidad con lo dispuesto en el art. 118, último párrafo, de la ley citada, esto es, de pleno derecho y sin necesidad de acción o petición expresa y sin tramitación.

En otras palabras, el art. 109 de la ley 24.522 incurre en un evidente error al prever la remisión al art. 119, habida cuenta de que si para el período de sospecha, el art. 118 inc. 3º prevé la declaración de ineficacia de pleno derecho el marco de la legislación falencial se tornaría ininteligible si luego de decretada la quiebra con el consecuente desapoderamiento de los bienes del deudor, dispusiera un procedimiento ordinario que ubicara a la masa de acreedores en una condición peor que aquella en la que se encontraban antes del dictado de la quiebra.

### **c) Nuestra opinión**

En primer lugar, se considera que frente a un conflicto como el que plantea la remisión del art. 109, LCQ, la inteligencia de las leyes debe buscarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las

---

Revista de Derecho Privado y Comunitario n. 17, sección jurisprudencia Concursos, p. 388, C. Nac. Com., sala E, 19/9/1997, "Solessio de Copantsidis s/quiebra", Revista de Derecho Privado y Comunitario n. 17, sección jurisprudencia Concursos, p. 387, CNCom, sala D, 23/11/2004 • Geonav S.A. s/Quiebra • LA LEY 2005-B, 609 - IMP 2005-A, 1131 - LA LEY 2005-E, 740, con nota de Juan Luis Miquel; AR/JUR/4681/2004.

<sup>8</sup>, DI TULLIO, José – MACAGNO, Ariel, Algunas cuestiones sobre ineficacia concursal (con especial referencia a los arts. 120 y 109 LCQ.) JA 2002III1447 .

informan, para lo cual la labor del intérprete debe ajustarse a un examen de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal<sup>9</sup>.

En segundo lugar, que amén la opinión doctrinaria y jurisprudencial ya descrita, a los fines de superar la incongruencia del texto legal se han presentado proyectos de reformas de la ley concursal que han insistido en la eliminación del error de remisión al art. 119, para quedar establecido el reenvío al art. 118, párr. final.

Desde esta perspectiva, no parece razonable ni coherente que, tratándose de la ineficacia de un acto realizado en el período de sospecha, no se requiera procedimiento alguno más que la sola declaración, y, en cambio, sí se lo exija para un acto celebrado en estado de bancarrota, encontrándose vigente el desapoderamiento<sup>10</sup>.

En función de lo expuesto, propiciamos una interpretación armónica del texto de manera tal que la ineficacia dispuesta por el art. 109, LCQ, lo sea de pleno derecho, sin necesidad de acción o petición expresa ni tramitación alguna, tal como lo dispone el art. 118, LCQ.

## **5. Plazo para la declaración judicial de la inoponibilidad post falencial**

La ley concursal no ha señalado en forma expresa cuál es el momento hasta el cual, el juez puede declarar la inoponibilidad prevista en el art. 109. No resulta correcto, según entendemos, acudir a lo dispuesto por el art. 124, LCQ para limitar temporalmente la declaración de esta ineficacia post falencial al trienio establecido por dicha norma. Ello, puesto que la caducidad allí prevista solo puede ser aplicada a la ineficacia de pleno derecho contemplada en el Artículo 118, a la intimación del Artículo 122 y la interposición de la acción en los casos de los Artículos 119 y 120.

En una palabra, el plazo de caducidad para declarar la inoponibilidad

<sup>9</sup> Cfr. CCiv. y Com. de San Isidro - Sala II - 17/7/1997, "Ramos, Juan" - LL - T. 1997-F - pág. 410 y ss.

<sup>10</sup> CNCom, sala A, 13/02/2009, Industria Metalúrgica Plástica Argentina Cooperativa Ltda. s/ Quiebra - Incidente de ineficacia concursal promovido por Casa Julia S.A, Lexis N° 70052188.

sobre la base de la retroacción falencial, que tiene como cómputo inicial la sentencia de quiebra, no debe aplicarse al supuesto que se analiza. Nótese que puede darse el caso en el que el plazo trienal contado a partir de la sentencia de quiebra (no firme) puede haberse agotado aun antes de producido el acto en transgresión al art. 109, LCQ.

Cámara ha sostenido, con cita de un fallo de la Casación italiana, que *“esta ineficacia, a diferencia de la revocatoria concursal del art. 122, LC –de pleno derecho– cuya declaración está sujeta al plazo del art. 128, LC, no tiene término de prescripción”*.

Ahora bien, el hecho de que no exista determinado en la legislación falencial un plazo de prescripción, abre el interrogante de si existe plazo de caducidad o de prescripción para la declaración de inoponibilidad post falencial. Para algún sector de la doctrina y jurisprudencia, la respuesta es negativa. La pretensión de declaración de inoponibilidad postfalencial puede plantearse en cualquier momento desde la sentencia de quiebra hasta la conclusión de la misma. Por lo tanto, entiende Gerbaudo, *“resulta imprescriptible mientras esté abierto el proceso falencial y tampoco es aplicable el plazo de caducidad previsto por el art. 124 de la LC”*. Alguna jurisprudencia también se ha expedido al respecto sosteniendo que *“la acción para declarar la inoponibilidad de actos que involucran bienes desapoderados – en el caso, respeto de modificaciones en un contrato de locación realizadas con posterioridad al decreto de quiebra de la locadora –es imprescriptible mientras subsista la quiebra y tampoco resulta operativo el plazo de caducidad que, para otros supuestos, contempla el art. 124 de la ley 24.522 (CNCom, Sala D, “Editorial Ser S.A. s/ quiebra s/ incidente art. 250 relativo al inmueble de Av. Rivadavia N° 124416, Ciudadela”, 1/12/2015, en LL 2016-B-379, citado por Gerbaudo)*.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, sostener que la legislación concursal no prevé plazo de prescripción o de caducidad, ni resulta aplicable analógicamente la manda prevista por el art. 124, LCQ, no implica que la acción de inoponibilidad post falencial sea imprescriptible. Por el contrario, la falta de previsión de la normativa especial respecto a un plazo de prescripción exige la remisión a las normas generales del Código Civil y Comercial que en su art. 2560 lo establece en el plazo de cinco años. No puede sostenerse que se está en presencia de una acción imprescriptible, en primer lugar por la regla general que toda acción es prescriptible, con las expresas excepciones legalmente previstas, vgr. art. 387 CCC, que refiere a la

nulidad absoluta. Por otra parte, como es irrelevante la buena o la mala fe del cocontratante, la estabilidad de las relaciones jurídicas exige la concreción de un plazo, que aparece más que razonable. Por supuesto, debe mantenerse la quiebra en trámite en este plazo.

Asimismo, el art.397 CCC que refiere a la oportunidad para invocar la inoponibilidad, señalando que esta puede hacerse valer en cualquier momento sin perjuicio de que contraparte pueda oponer la prescripción o caducidad.

El plazo se computará desde que se conoció o pudo conocer el acto.

## **¿Nos otorga nuestra ley una solución efectiva, eficaz y eficiente con la implementación de las Cooperativas de Trabajo?**

*Ariel Dasso, Carolina Ferro y Laura Poletti*

### **Sumario**

Pretendemos evitar pretender encontrar la solución de la crisis global solamente mediante reformas al Derecho Concursal, que no puede resolver conflictos agudos de sociedades seriamente comprometidas económica y socialmente. Las normas vigentes en la República Argentina revelan un elenco de sujetos que se ven compelidos a soportar los perjuicios de la actividad de las cooperativas a través de la explotación del negocio del sujeto fallido, quedando involucrados los propios trabajadores en una situación de conservación de la fuente de trabajo de forma precaria, resultado ello desventajoso para todos los involucrados. Tales situaciones deben ser resueltas por vías diferentes que la modificación de la ley concursal.

En virtud de la falta de logros satisfactorios, este trabajo propone no insistir en esta figura incorporada a la Ley de Concursos y Quiebras Argentina como una solución ante la crisis mundial, atento a que se constata que no contiene en la materia una solución efectiva, eficaz y eficiente.

### **Ponencia**

Las empresas tienen diversas maneras de organizarse. Además de la organización que podríamos llamar “industrial” y la “administrativa” (ambas siempre presentes en la empresa y la mayoría de las veces eje esencial del “mayor valor” que su actividad genera y justifica su existencia) éstas adoptan, por lo general una organización “jurídica” o “legal”. Esta será como el sayo o la túnica que revestirá el conjunto de los demás elementos que constituyen la empresa y su organización, y le permitirá, por un lado, fijar normas de actuación

interna, entre sus integrantes y, por el otro lado, será la interfaz de identificación y comunicación con los terceros: proveedores, clientes, estado. Y nos preguntamos, en nuestro caso de análisis, si es eficaz, eficiente y efectiva a las formas de organización empresarial la figura de la “cooperativa”, particularmente en el caso de falencia.

La forma de trabajo cooperativo tiene una larga historia, jalonada de una evolución que se fue desarrollando a la par de las transformaciones económicas, sociales y políticas de la humanidad.

Sí recordaremos en esta ocasión que el nudo gordiano del esquema cooperativo radica en la sustancial diferencia que esta forma de organización tiene con relación a las formas societarias en cuanto a la vinculación entre los cooperativistas entre si y con la propiedad de los bienes de formen parte de su actividad.

### **Notas caracterizantes de la cooperativa**

Corresponde destacar las notas de la cooperativa que la diferencian de las sociedades de lucro<sup>1</sup>.

a) El límite máximo en la participación del capi-

---

<sup>1</sup> Ley 20.337 - ARTICULO 2º.- Las cooperativas son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios, que reúnen los siguientes caracteres: 1º) Tienen capital variable y duración ilimitada; 2º) No ponen límite estatutario al número de asociados ni al capital; 3º) Conceden un solo voto a cada asociado, cualquiera sea el número de sus cuotas sociales y no otorgan ventaja ni privilegio alguno a los iniciadores, fundadores y consejeros, ni preferencia a parte alguna del capital; 4º) Reconocen un interés limitado a las cuotas sociales, si el estatuto autoriza aplicar excedentes a alguna retribución al capital; 5º) Cuentan con un número mínimo de diez asociados, salvo las excepciones que expresamente admitiera la autoridad de aplicación y lo previsto para las cooperativas de grado superior; 6º) Distribuyen los excedentes en proporción al uso de los servicios sociales, de conformidad con las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 42 para las cooperativas o secciones de crédito; 7º) No tienen como fin principal ni accesorio la propaganda de ideas políticas, religiosas, de nacionalidad, región o raza, ni imponen condiciones de admisión vinculadas con ellas; 8º) Fomentan la educación cooperativa; 9º) Prevén la integración cooperativa; 10º) Prestan servicios a sus asociados y a no asociados en las condiciones que para este último caso establezca la autoridad de aplicación y con sujeción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 42; 11) Limitan la responsabilidad de los asociados al monto de las cuotas sociales suscriptas; 12) Establecen la irrepartibilidad de las reservas sociales y el destino desinteresado del sobrante patrimonial en casos de liquidación. Son sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley. Denominación

tal por cada socio (Ley de Cooperativa 20.337 art. 17)

b) Un número mínimo de socios (art. 2, la Ley 20.337) deben ser por lo menos diez. La Res. INAC 324/94 establece un mínimo de seis<sup>2</sup>. La base del cooperativismo es la solidaridad a nivel plural, no es filantrópica.

c) Capital social (i) variable indeterminado en el acto constitutivo y (ii) ilimitado (Ley 20.337: art. 2º, inc. 1º y 2º). El ingreso o salida de los socios, a diferencia de lo que acontece en las sociedades de capital no supone la modificación del acto constitutivo. Esto se conoce en doctrina como “*principio de puerta abierta*”. En cambio, en la sociedad de capital la transferencia de la calidad de socio es indiferente, salvo cláusula legal limitativa, y la posición de cada socio es sustituible pero toda vez que la incorporación del socio requiera aporte de capital, será menester la modificación del estatuto o acto constitutivo.

d) “*Cada cabeza un voto*”: Cada socio tiene una cuota de poder exactamente igual al de los otros que ejerce en la asamblea prescindiendo de su cuota de participación (L. Coop.: 20.337: art. 2, inc. 3º).<sup>3</sup>

El vigor o la eficacia de la cooperativa está en el número de sus socios y no en su riqueza. Su capital es la suma de minúsculos aportes sumados y el poder cooperativo no se regula como en las sociedades lucrativas por la fuerza del capital de uno o de pocos<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> FARRÉS, PABLO D. M.: op. cit, p. 83: conceptúa exorbitante del marco legal delegado. El D. Leg. It. 6/2003 establece: (i) Para constituir una cooperativa es necesario que los socios sean por lo menos nueve (art. 2522); (ii) Será, en cambio, suficiente el número de tres socios siempre que ellos sean todas personas físicas y la sociedad adopte las normas que regula la S.R.L. ; (iii) El legislador también ha previsto la disolución y liquidación de la sociedad cuando lo alcance el número de socios indicados y no sea reintegrado el número *dentro del año*; (iv) En algunos tipos de cooperativa los socios deben *poseer específicas cualidades personales*.

<sup>3</sup> FARRÉS, PABLO D. M.: “*Cooperativa de trabajo*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pág. 69: En las cooperativas de trabajo el principio democrático o igualitario rige el gobierno de la entidad a través de derecho de voz y voto e información (L. Coop.: art. 63 y 76), y no alcanza al aspecto de organización empresarial regida por estructura jerárquica, de subordinación y disciplinaria.

<sup>4</sup> El acto constitutivo de la cooperativa se configura, entonces, como un **contrato abierto a la adhesión de terceros** y por ello él debe expresamente indicar los *requisitos y las condiciones para la admisión de los socios* (art. 2521, n. 6). El principio de “*puerta abierta*” no protege el interés de los terceros en el ingreso de la cooperativa, sino mas bien aquel de los socios a que entren a formar

La diferencia respecto de la sociedad lucrativa, es que la actividad de cooperativa de trabajo tiene por fin proveer a los socios ventajas de trabajo pero, la participación en el goce de cada socio de las ventajas no tiene vinculación con la relación social ni con el aporte: exige relaciones contractuales ulteriores, un desembolso, del socio que en el caso de la cooperativa de trabajo es una relación de trabajo subordinado. En definitiva, prestaciones posteriores que en la cooperativa, como en la sociedad capitalista, deben consistir en aportes de capital, con exclusión de aportes de servicios<sup>5</sup>.

A modo de resumen se podría afirmar que la cooperativa consagra un repudio al principio plutocrático en virtud del cual el poder económico depende de la propiedad de la riqueza<sup>6</sup>.

El ánimo de lucro no puede estar presente en las cooperativas, limitándolas entonces en cuanto al crecimiento en la actividad. Lo que, por otra parte, las vuelve muy poco atractivas como *parceiro* o *partenaire* en proyectos a los cuales pudiera vinculárselos junto con otras formas de organización empresaria, como Sociedades de capital.

---

parte de la cooperativa, sin límite de cantidad, todos aquellos que demuestren ser portadores de intereses homogéneos respecto a aquellos que han determinado la constitución de la sociedad. Tal principio torna *inadmisibile* cláusulas que prohíben en forma absoluta nuevas adhesiones o permitan a cualquiera el ingreso, o que remitan la admisión de nuevos socios al mero árbitro de los administradores. La admisión a la cooperativa, de todos modos, es siempre “*un acto de autonomía contractual*”: el requerimiento de admisión no es otra cosa que una propuesta contractual y la aceptación es un acto de autonomía contractual por su naturaleza inescindible por parte de la autoridad judicial. *El ciudadano en particular, entonces no tiene un derecho subjetivo a ser socio de una cooperativa*. Aunque si tiene todos los requisitos previstos por la ley y por el estatuto: es el portador sólo de una expectativa legítima.

<sup>5</sup> Cfr. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, p. 227 y ss. (cit. p. GALGANO, FRANCESCO: “*La società per azioni...*”, p. 256, n. 2)

<sup>6</sup> GALGANO, FRANCESCO: “*La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*”, ed. Zanichelli Bologna, 3<sup>a</sup> edición, 1978: “*el fenómeno cooperativo se compone jurídicamente en una duplicidad de relaciones: esto es, por un lado, la relación de sociedad cuyo objeto es –como en toda sociedad no lucrativa– el ejercicio en común mediante los aportes de los socios de una actividad empresarial; y por otro lado, una multiplicidad de relaciones de cambio, que se instauran entre la cooperativa y los socios singulares y que consisten según fuere el específico objeto de la cooperativa, en relaciones de compra o de trabajo o de crédito o de seguro, etc.*”

## Nuestra legislación concursal

La explotación a través de cooperativas conformadas por los trabajadores se introdujo con una magra legislación tras la crisis del 2001, mediante la sanción de la ley 25.589 ante la realidad de la toma ilegítima por grupos de trabajadores de las plantas industriales abandonadas por los dueños. Los jueces fueron en cada caso adaptando la legislación en la medida de lo posible para convalidar o no tales situaciones. Y en algunos casos se extravió el rumbo del proceso falencial, cuyo objetivo principal recordemos es la liquidación de los bienes para la satisfacción de la totalidad de los acreedores involucrados.

La reforma iniciada con la crisis del 2001 (ley 25.589) se completó (ley 26.684) 10 años más tarde para pretender perfeccionar dicha figura. Y parafraseando al Dr. Truffat *“el legislador se rindió ante la realidad”*.

Así establece actualmente *“También la **conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos**, si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la soliciten al síndico o al juez, si aquél todavía no se hubiera hecho cargo, a partir de la sentencia de quiebra y hasta cinco (5) días luego de la última publicación de edictos en el diario oficial que corresponda a la jurisdicción del establecimiento”*

Es decir que el proceso de quiebra con su finalidad liquidativa como lo conocimos, ahora en Argentina tiene un nuevo propósito que es la conservación de la fuente de trabajo, a toda costa. Creemos que es, con esas características, resulta erróneo, pero hoy ES.

La ley prevé recaudos para la continuidad de la empresa por parte de cualquiera de los legitimados, aun los trabajadores, que deben por ejemplo representar las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales *“quienes deberán actuar en el período de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo”*;

### **La situación actual en la Argentina. El rol de la cooperativa de trabajo en el proceso de quiebra**

Como hemos podido apreciar no son pocas las cuestiones que ponen en tela de juicio la aptitud de la cooperativa de trabajo *per se*, como alternativa eficiente a la liquidación. Porque en definitiva es eso lo que ha terminado por postular la realidad,

Ante situaciones de insolvencia y el avizoramiento de una quiebra,

en muchos casos, grupos de trabajadores comenzaron el proceso de conformar cooperativas con la intención de preservar, a ultranza sus puestos de trabajo y supuestamente el medio de producción. Intentan evitar el cierre de la empresa, y que tanto el “empresario” o el síndico puedan disponer de los activos, aun cuando aquellos persigan satisfacer el crédito de los acreedores, trabajadores incluidos.

Siguiendo este criterio son múltiples las pretendidas soluciones: la explotación directamente por la cooperativa o en algunos casos directamente el poder local declara de utilidad pública y sujeto a expropiación el “uso temporal” de los activos, cercenando la posibilidad de cobro de los acreedores (incluidos los mismos cooperativistas).

Tengamos en cuenta que se deberá presentar un proyecto de explotación conteniendo las proyecciones referentes a la actividad económica que desarrollará, y la decisión quedará sometida a la opinión no vinculante del síndico y a la resolución del juez.

La legislación ha previsto también que el Estado deberá brindarle la “asistencia técnica” necesaria para seguir adelante con el giro de los negocios. Aunque técnica no es económica y cabe preguntarse cuál es el origen de los fondos que obtienen estas cooperativas para funcionar, ambicionaríamos además de plantear el interrogante brindar una respuesta, pero no la encontramos al momento de realizar este trabajo.

Además, el juez de la quiebra podrá suspender las ejecuciones hipotecarias y/o prendarias por un plazo de hasta dos (2) años. La realidad es que el acceso al crédito en Argentina es difícil así que normas como éstas no hacen más que convalidar la vía restrictiva a la financiación.

En los mejores supuestos ese formato se ha visto concretado mediante la concesión de la explotación a las cooperativas a través de la fijación de un canon locativo<sup>77</sup> que excepcionalmente, en el primer caso citado, ha permitido el ingreso de activos que facilitaron la cancelación de más del 60% del pasivo falencial. Pero por más que se indague este supuesto es excepcional. Al respecto cabe destacar que en aquél supuesto la actividad en manos de los empresarios no era deficitaria (base fáctica que no es motivo de análisis en esta ponencia), como tampoco lo fue en manos de la cooperativa después.

Sin embargo, la continuación de la explotación no ha sido supera-

---

<sup>77</sup> Ver publicaciones periodísticas y fallos inéditos R.R. Donnelley Argentina S.A. S/Quiebra, COM 022930/2014

JUZGADO COM. 19 – SEC. N° 37; Lanera Austral S.A. s/Quiebra - Juzgado Nac. Com. Nro. 6 - 15/06/2016

vitaria para permitir la cancelación de los pasivos en el resto de los casos. Este dato de la realidad no es menor. Pues existe también un universo de otros sujetos que deben relegar el cobro de los créditos incluidos aquellos trabajadores que han decidido no conformar la cooperativa, además de otros acreedores comunes que ven frustradas sus mínimas expectativas de cobro como consecuencia de procesos liquidativos ineficientes.

Las causas de este fracaso son múltiples, entre las cuales, la de mayor relevancia es, sin lugar a dudas la depreciación de la moneda y con ella de los valores involucrados en la venta de los activos. La otra, propia de la crisis, es el horizonte de incertidumbre que acecha al trabajador, que no solo ve cerrar su fuente de empleo y de su alimento, sino que no tiene otro recurso, porque las demás empresas cierran y el Estado no ha previsto una red social de seguridad que lo ampare mientras dura la crisis y consiga un nuevo empleo. Y tampoco lo es que el propio estado, en sus diversas versiones, que como política de estado de la promoción del empleo, ha implementado en vez de la creación de nuevo trabajo, la penalización del despido, llevando el cálculos de las indemnizaciones a límites exorbitantes, que lejos de propender a su objetivo inicial, que es dotar a trabajador de medios suficientes para sostenerse hasta que consiga un nuevo empleo, se han convertido en un *bonus* para una “nueva vida” (que no se puede pagar) y que incentiva al propio trabajador en su búsqueda. La irracionalidad de esta solución no sólo desalienta la contratación de nuevos empleados, sino que para la empresa mediana se vuelve como una espada de Damocles que siempre pesa sobre ella, ya que un solo despido incausado, la lleva a la quiebra, dejando sin trabajo a todos los demás empleados.

## Conclusion

En virtud de la falta de logros satisfactorios, este trabajo tiene por fin proponer no insistir con esta figura incorporada a la Ley de Concursos y Quiebras Argentina como una solución ante la crisis mundial pues su efectividad, eficiencia y eficacia no han sido comprobadas en casos prácticos.

Ello pues, a nuestro criterio, ésta legislación no permite verdaderamente reinsertar a los trabajadores a un circuito genuino de la economía, reduce los aportes impositivos, porque las cooperativas reciben exenciones con lo cual se perjudica a toda la sociedad, las cooperativas por ley se encuentran impedidas de tener ánimo de lucro, e incluso de desplegar algunas actividades concretas, es decir que para el supuesto de estar legitimadas sólo podrían tener activi-

dad con el objeto limitado de satisfacer las necesidades de sus asociados, impidiendo (si fuera posible) un crecimiento de actividad. Perjudica a los acreedores que no pueden cobrar sus créditos porque los bienes con los que deberían cancelarse son utilizados por los integrantes de la cooperativa corriendo el riesgo de arrastrar a los acreedores (cuando sean pequeños) también a una insolvencia.

Y como si todo ello fuera poco, los integrantes de la cooperativa terminan sobreviviendo de un modo precario, desde la carencia de la seguridad social (pues generalmente no abonan la carga tributaria correspondiente a cada asociado), la protección de la salud (pierden la obra social que gozan en un empleo regularizado), y el sometimiento a quienes en definitiva manejen la cooperativa, sumado al hecho concreto que los fondos retirados generalmente son inferiores a los valores fijados como remuneración de convenio en los respectivos Convenios Colectivos de Trabajo de cada sector (insistimos, lo vislumbramos una forma de precarización del trabajo y no de conservación genuina de la fuente del mismo).

En relación a la crisis global particularmente vinculada al desempleo, propugnamos superar el pensamiento mágico que pretende dar soluciones a los conflictos de años de economía cortoplacista por medio del Derecho Concursal, por el contrario, deben buscarse alternativas que propicien verdaderas y genuinas fuentes de trabajo: “Se precisa una nueva revolución productiva.”<sup>88</sup>

En Argentina el parlamentario se rindió ante la realidad de empresas tomadas por trabajadores y las receptó legislándolas en el marco de la normativa concursal.

Si los legisladores creen en el modelo cooperativo para la conservación de la fuente de trabajo como una modalidad de trabajo diferente al asalariado y al independiente y con el objeto de satisfacer las necesidades de sus asociados, sus familias y la comunidad en general, acogiendo el fundamento ideológico de la Organización Internacional de las Cooperativas de Producción Industrial, Artesanal y de Servicios (CICOPA), deberían reglamentar en tal sentido,<sup>99</sup> pero no a través de la ley de quiebras. La legislación que se necesita debe atender la verdadera necesidad que subyace en la comunidad ante la crisis global, necesitamos empresas que funcionen. Hay que legislar para tener un escenario propicio para ello y no rendirnos ante la realidad con soluciones que precarizan.

<sup>88</sup>Laurent, Carroué “La Muerte de la Industria” LE MONDE diplomatique – Edición 153 – Marzo 2012 – 28 págs-

<sup>99</sup>[www.cicopa.coop](http://www.cicopa.coop)

## Acción concursal de responsabilidad en el proceso falencial del consumidor sobreendeudado

*María Cristina De Cesaris*

### Sumario

Los daños provocados por la insolvencia de las personas humanas que no desarrollan actividad productiva organizada en forma de empresa (fenómeno conocido como “sobreendeudamiento de los consumidores”) cuyas quiebras se clausuran de ordinario por “falta de activo”, pueden encontrar solución también a través de la promoción de la acción de responsabilidad regulada en el art. 173, 2do. Párrafo LCQ. Proponemos una mirada integradora a la hora de valorar la responsabilidad derivada de la concesión abusiva de crédito al consumidor sobreendeudado, asumiendo que existe la posibilidad de accionar reclamando se indemnicen los daños y perjuicios mediante el ejercicio de la acción regulada en el segundo párrafo del art. 173 ley 24522 (en adelante LCQ). Ello a partir de la nueva concepción del factor de atribución “dolo” (art. 1724 CC y C) y el estándar de conducta que impone el art. 1725 CC y C en cuanto determina que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia requerible al agente y la previsibilidad de las consecuencias.

Siempre consideramos que la regulación concursal del sobreendeudamiento de las personas humanas debe tener como fundamentos la responsabilidad limitada del deudor, la división del riesgo con los acreedores y la necesidad de solucionar lo más rápidamente posible la crisis de la economía doméstica en salvaguarda de la dignidad, el bienestar y la integridad de las familias<sup>1</sup>. Desde hace muchos años sostenemos que las consecuencias perjudiciales de la insolvencia de

---

<sup>1</sup> Nuestra ponencia en el Tomo II de Ponencias del IX Congreso de Derecho Concursal realizado en Villa Giardino, pág.195.

las personas físicas deben ser soportadas por los acreedores no solo en supuestos de “sobreendeudamiento pasivo”, pues es innegable la responsabilidad que les cabe a las entidades de créditos y “acreedores de consumo” por la concesión de créditos con alto y probado riesgo de incobrabilidad. Las altas tasas de interés son la prueba más acabada de que es conocido el alto riesgo asumido<sup>2</sup>. Ya en el año 2006, y en contraposición a una “visión moralista” del sobreendeudamiento del consumidor que acusaba a estos de libertinaje en los gastos y consideraba a la quiebra como un instrumento “abusivo” –cuando no fraudulento- para liberarse de las deudas<sup>3</sup>, expusimos que no podía soslayarse la concesión abusiva el crédito al consumo como factor generador o facilitador de la insolvencia tanto al momento de imputar responsabilidades como al momento de distribuir, con equidad las pérdidas<sup>4</sup>.

Hoy, avanzando en esa dirección, proponemos una mirada integradora a la hora de valorar la responsabilidad derivada de la concesión abusiva de crédito al consumidor sobreendeudado, asumiendo que existe la posibilidad de accionar reclamando se indemnicen los daños y perjuicios mediante el ejercicio de la acción regulada en el segundo párrafo del art. 173 ley 24522 (en adelante LCQ). Ello a partir de la nueva concepción del factor de atribución “dolo” (art. 1724 CC y C) y el estándar de conducta que impone el art. 1725 CC y C en cuanto determina que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia requerible al agente y la previsibilidad de las consecuencias.

---

<sup>2</sup> Nuestra ponencia en el Tomo III de Ponencias del VIII Congreso de Derecho Concursal realizado en Tucumán, pág. 151, y sus remisiones al trabajo de Trujillo Diez, Iván Jesús “El sobreendeudamiento de los consumidores”, Estudio Jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha; también Anchával, Hugo en La Ley 2010-E-1079.

<sup>3</sup> Sobre el tema y con amplitud Anchával, Hugo “INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR”, Editorial Astrea, 2011; De Cesaris, María Cristina “Más reflexiones sobre la insolvencia del consumidor” en “Derecho Económico Empresarial-Estudios en Homenaje al Dr. Héctor ALEGRIA, T.I, pág. 529, LA LEY, 2011.

<sup>4</sup> De Cesaris, Dos Santos Freire y Weidmann “Reflexiones sobre el tratamiento legislativo y judicial de los llamados Pequeños Concursos”, en T. I, pág. 249 del Libro de Ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 2006,

Las acciones de responsabilidad patrimonial contra terceros en la quiebra tienen como objetivo esencial morigerar el daño que sufren los acreedores por insuficiencia o inexistencia de activo, mediante el pago de una “indemnización” y, eventualmente, la incorporación de bienes que los terceros aún tengan en su poder por haber

participado en carácter de autores, cómplices o partícipes en actos cuya consecuencia haya sido la disminución del patrimonio, prenda común de los acreedores (art. 242 CCyC).

Si bien la mayoría de los casos que se sustancian en tribunales, o al menos la mayoría de los que se publican en los repertorios jurisprudenciales, refieren a acciones de responsabilidad promovidos contra “representantes” (art. 173 primer párrafo LCQ), acumuladas a veces con la acción social de responsabilidad en el caso de que los legitimados pasivos sean administradores societarios (art. 175 LCQ; arts. 276 y 278 LGS), algunos –escasos- antecedentes de acciones enmarcadas en el segundo párrafo del art. 173 han servido de disparador de estas reflexiones, a partir más precisamente de la controversia que se generó en un caso en particular en relación a la apreciación de la conducta del tercero, calificada como “dolosa” en tanto el tercero obró con “tanta desaprensión y ligereza, omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, que el autor no pudo dejar de representarse las consecuencias derivadas de sus actos”<sup>5</sup>.

Es sabido que en el sistema de responsabilidad de terceros estructurado en el estatuto concursal se exige una conducta “dolosa”. El “dolo” como único factor de atribución, ha sido justificado y defendido por la más autorizada doctrina<sup>6</sup> pero también ha recibido críticas de otros reconocidos académicos, llegándose a calificarlo como “una alternativa de irresponsabilización que no se condice con el moderno Derecho de Daños”<sup>7</sup>. Pues bien: en el caso mencionado (“PONCE”), se sostuvo que la conducta del

<sup>5</sup> “CNCom. Sala A, 12/3/2008 “Ponce, Nuri s/ quiebra c/ O.,A” en LL 2008-D-333 anotado por Casadio Martínez, C. y Veralli, F. “Responsabilidad del contador público”; ver también el comentario al fallo de Truffat, E.D. en su trabajo sobre las posibilidades del “dolo eventual” como factor de atribución en pág. 434 y sigs. de la publicación del IADC 2009 “Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los concursos”.

<sup>6</sup> Por ejemplo Roitman, H. “Responsabilidad de Terceros en la Quiebra” en RDPC N<sup>o</sup> 11, pág. 39, Rubinzal Culzoni Editores, 1996.

<sup>7</sup> Junyent Bas, F. “Responsabilidad de Administradores y Terceros en la Quiebra”, pág. 45, Rubinzal Culzoni Editores, 2001, Santa Fe; del mismo autor en coautoría con Carlos Molina Sandoval “Responsabilidad de Terceros en la Quiebra” en JA 2001-IV-1091.

tercero demandado había ingresado en el plano del dolo “eventual”: se dijo allí que el profesional (un contador que suscribió un certificado mendaz acerca de la situación patrimonial de la fallida dirigida a aparentar un activo inexistente) obró con tanta desaprensión y ligereza, omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, que el autor de esa conducta no pudo dejar de representarse las consecuencias de ello, configurando una culpa de tal gravedad que no puede sino asimilarse al dolo<sup>8</sup>.

Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la posibilidad de imputación con base en el dolo “eventual” fue analizada por la doctrina<sup>9</sup> y también se argumentó en favor de la flexibilización de la prueba del factor de atribución y una exégesis integradora de la acepción del dolo civil a partir de los tres significados asignados en el Código Velezano (arts. 521, 931 y 1072) para facilitar las acciones destinadas a recomponer la masa falimentaria a favor de los acreedores<sup>10</sup>.

Hoy ese “valladar” puede considerarse superado a partir del nuevo concepto de “dolo” contenido en el art. 1724 del Código Civil y Comercial: “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”. Niel Puig señala cuáles son las enormes ventajas que proporciona la actual redacción: 1) se amplía el campo de aplicación a todo derecho, acto o situación jurídica, sea por acción u omisión, con apoyo además, en los arts. 9, 1708 y 1716, entre otros; 2) se simplifica la prueba, ya que no es lo mismo demostrar la intencionalidad que probar la indiferencia por un interés ajeno; y 3) se unifican las consecuencias en las dos situaciones: intencionalidad de producir el daño e indiferencia de los intereses ajenos<sup>11</sup>.

A nuestro criterio, esta nueva acepción del dolo, que incorpora también el dolo eventual (la acción no se ejecuta para causar daño pero el autor del hecho desdeña el perjuicio que puede ocasionar)<sup>12</sup>, permite que ciertas conductas reprochables a los “dadores de crédito”, antes calificadas de culposas, puedan ser consideradas dolosas, y con ello, susceptibles de ser cuestionadas a través de una acción de

<sup>8</sup> Del fallo citado en nota 5.

<sup>9</sup> Ver Truffat, E.D. en su trabajo citado en nota 5 y sus remisiones.

<sup>10</sup> Boquin, Gabriela “Acciones de Responsabilidad...” En página 253 del libro publicado por IADC en 2009, citado en nota 5.

<sup>11</sup> Niel Puig, L. “El dolo y el nuevo código Civil y Comercial” en JA 2015-II-1073.

<sup>12</sup> Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por Herrera, Caramelo y Picasso, T.IV, SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mayo de 2016.

responsabilidad en la medida que se encuentren vinculadas con la “disminución del activo o exageración del pasivo”, y por ello, que tengan relación causal con el daño provocado a los restantes acreedores “honestos y legítimos” del consumidor sobreendeudado.

Hugo Anchával en su conocido estudio sobre la Insolvencia del Consumidor afirma, con coraje, sobre la base de datos que extrae de información nacional y extranjera, que “muchos proveedores de crédito sencillamente están apostando al crédito defectuoso, al crédito de alto riesgo, para realizar sus operaciones, ignorando conscientemente los protocolos de seguridad para su otorgamiento, sobre la base de las altas tasas de interés que perciben y apostando

a un mercado cautivo....que no califica para un mejor crédito” y concluye que a su juicio (que compartimos) “la desidia fundamental de este prestamista que ha entregado el dinero por ventanilla, sin la más mínima investigación sobre la capacidad de pago del consumidor y apostando, justamente, a quienes recurren a este tipo de préstamo por verse impedidos de hacerlo en el mercado oficial de crédito, **merece un reproche por parte de la ley**”<sup>13</sup> (la negrita me pertenece). Anchával señala variadas causas del sobreendeudamiento, mencionando la tarjeta de crédito, pero poniendo especial énfasis en el “préstamo rápido por mostrador o por ventanilla” por falta de acceso al crédito formal, y señalando que en países como la Argentina, la deuda permanente, el endeudamiento “parasitario” se debe al llamado “sobresuelo flotante” por el cual se cubre la faltante de dinero que se precisa para vivir, con financiamiento caro de las tarjetas –en el mejor de los casos- y en los mercados marginales de crédito cuando el tomador es alguien que no califica para el crédito institucional bancario<sup>14</sup> (pág. 160).

También coincidimos con el jurista marplatense en que “si bien es preocupante para la economía en general un alto nivel de endeudamiento de los consumidores, es particularmente grave cuando estos mismos costos se trasladan a acreedores que no han previsto las posibles pérdidas derivadas del no pago de las obligaciones de aquellos, lo que señala un coste externo diferente para estos terceros, como consecuencia de los problemas financieros del consumidor. Pues bien: es en beneficio de estos acreedores que deberían intentarse acciones de responsabilidad concursal contra las “seudo entidades financieras” y/o proveedores de crédito vinculados a comer-

<sup>13</sup> En la obra citada en nota 3, pág. 63 y sigs.

<sup>14</sup> En la página 160 de la obra citada en nota anterior.

ciantes que proveen fondos “de inmediato” a personas que utilizan estos préstamos sin capacidad de reembolso.

Sandra Frustragli y Carlos Hernández, sostienen y lo comparto, “que el sobreendeudamiento se muestra como una resultante de patrones de comportamiento impulsados por el propio sistema económico, en su desenfrenado camino por generar consumidores funcionales al mercado. Este fenómeno potencia la vulnerabilidad del consumidor...” y luego de señalar que el abordaje de las respuestas jurídicas para el problema exige considerar las causas que concurren a su generación, expresan “tampoco corresponderá ignorar el comportamiento abusivo que subyace en la práctica financiera de otorgar crédito a quienes carecen de capacidad de pago suficiente, o la promoción exacerbada del consumo a crédito, hasta límites agresivos y disolventes de la personalidad, sin que ello implique amparar sin más la negligencia e irresponsabilidad del consumidor en la toma de créditos”<sup>15</sup>

Concluyo esta reflexión y propuesta enderezada a incentivar la promoción de acciones de responsabilidad en los procesos falenciales de consumidores –obviamente cuando exista daño y terceros cuya conducta sea subsumible en el segundo párrafo del art. 173 LCQ por haber realizado actos que califiquen como dolosos dentro del plazo previsto en el art. 174 LCQ- haciendo un puente con otro tema que siempre ha concitado mi interés: la Magistratura Concursal. Y lo hago apropiándome de palabras de Carlos Ghersi quien desde otro ángulo analiza el sobreendeudamiento del consumidor, y en relación a la “función de la magistratura” expresa que “Los magistrados poseen herramientas para impedir no solo el sobreendeudamiento y eventual quiebra de los consumidores, sino para generar nuevas conductas en el mercado de crédito” y sugiere entre otras medidas “a) en virtud de lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 1710 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 53 de la ley 26361 y facultades propias de los jueces, exigir la prueba documentada de que el crédito no ha sido contraído en situación de sobreendeudamiento con el sistema financiero; b) conforme las facultades propias de investigación que tiene el magistrado, establecer si la empresa en su ejercicio abusivo y posición dominante, otorgó el crédito en situación de sobreendeudamiento; c) rechazar la ejecución del crédito si la empresa crediticia contaba con información suficiente y eficiente de que no debía otorgar el crédito (arts. 9, 10, 11 y 1710 CC y C) e incluso sancionar por conducta maliciosa y temeraria”<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Frustragli, S.-Hernández, C. “Sobreendeudamiento del consumidor” en LL 2013 –E, 1160.

<sup>16</sup> Ghersi, Carlos “Endeudamiento y Sobreendeudamiento. Desde el análisis eco-

En definitiva, la comprobada existencia de daño a terceros acreedores por efecto de la concesión de créditos “predatorios” por parte de otros acreedores que debían saber, obrando con diligencia y previsión valoradas conforme al criterio establecido en el art. 1725 CCyC, que el deudor fallido carecía de capacidad de pago o estaba ya incurso en situación de sobreendeudamiento, y no obstante, asumieron el riesgo de causar o agravar dicho estado, debe ser motivo de especial investigación por la sindicatura y la magistratura para efectivizar una “justicia distributiva”<sup>17</sup>.

La eventual “mejora” del producto repartible a través de los mecanismos propios de los concursos es una alternativa que merece ser analizada en todos los procesos falenciales de personas humanas, mientras el conflicto que suscita la insolvencia del consumidor no encuentre solución a través de otros procedimientos, judiciales o extrajudiciales, asignatura pendiente pese a los proyectos parlamentarios propuestos y al reclamo constante de los operadores judiciales especializados.

---

nómico del Derecho” en LL 2015-B-751.

<sup>17</sup> En el proyectado “Régimen de Sobreendeudamiento de pequeños deudores” de autoría de la Senadora Negre de Alonso (año 2011) en el artículo 6 se preveía que “en todos los casos, el síndico deberá pronunciarse acerca del grado de responsabilidad en que, directa o indirectamente, los acreedores incurrieron para que el deudor se halle en la situación económica financiera que originó la aplicación de la presente ley. Cuando la responsabilidad del acreedor haya contribuido en forma significativa y determinante a la situación del deudor anteriormente mencionada, el juez podrá disminuir proporcionalmente el crédito según el grado de responsabilidad que determine el síndico”. En la sesión del 2/11/2011 la Senadora informó que dicha norma se agregó por sugerencia de algunos expertos invitada a las reuniones de la Comisión de Legislación General.



## **Sindicatura concursal y acción de responsabilidad individual en la quiebra de sociedades sin activo**

*Carlos Alberto Ferro*

### **Sumario**

El texto del art. 1739 CCyCo es específico: “*para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual, futuro, cierto y subsistente*”, por lo que no debe distinguirse en daño directo o indirecto. Desde esta perspectiva la quiebra sin activo importa un “daño” que debe ser indemnizado cuando de insuficiencia patrimonial se trate. El síndico o en su caso el acreedor, de ninguna manera deben estar obligados a recomponer el patrimonio social mediante una acción social de responsabilidad (art. 175 LCQ y 278 LGS) cuando las circunstancias analizadas convergen. La mayor o menor diligencia genérica en la conducción de los negocios sociales, no está excluida de los presupuestos facticos de la acción, porque si ella provocó, agravó, permitió o facilitó la cesación de pagos que ocasiono un daño al patrimonio de los acreedores, los directores deben responder personal, solidaria e ilimitadamente por el perjuicio ocasionado mediante la utilización de la acción individual de responsabilidad brevemente analizada en el presente trabajo.

### **I. Aspectos generales de la administración y responsabilidad societaria**

La administración societaria es una disciplina social que se dedica al comportamiento de personas humanas, y son los efectos y consecuencias que esas conductas producen en el ámbito del comercio que al derecho concursal le interesan evaluar frente a la quiebra de una sociedad sin activo.

El interrogante que debemos formular en relación a las sociedades no es solamente que son, sino qué actividad se les atribuye y cuáles

son sus tareas<sup>1</sup> y a partir de ahí, cuales son las responsabilidades de sus administradores<sup>2</sup> en la dirección de la política de la empresa.<sup>3</sup>

Es importante que el síndico elabore en el informe general no solo la situación del estado patrimonial, sino que evalúe la conducta de los administradores evidenciada durante la administración societaria para establecer no solo cómo actuaron durante la gestión operativa, sino además que responsabilidad pudiera existir ante la quiebra sin activo.

La administración es el órgano distintivo de todas y cada una de las organizaciones, no solo de la empresa.<sup>4</sup> Hay diferencias en la administración de las diferentes organizaciones, pues la misión y el objeto definen la estrategia a seguir y la estrategia define la estructura societaria. La crisis de la empresa es más un problema de interpretación y posicionamiento previo o concomitante a los cambios en el contexto económico, que un fatalismo cíclico que alcanza a todas las organizaciones por igual.

Si el diseño de la empresa no se adapta a los fines previstos, porque la realidad económica le exigió a los administradores otra clase de respuesta, la responsabilidad no es del diseño sino de los hombres que estuvieron a cargo de las decisiones. Hay responsabilidad sí por acción u omisión, se produjo daño no solo al patrimonio social sino al patrimonio de los acreedores por un deficiente management estratégico.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Peter Drucker "La Gerencia", pág., 41 y ss. ed. El Ateneo Bs. As. 2001.

<sup>2</sup> Administrador: Persona encargada de los negocios ajenos. Diccionario Lengua Española 2014

<sup>3</sup> Política de la empresa: Es la orientación o directriz que debe ser divulgada, entendida y acatada por todos los miembros de la organización, en ella se contemplan las normas y responsabilidades de cada área de la organización. Las políticas son guías para orientar la acción; son lineamientos generales a observar en la toma de decisiones, sobre algún problema que se repite una y otra vez dentro de una organización. En este sentido, las políticas son criterios generales de ejecución que complementan el logro de los objetivos y facilitan la implementación de las estrategias. Las políticas deben ser dictadas desde el nivel jerárquico más alto de la empresa. Pueden ser de dos clases: a) Generales; son las que aplica a todos los niveles de la organización, son de alto impacto o criticidad, por ejemplo: políticas de presupuesto, políticas de compensación, política de la calidad, política de seguridad integral, entre otras; b) Específicas; son las que aplican a determinados procesos, están delimitadas por su alcance, por ejemplo: política de ventas, política de compras, política de seguridad informática, políticas de inventario, entre otras. Ver Mariana Medina en [www.gestiopolis.com](http://www.gestiopolis.com)

<sup>4</sup> Peter Drucker: "Los desafíos de la administración en el S. XXI" pág., 19 ed. Sudamericana, Buenos Aires 1999.

<sup>5</sup> Entendida en este trabajo como la dirección, gestión o administración de los

## II. Acción individual de responsabilidad<sup>6</sup>

La acción de responsabilidad individual se enmarca en el art. 279 LGS<sup>7</sup> y se refiere a los daños que el accionista o tercero recibe directamente en su patrimonio, como consecuencia de la actuación de los directores que son los legitimados pasivos de la acción. La responsabilidad del directorio nace de la sola circunstancia de integrar el órgano de gobierno<sup>8</sup> y no solo resulta de no haber resuelto los problemas en tiempo oportuno y en consecuencia agravarlos, sino de no aceptar las realidades del entorno.

El objeto de esta acción es lograr que se indemnice el daño directo ocasionado al patrimonio de los acreedores por el mal desempeño de los directores e incumplimiento de sus funciones de cogestión societaria que incidieron en el pasivo.<sup>9</sup> Esta última comprende la obligación de reparar un daño realizado injustamente, no solo de las consecuencias inmediatas y previsibles al tiempo de la contratación, sino también aquellas previsibles al momento del incumplimiento.

No es el comportamiento del mercado o el entorno económico el fundamento de la acción, sino la errónea percepción por parte de los administradores de la realidad económica, que los llevo a tomar decisiones que comprometieron en todo sentido al patrimonio de la ahora sociedad fallida. Se trata de una responsabilidad profesional por la buena conducción de la empresa (Mossa).

---

objetivos generales de la empresa y los cursos de acción fundamentales a seguir por los administradores, de acuerdo con los medios actuales y potenciales de la empresa, a fin de lograr la inserción óptima de ésta en el medio socioeconómico en el que actúa. Para ampliar este tema puede consultarse el trabajo “Management estratégico. Su aplicación en la gestión del conocimiento y el capital humano” en <http://diposit.ub.edu>

<sup>6</sup> Para más detalles ver: “La acción individual de responsabilidad en la quiebra de sociedades” Revista DSCE N° XXIX Diciembre de 2017 ed. Errepar.

<sup>7</sup> Art. 279 (LGS) — Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores.

<sup>8</sup> CNCom. Sala B 6/11/96 “Jinkus Gabriel c. Video Producciones Internacionales SA y otros” ED t. 171 p. 272 fallo 47.731

<sup>9</sup> Esta función, a diferencia de la gestión operativa y empresaria, que están referidas a las ejecuciones propias de las operaciones del objeto social y a la organización, dirección, y desarrollo de la estructura empresarial, apuntan al cumplimiento de las obligaciones y cargas de la sociedad en cuanto a sujeto de derecho y al funcionamiento de la organización societaria. Para mayor análisis de este tema ver Otaegui “Administración societaria” pág., 410 ed. Abaco, Buenos Aires.

El síndico frente a la quiebra sin activo suficiente para realizar y satisfacer el pasivo verificado dispone de herramientas societarias para que los directores con su propio patrimonio, indemnicen el daño ocasionado a los acreedores. Es esa la naturaleza de la acción, indemnizar el daño y no reintegrar bienes a la masa falencial.<sup>10</sup>

La distinción con la acción social de responsabilidad regulada en el art. 175 LCQ y 278 LGS, se encuentra no solo en que la víctima del daño es diferente sino que se trata de un mecanismo de recomposición patrimonial. En esta acción la víctima es el patrimonio social mientras que en la acción individual lo es el patrimonio del acreedor o accionista.<sup>11</sup>

Las normas rectoras en materia de responsabilidad societaria de nuestro ordenamiento lo constituyen los arts. 59<sup>12</sup> y 274<sup>13</sup> LGS, habiéndose sostenido que la primera de ellas no es más que la cristalización de los principios de la responsabilidad que emanan de los arts. 1724 y 1725<sup>14</sup> CCyCom., esto es la mayor diligencia y previsión

<sup>10</sup> Estas acciones son las denominadas “de ineficacia concursal”, sean de “pleno derecho” o por “conocimiento de la cesación de pagos” reguladas respectivamente en los arts. 118 y 119 ss. y cc. LCQ, a las que debe sumarse las acciones de extensión de quiebra arts. 160 y 161 LCQ.

<sup>11</sup> Nissen, Ricardo “Ley General de Sociedades” comentada pág., 698 Tomo III ed. La Ley 2017.

<sup>12</sup> Art. 59 (LGS). — Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

<sup>13</sup> Art. 274(LGS) Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia...

<sup>14</sup> Art 1724 CCyCo. Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Art. 1725 CCyCo. Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

con la que deben gestionar su desempeño profesional los directores societarios. La falta de percepción en las dificultades de la empresa, y por consiguiente en la ejecución de decisiones tendientes a darles solución, generan responsabilidad.

Los administradores responden en forma personal, ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, sea por acción u omisión.<sup>15</sup> La dimensión temporal es un elemento inherente a la administración, porque esta se ocupa de las decisiones relacionadas con la acción, una acción siempre apunta a resultados futuros. Aquel cuya responsabilidad es actuar se compromete con el futuro.<sup>16</sup>

El dolo y la culpa son conductas generadoras de responsabilidad, las cuales no sólo comprenden los daños directos sino los indirectos, actuales o futuros ciertos y subsistentes.<sup>17</sup> Este marco normativo se complementa con la obligación de toda persona de evitar causar un daño no justificado, adoptar de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, no agravando en cualquier caso el daño si ya se produjo.<sup>18</sup>

Los directores deben utilizar su diligencia<sup>19</sup> para ejecutar toda acción preventiva necesaria en el giro económico comercial, no solo para mantener la actividad de la empresa en el presente, sino para lograr que en el futuro la política de la empresa sea capaz de rendimiento, crecimiento y cambio; de lo contrario habrá destruido capital, es decir, la capacidad de los recursos para producir riqueza en el futuro<sup>20</sup> y por concomitancia, dañar crediticiamente a los acreedores.

Los terceros y accionistas “*conservan siempre*” la acción individual para reparar los perjuicios “*directos*” sufridos en su patrimonio per-

---

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

<sup>15</sup> Art. 160 CCyCo.

<sup>16</sup> Peter Drucker, ob. cit., pág. 46.

<sup>17</sup> Art. 1739 CCyCo.

<sup>18</sup> Art. 1710 CCyCo.

<sup>19</sup> La diligencia procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

<sup>20</sup> Peter Drucker, ob. cit., pág. 47.

sonal,<sup>21</sup> que puede ser ejercitada sin necesidad de requerimiento alguno previo. No debería identificarse “acción social” con “acción individual de responsabilidad”, porque mientras aquellas benefician a la sociedad, estas hacen lo propio con el sujeto pasivo del daño.<sup>22</sup>

El ejercicio de la acción corresponde en caso de quiebra por imperio legal al síndico, quien con esta acción persigue la reparación del daño que abarca la protección de todo interés reprobado por la ley.<sup>23</sup>

La administración existe solo en vista del rendimiento, por ello en esta acción, debe probarse la causalidad entre el obrar antijurídico de los directores y el daño patrimonial del acreedor. Esta situación se perfecciona no solo ante la ausencia de activo y abultado pasivo, ausencia de documentación contable, e innumerables juicios contra la sociedad, sino también ante la falta de eficacia en la toma de decisiones prolongadas en el tiempo y que hubieran sido adecuadas y necesarias para corregir las distorsiones societarias.

Este estándar jurídico implica capacidad técnica, experiencia, y conocimientos.<sup>24</sup> Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad; b) su objeto; c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que le fueron confiadas; d) las circunstancias con las que debió actuar y como cumplió su deber de diligencia.<sup>25</sup>

El padrón de apreciación de conducta que brinda el art. 59 LGS “*la diligencia del buen hombre de negocios*”, impone la previsión de acontecimientos que no resultan absolutamente desacostumbrados en el ámbito de la actividad de la que se trata, según la experiencia común<sup>26</sup> o de la vida cotidiana de la sociedad.

Por su naturaleza la acción, no está sujeta ni sometida a condición

---

<sup>21</sup> Mariano Gagliardo “Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas” pág., 268 ed. Abeledo Perrot.

<sup>22</sup> Nissen, Ricardo “Ley de Sociedades Comerciales Comentada” p. 698 ed. Thomson Reuters La Ley 2017.

<sup>23</sup> CNCom., sala B, setiembre 12 de 2002 “Gattioni Luis Al c/ Banco Ciudad de Bs. As.” Cit. por Nissen, Ricardo ob. cit., pág., 700.

<sup>24</sup> Richard, Escuti (h.) Romero “Manual de Derecho Societario” Astrea 1980. P., 304 y ss.

<sup>25</sup> Halperin, Issac y Otaegui, Julio ob. cit., pág., 549.

<sup>26</sup> CNCom. Sala D, 9/11/95 “Estancia Procreo Vacunos SA c. Lenzi Carlos y otros” LL T.1996-B p. 193 fallo 94.163 con nota de José María Cura cit. por Halperin y Otaegui, ob. cit. pág. 551.

alguna.<sup>27</sup> Así la legitimación de la sindicatura resulta no solo del interés de los acreedores que han sufrido el daño, sino del principio conocido como *alterum non ladere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, que tiene raigambre constitucional y expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.<sup>28</sup>

### III. Prescripción de la acción

El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años.<sup>29</sup> En cuanto al cómputo por tratarse de una acción individual o social por daño, el mismo se produce desde que el síndico pudo a nuestro entender, obrar con la presentación del informe general que da muestra del mosaico patrimonial de la sociedad fallida y permite advertir la inexistencia de activo suficiente para cancelar el pasivo verificado.

Los números volcados en el informe general permiten cuantificar el daño y es desde que queda firme su contenido que comienza a computarse el plazo de interposición de la acción a luz de las disposiciones analizadas de la LGS y CCyCo. El pasivo verificado no es un daño genérico, sino cierto y económicamente valorable, que se perfecciona con la ausencia total o parcial de activo para satisfacerlo, en los términos analizados.

Para concluir advertimos que no corresponde aplicar al caso la prescripción dispuesta por el art. 174 LCQ de dos años desde la fecha de sentencia de quiebra, toda vez que la acción interpuesta no es la ordinaria de resarcimiento concursal, sino la propia de la legislación societaria.

### V. Conclusión

El trabajo desarrollado analiza aspectos de la acción de responsabilidad individual, que es una de las herramientas de los que dispone el síndico concursal, frente a la situación de quiebra sin activo de la sociedad, para reparar el daño crediticio sufrido por los acreedores. Convergen así ante la situación falencial dos sistemas: concursal y societario, que se complementan. El sistema societario a través de la

<sup>27</sup> Martorel, "Sociedades Anónimas" ed. Depalma pág. 380.

<sup>28</sup> CNCom., sala B, setiembre 12 de 2002 "Gattiononi Luis, A c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>29</sup> Art. 2561 CCyCo.

acción social e individual de responsabilidad tiene por objeto proteger respectivamente a la sociedad en forma directa como persona jurídica y a los acreedores de las consecuencias perjudiciales por la actuación de los administradores y representantes al incumplir con sus derechos y obligaciones.<sup>30</sup> El sistema concursal por el contrario, tiene por objeto proteger a los acreedores que ven disminuida su garantía, esto es el patrimonio de la sociedad fallida, por acción u omisión de los administradores sin haber adoptado las medidas o decisiones suficientes y efectivas para revertirla, comprometiendo inexorablemente su capital. Al mediar una declaración de quiebra ambos sistemas responsabilizatorios confluyen, no se excluyen, y pueden ser acumulados ante el juez de la quiebra, mediante las acciones previstas si las circunstancias así lo determinan, por cuanto la pretensión a la sanción de responsabilidad merece ser acogida por ambas vías.<sup>31</sup> No deja de ser observable en el análisis jurídico efectuado la importante incidencia que los principios de la administración de empresas tienen en materia falencial; toda vez que coadyuvan en la imputación de responsabilidad de los directores al analizar las conductas debidas de estos en su campo de acción.

---

<sup>30</sup> Conf. Nissen, Ricardo "Ley de Sociedades Comerciales", p. 373 T. 4 Depalma Bs. As. 1995.

<sup>31</sup> Estructuras Elcora SA s/ Quiebra y otros. p/ Ordinario CNCom., Sala B 26/11/98.

## La Acción Revocatoria en el Derecho Concursal y en el Derecho Común

*Florencia Romina Gianfelici*

### Sumario

Las gravosas consecuencias que acarrea la situación de insolvencia, plantean la necesidad de diagramar dentro del proceso falencial instrumentos jurídicos aptos para mantener la igualdad de los acreedores y la integridad patrimonial del deudor, de suerte tal de respetar principios rectores de los procesos colectivos, tal el principio *par conditio creditorum* y el de universalidad patrimonial. Se plantean así en la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) tres supuestos de ineficacia concursal, a saber: a) la declaración de ineficacia de pleno derecho de los actos enumerados en el art. 118 LCQ; b) la declaración de ineficacia a pedido de parte del art. 119 y 120, 1er y 2do párrafo LCQ; y c) la acción revocatoria ordinaria concursal del art. 120 3er párrafo LCQ.

La mención que hace el texto legal a la normativa del Código Civil (hoy Código Civil y Comercial de la Nación -CCCN-) para referirse a la acción revocatoria ordinaria concursal, exige establecer una comparación entre acciones que, pese a su aparente similitud terminológica<sup>1</sup> y su idéntica finalidad, en tanto todas ellas buscan recomponer el patrimonio del deudor desintegrado por un acto fraudulento, presentan notables diferencias.

No obstante los esfuerzos que destina el legislador para regular la acción de declaración de ineficacia concursal, la ley 24.522 y mod. no prevé con claridad cuál es el mecanismo necesario para articular la acción revocatoria ordinaria concursal que se visualiza así, como una herramienta técnica con carácter residual apta para todos aque-

<sup>1</sup> Recordemos que la acción de declaración de ineficacia concursal también se conoce como acción revocatoria concursal o acción de inoponibilidad concursal.

llos supuestos que no tienen una solución específica dentro del sistema, por ejemplo, lograr la inoponibilidad de actos otorgados fuera del período de sospecha.

La importancia de una clara diferenciación entre las distintas acciones, torna imprescindible realizar una tarea de adecuación y compatibilización de principios que responden a órbitas disímiles, a saber el derecho concursal y el derecho civil, para delinear así sus contornos y evitar usos desviados o no adecuados de ellas que terminen frustrando el derecho de los acreedores. Este es el objeto de la presente ponencia.

## Conclusiones

**1- Ámbito de aplicación:** La acción de declaración de ineficacia concursal, conjuntamente con la acción revocatoria ordinaria prevista en la Ley de Concursos y Quiebras pueden ser utilizadas en el marco de procesos colectivos, mientras que la acción revocatoria del art. 338 CCCN sólo puede entablarse respecto de procesos individuales.

**2- Actos atacables:** La acción de declaración de ineficacia concursal sólo procede respecto de actos a título oneroso otorgados durante el período de sospecha. Con las restantes acciones se puede atacar tanto los actos a título oneroso como gratuito de objeto patrimonial celebrados fuera de ese período.

### 3- Requisitos de procedencia:

a-La acción revocatoria del CCCN puede intentarse frente a la insolvencia del deudor no siendo menester la sentencia de quiebra ni la fijación judicial del día en que se exteriorizó la cesación de pagos, requisitos que son necesarios para los otros dos tipos de acciones concursales.

b- La acción de inoponibilidad concursal puede intentarse frente a aquellos actos ocurridos durante el período de sospecha, no encontrando esta limitación temporal las restantes acciones.

c- Tanto la acción revocatoria concursal como la del derecho común requieren que el acto atacable cause un perjuicio a quien la intenta. Tal presupuesto no debe probarse para interponer la acción de declaración de ineficacia concursal atento que en este caso el perjuicio se presume *iuris tantum*.

d- Respecto de la acción revocatoria del derecho común, el crédito debe ser de fecha anterior al acto impugnado. Tal recaudo no es menester respecto de las acciones concursales.

e- Para la acción de declaración de ineficacia concursal quien celebró el acto con el fallido debe tener conocimiento del estado de cesación de pagos (dolo), mientras que en la acción revocatoria ordinaria concursal y la del derecho común basta con que el cocontratante haya tenido la posibilidad de conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia (culpa).

**4- Legitimados activos:** Ambas acciones concursales tienen como legitimado activo principal al síndico, quien debe contar con la autorización de la mayoría simple de los acreedores verificados y admitidos.

**5- Legitimación pasiva:** Cualquiera de las acciones debe entablarse contra todos los otorgantes del acto constituyendo un litis consorcio pasivo necesario.

**6- A quién beneficia la acción:** Las acciones concursales benefician a todos los acreedores reconociéndose una preferencia especial a modo de recompensa al acreedor que la intenta. La acción revocatoria del derecho común, por el contrario, beneficia a los acreedores que la promovieron y hasta el importe de sus créditos.

**7- Restitución:** En las acciones concursales, si el bien objeto del acto agredido se transmitió, éste debe restituirse a la masa como efecto de la inoponibilidad. En cambio, triunfante la acción revocatoria del derecho común, el bien no vuelve al patrimonio del deudor sino que queda expedita la vía para que el acreedor que la promovió haga efectivos sus créditos.

**8- Subadquirentes:** En ningún caso las acciones bajo análisis producen efecto respecto de los terceros de buena fe y a título oneroso.

**9- Extinción de la acción:** Respecto de las acciones concursales, el contratante *in bonis* no puede paralizar la acción de declaración de ineficacia concursal depositando el valor del bien objeto del acto agredido. Contrariamente, dicha solución se admite para la acción pauliana del derecho común.

**10- Plazo:** Las acciones concursales caducan a los 3 años. Promovida la acción de declaración de ineficacia concursal, la instancia caduca a los 6 meses, mientras que la instancia de la acción revocatoria

ordinaria concursal caduca a los 3 meses. En cambio, la acción revocatoria del derecho común prescribe a los dos años desde que se conoció o pudo conocer el vicio.

**11- Juez Competente:** Es competente para entender en las acciones concursales el juez del concurso.

## Fundamentos

En lo que respecta al campo de aplicación, la acción de declaración de ineficacia concursal al igual que la acción revocatoria ordinaria concursal, fueron pensadas en el ámbito de procesos colectivos en los que existe como principio rector el de la concursabilidad o colectividad de acreedores. De manera tal que, todo aquel acreedor que se crea titular de algún derecho contra el fallido deberá encausarse en las vías específicas que la legislación concursal prevé a tal fin, no pudiendo actuar individualmente. De hecho, la mayoría de los juicios en trámite de contenido patrimonial motivados por acciones individuales de acreedores quedan suspendidos al devenir del proceso falencial y no pueden iniciarse nuevas acciones con fundamento o causa anterior al pedido de quiebra conf. art. 21 y 132 LCQ. En el mismo sentido, el art. 125 LCQ sostiene que una vez declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de la ley y sólo pueden hacer efectivo sus derechos sobre los bienes desapoderados de la manera prevista en ella.

Así la acción revocatoria del art. 338 CCCN, queda relegada a aquellos supuestos de ejecuciones individuales en donde rige el principio primero en el tiempo prioridad en el derecho, es decir, quien primero ejecuta tendrá mejor derecho salvo la existencia de causales de preferencia, sin necesidad de someterse a proceso colectivo alguno.

La importancia de la distinción entre estas acciones radica en que pueden ser utilizadas en distintos supuestos según cual fuese el acto que se pretende atacar. Así la declaración de ineficacia concursal se presenta como una herramienta idónea frente a todos aquellos actos perjudiciales otorgados durante el periodo de sospecha<sup>2</sup> (elemento objetivo), específicamente los actos a título oneroso. Recuérdese que conforme al art. 118 LCQ los actos a título gratuito, el pago

<sup>2</sup> Este período transcurre desde la fecha que se determina como de iniciación de la cesación de pagos hasta la sentencia de quiebra pero sin que pueda retrotraerse más de dos años desde la fecha de esta última o presentación del concurso preventivo si la precedió. Arg. conf. art. 116 LQC.

anticipado de deudas cuyo vencimiento debía producirse el día de la quiebra o con posterioridad, así como la constitución de garantías reales respecto de obligaciones no vencidas que originariamente no la tenían, son ineficaces de pleno derecho sin necesidad de interponer acción alguna.

Pero si nuestro interés es ir más allá del período de sospecha tendremos que acudir a la acción revocatoria ordinaria concursal que, atento a su familiaridad con la acción revocatoria del derecho común, no presenta la restricción temporal. De suerte tal que todos los actos que signifiquen un perjuicio para los acreedores pueden ser revocados sin que quepa formular ninguna distinción entre aquellos que producen un empobrecimiento del deudor y los que impiden un enriquecimiento. Conf. art. 338 CCCN.

Las acciones analizadas responden a requisitos de procedencia distintos, que deberán ser considerados a fin de verificar cuál de ellas resulta más conveniente para el caso en concreto.

El estado de insolvencia patrimonial no es suficiente en el ámbito concursal pero sí para la acción revocatoria del derecho común, ello a razón de que el art. 339 del CCCN entre sus requisitos exige que “el acto cause o agrave la insolvencia del deudor”. De lo contrario, el acreedor no podría alegar un perjuicio por la imposibilidad de hacer efectivos sus créditos, pues los bienes de aquel alcanzarían para satisfacer el pago de sus obligaciones.

En cambio, las acciones concursales requieren inexorablemente para su procedencia un estadio más que el mera situación de insolvencia patrimonial, siendo menester que se haya dictado la sentencia de quiebra y que a su vez, respecto a la acción de declaración de ineficacia concursal, se haya fijado judicialmente la fecha en la que se ha exteriorizado la cesación de pagos. Ello surge de una interpretación del texto del art.124 LCQ que hace correr a partir de la fecha de la sentencia de quiebra el plazo de caducidad de estas acciones.

En la acción de declaración de ineficacia concursal el perjuicio se presume *iuris tantum* atento a que, conforme al art. 119 1er. párrafo LCQ, el tercero contratante codemandado es quien debe probar que el acto no causó un perjuicio, p. ej. porque se ha sustituido un bien por otro en el patrimonio del fallido, o los bienes existentes en la masa son suficientes para satisfacer a los acreedores, o que el perjuicio no se relaciona causalmente con el acto, o que este no subsiste en la actualidad, o que el acto se celebró en condiciones normales de

mercado.<sup>3</sup> Por lo contrario, en la acción revocatoria ordinaria concursal, a raíz de su génesis en la acción del mismo nombre del derecho común, el perjuicio no se presume sino que debe probarse. Tal requisito se infiere del artículo art. 339 inc. b, CCCN, que exige que el acto cause o agrave el estado de insolvencia patrimonial, como también del mismo art. 338, CCCN, que al definir la acción alude a los actos otorgados por el deudor en “fraude” a los derechos del acreedor.

El hecho de que la fecha del crédito sea anterior al acto del deudor que se pretende atacar, sólo es un requisito para la acción revocatoria del derecho común<sup>4</sup>. De suerte tal que los acreedores posteriores no pueden invocar fraude en su perjuicio ya que cuando nació la obligación el bien ya había salido del patrimonio del deudor.

Tal exigencia no procede respecto de las acciones concursales, atento que ley no diferencia entre acreedores anteriores o posteriores del acto revocado, bastando con que los créditos tengan causa o título anterior a la quiebra o concurso preventivo. En tal orden, nótese que el art. 120 LCQ se refiere a “cualquier acreedor interesado”, lo cual se justificaría atento a que la inoponibilidad beneficia a todos por igual.

El requisito de la intención fraudulenta del deudor para la procedencia de la acción revocatoria del derecho común fue suprimido con la sanción del CCCN, trayendo mayor certidumbre en la aplicación de este instituto<sup>5</sup>. De manera tal que, actualmente, basta con que el tercero que celebró el acto con el fallido haya conocido o podido conocer que el acto agravaba o provocaba la insolvencia (conf. art. 339 inc. c, CCCN). Por ende para la procedencia de la acción revocatoria del derecho común como para la ordinaria concursal, bastaría con la negligencia del cocontratante, mientras que para la acción de declaración de ineficacia concursal sería menester el dolo del cocontratante en tanto la norma exige que éste haya tenido conocimiento de la cesación de pagos -elemento subjetivo- (conf. art. 119 LCQ). En consecuencia, no es necesario probar el ánimo defraudatorio por parte del contratante *in bonis*, atento a que este se subsume en el

<sup>3</sup> RIVERA, Julio César, *Derecho Concursal*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2104, ps. 352 y 353.

<sup>4</sup> Existe un único supuesto donde se admite la posterioridad del crédito respecto al acto impugnado, a saber, cuando éste haya sido otorgado con el propósito de defraudar a futuros acreedores. Art. 339 inc. a CCCN.

<sup>5</sup> BUERES, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p.301.

conocimiento de la cesación de pagos.

Sin perjuicio de ello, la prueba de que el cocontratante tenía conocimiento de la cesación de pagos, debe ser apreciada rigurosamente en aras a salvaguardar la estabilidad de los negocios jurídicos que, de lo contrario, se vería constantemente amenazada. Puede caber la prueba por presunciones cuando los indicios fueren convincentes, como ser la venta a un precio vil, las relaciones de amistad o parentescos entre los contratantes, entre otros<sup>6</sup>.

Respecto a la legitimación activa, la acción de declaración de ineficacia concursal debe ser intentada necesariamente, en una primera instancia, por el síndico con la autorización<sup>7</sup> de la mayoría simple, entendida como mas de la mitad del capital computable de los acreedores quirografarios verificados y admitidos. Entendiéndose por no computable el capital que le corresponde al acreedor que intervino en el negocio cuya ineficacia se procura.

Ante la omisión del síndico, la acción que comentamos puede ser promovida por los acreedores interesados, previa intimación a éste por el plazo de 30 días. Es por ello que la legitimación de los acreedores tiene carácter residual o subsidiaria.

Respecto de la acción revocatoria ordinaria concursal, la LCQ en el art. 120 3er. párrafo sostiene que sólo puede ser continuada o intentada por los acreedores habiendo estos intimado por igual plazo legal al síndico para que la inicie o prosiga. No se hace ninguna referencia respecto a la necesidad de contar con la autorización que mencionamos en el párrafo anterior. Esta falta de mención legal expresa ha dado lugar a opiniones contrarias en la doctrina. Algunos han sostenido que no cabría introducir nuevas exigencias allí donde la ley nada dice, por ende la autorización no sería necesaria. Otros, por el contrario, entienden que de la referencia a la intimación previa del síndico, cabría deducir su carácter de legitimado activo principal.

---

<sup>6</sup> RIVERA, ob. cit., t. III, p. 360.

<sup>7</sup> La autorización de los acreedores para promover la acción de inoponibilidad concursal tuvo origen en nuestro derecho en la ley 11.719, en donde se hablaba que el liquidador para ejercer la acción de ineficacia concursal debía contar con la autorización de la comisión de vigilancia o de la asamblea de acreedores. Esta exigencia de autorización previa fue derogada por la ley 19.551, reinstalándose en 1995 por la ley 24.522. RIVERA Ob. cit, p. 340.

La cuestión no es tema menor si se piensa que estas conformidades son exigidas para desalentar la enorme cantidad de juicios<sup>8</sup> que promovían los síndicos para evitar que se los reproche por su inacción. La cuestión es que dichas aventuras judiciales no son gratuitas, en tanto generan un detrimento en el dividendo concursal, ya que es la misma masa de acreedores quien tendrá que correr con los gastos si resultaren vencidos en el juicio. Se trata pues de gastos de justicia que configuran créditos prededucibles con preferencia sobre los restantes créditos, salvo respecto de aquellos que tengan privilegio especial. Art. 240 LCQ.

La autorización previa busca hacer reposar sobre los acreedores la facultad de estimar la conveniencia de correr el riesgo de un eventual resultado adverso con el consiguiente deber de soportar las costas. No se aprecia pues, que respecto de la acción revocatoria ordinaria concursal promedien razones diferentes que las expuestas, siendo igualmente útil tal exigencia legal respecto de esta.

Cualquiera de las acciones analizadas, tanto la del derecho común como las propias de la órbita concursal, deben ser intentadas contra todos los intervinientes del acto, constituyendo entre ellos un supuesto de litis consorcio pasivo necesario. Ello a tenor de que si el síndico decide interponer una acción para dejar sin efecto un acto, deberá demandar a todos los que han participado en su celebración, en aras a salvaguardar el principio de defensa en juicio.

En consecuencia no sería aplicable el artículo 110 LCQ en cuanto establece que el fallido pierde la legitimación procesal respecto de los bienes desapoderados. Tampoco regiría en el caso el art. 142 LCQ que dispone que para el ejercicio de derechos patrimoniales nacidos de relaciones jurídicas preexistentes el síndico reemplaza al fallido, atento a que el propio artículo de referencia restringe su alcance a los efectos de esa sección IV no siendo aplicable pues a la sección III, donde están previstas las acciones de referencia. Además concurre a ello una cuestión lógica, el síndico no podría revestir simultáneamente el rol de actor y demandado.

Tanto la acción de declaración de ineficacia concursal como la acción revocatoria ordinaria concursal favorecen a la masa de acreedores, es decir beneficia a todos ellos (Conf. art. 122 LCQ). Pero en el supuesto que sea iniciada por el acreedor en omisión del síndico, la

---

<sup>8</sup>Se iniciaban acciones revocatorias con escaso material probatorio y resultados inciertos.

LCQ reconoce una preferencia especial al que la intenta, de modo de recompensarlo por el esfuerzo realizado, cuyo monto asciende entre la tercera y la décima parte del producido de los bienes recuperados con el límite en el monto del crédito. Se advierte así que la acción revocatoria ordinaria concursal se aparta de la del derecho común, desde que ésta beneficia pura y exclusivamente a los acreedores que la promueven y hasta el importe de sus créditos. Art. 342 CCCN.

Triunfante cualquiera de las acciones concursales analizadas, el acto agredido se torna inoponible a la masa de acreedores, debiendo reingresar el bien objeto de aquél a la masa, quedando sujeto al desapoderamiento. Se trata de obtener la recomposición patrimonial. En este sentido el art. 124, 2do. párrafo LCQ señala que la inoponibilidad implica afectar al desapoderamiento concursal los bienes reintegrados a la quiebra, de manera tal que pasen a ser administrados por el síndico para su oportuna liquidación. Si el tercero contratante no los tuviese en su poder deberá indemnizar los daños causados no pudiendo reclamar ningún derecho en el concurso. Art. 173 LCQ.

Por su parte, el efecto de la acción pauliana del derecho común, no es precisamente hacer ingresar el bien al patrimonio del deudor ni del acreedor, sino dejar expedita la vía en aras a que los acreedores puedan hacer efectivas sus acreencias.

Respecto de los subadquirentes del bien objeto del acto agredido por las acciones analizadas cabe concluir que no habiendo previsto normativa específica en materia concursal, corresponde aplicar la regla del derecho común en cuanto dispone que la acción de ineficacia no produce efecto respecto del adquirente de buena fe y a título oneroso (Conf. arg. art. 340 tercer párrafo). Se trata así de mantener un equilibrio entre la necesidad de recomponer el patrimonio del fallido a la época en que se produjo la cesación de pago y la seguridad jurídica en las transacciones.

A diferencia de lo que acontece en la acción revocatoria del derecho común, el contratante *in bonis* no puede paralizar las acciones concursales depositando el valor del bien, en razón de que las mismas benefician a todos los acreedores<sup>9</sup>.

Las acciones ejercidas dentro del proceso falencial caducan a los 3 años desde la fecha de la sentencia de quiebra conf. el art. 124 LCQ.

<sup>9</sup> RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, t. I, La Ley, 2015, p.774

Una vez promovida la acción de ineficacia concursal, la instancia perime a los 6 meses (conf. art. 119 último párrafo LCQ), mientras que la acción revocatoria ordinaria concursal lo haría a los 3 meses por no preverse respecto de ella un plazo especial se aplicaría el genérico del art. 277 LQC. Por lo contrario, la acción revocatoria del derecho común prescribe a los dos años desde que se conoció o pudo conocer el vicio (conf. art 2563 CCCN). Este no es un dato menor si se piensa que al ser un plazo de prescripción se admite la posibilidad de suspensión e interrupción, cuestiones no previstas respecto de la caducidad.

No cabría la aplicación de la excepción al fuero de atracción prevista en el art. 21 inc. 3 LCQ para los supuestos de litis consorcio pasivo necesario en cuanto ella presupone la existencia de juicios ya iniciados. Por ende todas las acciones concursales deben entablarse ante el juez del concurso.

## **La acción de responsabilidad concursal y sus alcances a partir del concepto de dolo que trae del Código Civil y Comercial**

*Fernando Javier Marcos*

### **Sumario**

El concepto legal de dolo que contiene el artículo 1724 del Código Civil y Comercial, dinamiza la acción de responsabilidad concursal que regula el artículo 173 de la ley 24.522 y permite superar anteriores debates en torno a la aplicación del dolo delictual, del dolo obligacional y del dolo eventual.

### **I. La acción de responsabilidad concursal. Antecedentes. Presupuestos y alcances**

1. Como se sabe, la ley 25.522 prevé en el artículo 173 una acción para juzgar la responsabilidad de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios, cuando el accionar de estos hubiera producido, facilitado, permitido o agravado a situación patrimonial del deudor (fallido) o su insolvencia. Esta particular responsabilidad se extiende a los actos celebrados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos.

Esta acción, tramita según las reglas del proceso ordinario, prescribe a los dos años contados desde la fecha de la sentencia de quiebra y la caducidad de la instancia se produce a los seis meses. Además, se debe cumplir con el régimen de autorización previa que establece para la acción revocatoria concursal el artículo 119 de la ley 24.522.

A través de la misma se protegen los derechos de la masa de acreedores, obligando a quienes han sido los responsables de la crisis que afecta a la cesante y que es causa del estado de cesación de pagos definitivo, a reparar los daños causados a los acreedores, verdaderas

víctimas de la insolvencia.

La norma contiene una amplia lista de sujetos pasivos, pues además de los responsables directos de los perjuicios patrimoniales que objetivamente deben ser determinados como paso previo para evaluar la imputabilidad de las conductas, quedan comprendidos aquellos que pudieron haber asumido un rol secundario pero coadyuvante en la generación de la crisis, verdadero presupuesto material de la quiebra<sup>1</sup>.

Con tal objeto, se da al síndico o a los acreedores si aquél no insta la formación del proceso —véase la remisión al artículo 120, ley 24.522—<sup>2</sup>, la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños causados a diversos sujetos “con distinto grado de vinculación jurídica y aún gestores de negocios del fallido”<sup>3</sup>, aunque también considera y abarca la responsabilidad de los terceros que hubiesen participado de cualquier manera, también dolosamente, en actos destinados a disminuir el activo o a exagerar el pasivo del insolvente, lo que incluye a quienes resulten ser administradores de hecho o *de facto*<sup>4</sup>.

Apunta Dasso que, “la norma es novedosa y ha sido integrada en su totalidad en sustitución del régimen de la ley 19.551 que incluía para el tratamiento del cómplice los arts. 240 y 246, correspondientes al capítulo dedicado a la calificación de conducta del fallido y del tercero”<sup>5</sup>.

Tales “terceros a los que alude el artículo 173, segunda parte, de la ley 24.522, no necesariamente deben ser cómplices del quebrado. En efecto, el sujeto pasivo que responsabiliza la ley concursal es aquel que “de cualquier manera” participa en los actos mencionados por el aludido precepto”<sup>6</sup>.

Lo cierto es que la ley —anterior y la actual—, con matices y limi-

<sup>1</sup> DASSO, Ariel A., *Derecho Concursal Comparado*, Buenos Aires, Ed. Legis, 2009, T. II, p. 932.

<sup>2</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Concursal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Ed., 1997, T. II, pp. 331-2.

<sup>3</sup> DASSO, Ariel Ángel, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Ed. AD-Hoc, 2000, T. II, p. 799.

<sup>4</sup> GAGLIARDO, Mariano, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ed. AbeldeoPerrot, 2011, T. II, pp. 815 y ss. “Controla la gestión social pero no actúa de manera directa sino a través de los directores de jure, ejerciendo sobre ellos una influencia directa y sistemática”.

<sup>5</sup> DASSO, A. A., *El concurso preventivo y la quiebra*, op. cit., T. II, p. 800.

<sup>6</sup> C.N.Com., Sala D, o8/o6/2010, autos “Dar Vida S.A. s/ Quiebra c/ Fundación Sanidad Ejército Argentino y otro s/ Ordinario”, citado por Daniel R. Vítolo, en *La Ley de Concursos y Quiebras y su interpretación en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, T. II, p. 225.

taciones como la que representa la imputabilidad subjetiva sólo en base al dolo pretendió, aunque con magros resultados a la fecha, que aquellos casos no alcanzados por los supuestos de extensión de la quiebra (artículos 160 y ss. de la ley 24.522) que causen daños al patrimonio del fallido no queden necesariamente impunes.

En esa dirección, “cuando se configura un resultado (disminución de la responsabilidad patrimonial o, concretamente, la cesación de pagos) proveniente de actitudes reprochables de determinados sujetos que actuaron por el deudor, impone que tales personas reparen el daño ocasionado”<sup>7</sup>.

Comparándola con su antecesora, la eliminación del supuesto de la “infracción a normas inderogables” (de orden público), limitó sustancialmente la utilidad de esta acción concursal. Aclaro que no comparto la posición de aquellos que ven en la infracción a tales normas “una modalidad de conducta dolosa y que esta era la interpretación correcta que debía realizarse del artículo 166, ley 19.551”<sup>8</sup>, atento a que se podía incurrir en este tipo de trasgresiones de manera culposa. De otra forma, cuál era el sentido de diferenciar ambos supuestos en la misma proposición.

Sobre este punto, se ha señalado que no había “equivalencia entre dolo e infracción”, dado que funcionaban como categorías independientes, agregando que no era “imprescindible la concurrencia de dolo”<sup>9</sup>. Por esta razón, “la ley 19.551 era más flexible al determinar los requisitos de la acción”<sup>10</sup>.

Sin dudas la eliminación por parte de la ley 24.522 de la infracción a las normas inderogables como una conducta específica que permitía no dejar fuera de reproche legal, no fue para nada menor. Es que si bien el artículo 175 de la ley concursal permite articular las llamadas acciones de responsabilidad societarias; cuando se juzguen actos que produjeron, facilitaron, permitieron o agravaron la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, como la responsabilidad de los gestores, mandatarios o terceros por su participación en actos que implicaron la disminución del activo o la exageración del pasi-

---

<sup>7</sup> FASSI, Santiago. C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988, p. 359.

<sup>8</sup> JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2009, T. II, p. 337.

<sup>9</sup> FASSI, S. C. y GEBHARDT, M., op. cit., p. 359.

<sup>10</sup> C.N.Com., Sala A, 19/09/2002, autos “Internacional Express S.A. c/ Obstein, Luis y otros s/ Ordinario”; citado por Daniel R. Vítolo, op. cit, T. II, p. 224.

vo; es la vía legal prevista por el artículo 173 de la Ley 24.522 la única que posibilita involucrar a estos sujetos.

2. Lo cierto es que desde la sanción de la Ley de Concursos vigente y antes de adquirir vigencia el Código actual, la acción de responsabilidad concursal fue objeto de diversas observaciones y críticas.

Una de ellas fue que en el artículo 173 se estableció como único factor (subjetivo) de atribución de responsabilidad al *dolo directo*, a diferencia de su antecedente inmediato, o sea, el artículo 166 de la ley 19.551 que, como se indicó, también incluía a la infracción a “normas inderogables de la ley”.

Así, el dolo como “el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a personas o los derechos de otro”, o sea, el delito civil del artículo 1072 del Código Civil; o como el incumplimiento deliberado de una obligación<sup>11</sup>, era la única vía para generar una imputación jurídicamente válida.

Agrego a ello, que estos comportamientos merecedores de reproche legal, se pueden manifestar bajo la forma de una *acción dolosa* o de una *omisión dolosa*, conceptos que si bien no habían sido explicitados por Vélez al referirse al dolo delictual u obligacional, no por ello eran —ni son— ajenos a nuestro ordenamiento jurídico, que contemplaba antes y ahora, estas opciones cuando trata al dolo como vicio de la voluntad (conf. artículos 931 y 933 del Código Civil y artículo 271 del CCyCo.).

Por ejemplo, se puede permitir, facilitar o agravar la situación patrimonial del deudor; cuando el agente (por ejemplo, un director de una S.A.) *omite* desplegar la conducta debida para evitar que se trasgreda el deber jurídico de no dañar o deja de cumplir con el deber de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios.

Según lo señalé, fruto de la unificación de las normas sobre responsabilidad civil, el concepto de dolo también es único e incluye tanto al *directo*, como al *eventual* (artículo 1724 CCyCo.).

---

<sup>11</sup> En mi opinión, la acepción del dolo delictual, no era la única aplicable al supuesto legislado por el artículo 173 de la ley 24.522. Se dan casos en los que existen obligaciones asumidas por los administradores, representantes o mandatarios al aceptar su cargo, que son impuestas por la ley y/o el estatuto, por lo que resultan preexistentes a su incumplimiento, lo que justificaba la aplicación del dolo obligacional regulado por el artículo 506 del Cód. Civil.

No obstante, para los hechos daños acaecidos con anterioridad a la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial (conf. su artículo 7º)<sup>12</sup>, la caracterización del dolo como *delictual* u *obligacional*, se mantiene vigente y se configuraban con recaudos en parte diferentes, según se expondrá a continuación.

## II. La acción de responsabilidad y el dolo en el Código Civil

1. A modo de simple reseña conceptual y para comprender aún más el impacto que la reforma ha provocado en la acción de responsabilidad concursal, considero útil presentar unas pocas pero necesarias reflexiones sobre el tratamiento del dolo en el Código de Vélez.

Este último, contemplaba el dolo bajo tres acepciones por todos conocidas: como vicio de la voluntad, como elemento del delito civil y como incumplimiento de la obligación (dolo obligacional).

El dolo como *vicio de la voluntad*, es “toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o engaño que se emplee con ese fin” (dolo-engaño). Se puede manifestar como una acción dolosa (artículo 931, Cód. Civil) o como una omisión dolosa (artículo 933, Cód. Civil)<sup>13</sup> según se apuntó en el capítulo anterior.

Sobre este punto —como lo adelanté— la reforma de la ley 26.994 mantiene en el artículo 271 del CCyCo. un texto similar, donde se cambia el término “engaño” por “maquinación”.

Por su parte, el dolo como *elemento del delito civil* (artículo 1072, Cód. Civil), requiere para la su conformación de un obrar intencional o a sabiendas (elemento cognoscitivo) y de la intención de causar daño (dar nacimiento a la acción dolosa)<sup>14</sup>. Llambías menciona que esta noción que fue tomada por el codificador de Aubry y Rau, “constituye una verdadera clave para identificar el delito civil, y es un concepto que no se superpone al dolo obligacional, ni al dolo vi-

<sup>12</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 100.

<sup>13</sup> ALTERINI, Atilio. A., AMEAL, Oscar. J., LÓPEZ CABANA, Roberto. M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1996, p. 194.

<sup>14</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, T. I, p. 663.

cio de la voluntad”<sup>15</sup>. Estos juristas, se basaron a su vez en el derecho romano y en el francés anterior al Código de Napoleón<sup>16</sup>.

Finalmente, se encuentra el dolo como *incumplimiento de la obligación*, también llamado, *dolo obligacional*, que en líneas generales es caracterizado por la mayoría de la doctrina como “la deliberada intención de no cumplir pudiendo hacerlo. Es una inejecución consciente, deliberada, cuando el deudor no está impedido de cumplir”<sup>17</sup>, es decir, no es necesaria la intención de dañar<sup>18</sup> para que se active.

En conclusión, como lo señaló Trigo Represas, “el dolo obligacional se configura por la inejecución deliberada de la prestación; consiste en no querer cumplir pudiéndolo hacer, sin que interese que la inejecución persiga el perjuicio del acreedor. Para su configuración no basta la mera conciencia del incumplimiento, sino la deliberada inejecución, es decir, que se puede cumplir pero no se quiere”<sup>19</sup>.

Dicho esto, corresponde hacer algunas precisiones sobre las implicancias que la pretérita codificación civil tenía y tiene, en la acción del artículo 173 de la Ley de Concursos y Quiebras.

2. En cuanto al artículo 173 de la ley 24.522, si bien mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia sostenía que en este supuesto correspondía la aplicación del artículo 1072 del Código de Vélez<sup>20</sup>. Así, incurre en conducta dolosa quien contrata a sabiendas de perjudicar a un tercero cuando la situación patrimonial de la so-

---

<sup>15</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2005, T. IV-A, p. 8.

<sup>16</sup> POTHIER, R. J., *Tratado de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2007, p. 68. Allí el autor señala que “se llama delito al hecho por el cual una persona, por dolo o malignidad causa perjuicio o daño a otra”.

<sup>17</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J., *op. cit.*, p. 282.

<sup>18</sup> ALTERINI, A. A., AMEAL, O. J., LÓPEZ CABANA, R. M., *op. cit.*, pp. 194-195. Sobre la inejecución maliciosa, los autores dicen que se trata “de la misma inejecución deliberada, configurativa del dolo en el incumplimiento contractual”. Es que si se exigiera la intención de dañar como en el delito civil, el incumplimiento intencional, es decir, aquel que es objeto de una decisión meditada y reflexiva, quedaría en cuanto a sus efectos y consecuencias, equiparado al incumplimiento culposo, lo que resultaría una asimilación irrazonable e injusta.

<sup>19</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, T. I, p. 669.

<sup>20</sup> DASSO, Ariel Ángel, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, *op. cit.*, T. II, p. 800. El autor señala que “se trata del dolo civil, esto es el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a las personas o los derechos de otro que conforme el art. 1072 del Cód. Civil se denomina delito”. En igual sentido Rouillón, A. A. N., en *Régimen de Concursos y Quiebras*, Bs. As., Ed. Astrea, 1997, p. 211.

ciudad se encuentra comprometida económica y financieramente<sup>21</sup>.

Pero no era esta la única manera en que se podía presentar la acción dolosa necesaria para activar la imputabilidad del presunto responsable en el marco legal que propone la norma concursal.

Se ha señalado con acierto, que el denominado *dolo obligacional* tenía aplicación en el ámbito contractual, lo que se deducía no solo de la ubicación del precepto en el Código de Vélez, sino también, porque para poder incumplir una obligación, esta debía ser preexistente a dicho incumplimiento, lo que daba invariablemente en un contrato, el cual es a su vez, fuente (causa fuente) de obligaciones.

Esto, naturalmente no sucedía en el caso de los actos ilícitos no contractuales, donde la obligación resarcitoria nace con la provocación misma del daño, o sea, en el momento que se produce la violación del deber jurídico de no dañar impuesto genéricamente para todas las personas.

A partir de lo expresado, entiendo que igualmente era y es viable — aún para los casos que puedan quedar bajo el régimen legal anterior (conf. artículo 7 del CCyCo.)— invocar el *dolo obligacional* en el marco de la acción de responsabilidad que ocupa nuestra atención, especialmente, si en lugar de circunscribir su campo de actuación a las obligaciones contractuales propiamente dichas, o sea, a aquellas cuya fuente es el contrato, se lo extiende al incumplimiento de obligaciones con fuente en un *acto lícito*.

Pasa que “la responsabilidad contractual rige también supuestos en los cuales no hay contrato, y sus normas deben serles aplicadas por argumento extraído del artículo 16 del Código Civil. Consiguientemente, denominar contractual a esa responsabilidad, atendiendo tan solo a la ubicación metodológica de los preceptos legales que la rigen, puede provocar equívocos”<sup>22</sup>.

En ese orden, se inscriben aquellas obligaciones que asumen los administradores o representantes al aceptar sus cargos. Estas, si bien no se originan en un contrato celebrado con la sociedad, sino que surgen del estatuto, pero generalmente de la propia ley (también de las decisiones asamblearias), solo pueden ser consideradas obligaciones (además de deberes jurídicos) que son exigibles a los sujetos pasivos, solo cuando estos aceptan asumirlas y no antes, lo que ocu-

<sup>21</sup> RICHARD, Efraín H., *Insolvencia Societaria*, Buenos Aires, Ed. LexisNexis Argentina S.A., 2007, p. 295.

<sup>22</sup> ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LÓPEZ CABANA, Roberto M., op. cit, p. 153.

re en el momento en que acepta la designación que el órgano de gobierno propone al futuro administrador o representante.

Lo propio sucede con los mandatarios o gestores de negocios; los primeros cuando aceptan el mandato (dando lugar a las obligaciones que se derivan del contrato de mandato), y los otros, cuando asumen celebrar un negocio jurídico que directa o indirectamente se refiere al patrimonio de otro (artículo 2288 del Cód. Civil —ahora, artículo 1781 del CCyCo.).

En conclusión, en el régimen legal anterior, *la obligación preexistente asumida como tal* es lo que permitía la aplicación del artículo 506 del Código Civil. Esto se presentaba cuando los sujetos que menciona el artículo 173 de la ley 24.522 aceptaban asumir los cargos, mandatos o gestiones, posiciones estas que traen consigno deberes y obligaciones (legales, estatutarias y sociales<sup>23</sup>); cuyo incumplimiento intencional<sup>24</sup> y deliberado<sup>25</sup>, producía, facilitaba, permitía o agravaba la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, causando daños que deben ser reparados en beneficio de la masa.

Sin duda alguna, se puede dar el caso previsto, frente a la violación del deber impuesto a los administradores por el artículo 59 de la ley 19.550 (de obrar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios). También en otros supuestos, como es la obligación de llevar registros contables (artículo 320 y ss. del Código Civil y Comercial y artículos 61 y ss. de la ley 19.550), de constituir la reserva legal (artículo 70, ley 19.550), de llevar libros sociales (artículo 73, ley 19.550), las que impone la pérdida de capital social<sup>26</sup>, la obligación de

<sup>23</sup> Por ejemplo, instrucción expresas impartidas al directorio por la asamblea.

<sup>24</sup> Entendido como “determinación de la voluntad en orden a un fin” (definición de *intención*, Fuente: RAE. [www.rae.es](http://www.rae.es), bajado el 03/05/14). El concepto “intencional” es utilizado en el artículo 1724 del CCyCO. para definir una de las acepciones del dolo como factor de atribución subjetivo.

<sup>25</sup> Adjetivo, que significa “voluntario, intencionado, hecho a propósito”. (Fuente: RAE. [www.rae.es](http://www.rae.es), bajado el 03/05/14).

<sup>26</sup> ROVIRA, Alfredo, *Empresa en Crisis*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005, p. 355. Al referirse al deber de diligencia impuesto a los administradores societarios, el autor señala que aquel quien “omite tomar las acciones necesarias para reclamar a los socios una acción efectiva para resolver tal deficiencia patrimonial (pérdida de capital social) debe asumir la responsabilidad inherente a las consecuencias que marca el art. 99 de la LSC”. Cita los siguientes fallos: C.N.Com., Sala A, 26/11/98, “Estructura Elcora s/ Quiebra c/ Y. R., y otro s/ordinario” (ED, 182-519) y C.N.Com., Sala E, 29/8/91, “Ceram Loz S.A. s/ quiebra”. En nuestro caso, si se omitió deliberadamente desplegar las acciones necesarias para supe- rar la pérdida de capital, agravando con ello la insolvencia, claramente se daría un caso que quedará bajo la órbita de la acción regulada por el art.173 de la L.C.

informar a los socios sobre ello y proponer soluciones, inclusive la necesidad de solicitar el concurso de la sociedad (como derivación del deber de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios impuesto por el artículo 59, Ley 19.550), entre tantas otras.

Más allá de todo lo expuesto, no se ignora que el líneas generales, la doctrina y la jurisprudencia hicieron una aplicación severa y excesivamente restrictiva del concepto de dolo antes de la actual reforma, que llevó a no considerar situaciones que hoy no quedarán exentas de reproche legal.

### III. El dolo en el Código Civil y Comercial y la acción del artículo 173 de la Ley Concursal

1. Al establecer que el *dolo* “se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, el artículo 1724 del CCyCo. ha cambiado de manera notable la situación, pues permite tutelar en forma algo más efectiva los derechos de los acreedores, sujetos entre los que finalmente se van a distribuir las pérdidas del fallido<sup>27</sup>.

La primera parte del artículo antes citado alude al dolo *directo*, deja ver que el codificador optó por llamado dolo *obligacional* que el Código de Civil regulaba en el artículo 506, por lo que definitivamente desaparece toda referencia a la inejecución maliciosa o a la intención de dañar (véanse artículos 521 y 1072, ambos del Código Civil). Luego, el dolo directo se configura ante la deliberada inejecución de la obligación por parte del deudor, quien “puede cumplir, pero no quiere hacerlo”<sup>28</sup>.

Sin duda, simplificar el concepto con una visión más actual y realista —menos dogmática—, que solo tiene en cuenta la producción de un daño “de manera intencional”, con independencia de su fuente contractual (obligacional) o extracontractual —aspectos o caras de la responsabilidad que no han perdido vigencia alguna a pesar de la unificación—, representa un verdadero avance en la materia, dado que pone el acento en el daño injusto como eje del sistema y no facilita que la responsabilidad sea eludida.

Esta nueva perspectiva derivada del artículo 1724 citado, posibilita

<sup>27</sup> TONON, Antonio, *Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1992, p. 29.

<sup>28</sup> CIFUENTES, Santos (dir) y SAGARNA, Fernando A. (coord.), *Código Civil. Comentado y Anotado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2003, T. I, p. 369.

imputar al agente generador del perjuicio injustificado cuya víctima es la masa de acreedores, cuando ese daño es consecuencia del incumplimiento “intencional” de una obligación preexistente (incumplimiento obligacional) o del deber jurídico de no dañar (*alterum non laedere*) según lo prescribe el artículo 1716 del Código Civil y Comercial, o cuando es causado por la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (dolo eventual)<sup>29</sup>.

En el caso de los administradores, representantes, mandatarios y gestores, el ensanchamiento de su responsabilidad se deriva de su mayor deber de responder por su condición de tales. Esto los hace merecedores de un mayor reproche legal, especialmente en orden a la previsibilidad de las consecuencias que, básicamente un administrador, un representante o un mandatario no puede ignorar (artículo 902, Código Civil y artículo 1725 —1º párrf.— del CCyCo.).

La cuestión adquiere especial trascendencia cuando se trata de aquellos administradores que, aún en conocimiento del estado de cesación de pagos en que se encuentra la compañía que dirigían, igualmente continuaron operando con terceros en el mercado configura claramente un supuesto de dolo<sup>30</sup>. Este proceder, en el marco conceptual que describe el último párrafo del mencionado artículo 1724, encontrará fácil acogida, a diferencia de lo que sucedía antes de la unificación.

En torno a cuál será la extensión del resarcimiento a cargo de los responsables del daño infringido a la masa, se debe recordar que en el Código de Vélez, si la imputación se fundaba en el *dolo delictual*, el resarcimiento comprendería las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales, si debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (conf. artículos 903, 904 y 905, Cód. Civil derogado), a lo que se debía sumar la solidaridad que imponía entre los autores del ilícito el artículo 1081 Cód. Civil. Pero si se trataba del *dolo obligacional*, la base de la imputabilidad del agente, se debía responder por las consecuencias inmediatas y mediatas (artículos 506 y 519 del CCyCo.).

En cambio, el nuevo Código en su 1726, establece que el resarcimiento se extiende a las consecuencias inmediatas y mediatas, omitiendo toda referencia a las casuales (previsibles) y sin hacer diferencias cuando el daño es provocado con dolo; mientras que para el “incumplimiento contractual” específico, el artículo 1728 de dicho Código, permite extender la responsabilidad, que será fijada tomando

<sup>29</sup> JUNYNET BAS, Francisco y FERRERO, Luis Facundo, *Acciones de Responsabilidad en la Quiebra*, Buenos Aires, Ed. ERRERIUS, 2016, pp. 65-76.

<sup>30</sup> RICHARD, E. H., op. cit., p. 305.

en cuenta, las consecuencias previsibles al contratar, y también al momento del incumplimiento.

Respecto a la cuantificación de los daños, estos se determinarán en función del perjuicio causado al activo del fallido por “las acciones u omisiones antijurídicas y dolosas” (artículo 173 de la ley 24.522<sup>31</sup>).

Para terminar, no se puede perder de vista que el Código también hace hincapié en el deber de prevención del daño (artículo 1710 del CCyCo.), lo que explícitamente genera un mayor deber de obrar con previsión y conocimiento de las cosas, por parte de aquellos que asumen funciones que pueden ser consideradas como calificadas (administradores, representantes, mandatarios, gestores de negocios).

2. En síntesis, todo esto representa una moderna y actualizada visión del derecho de daños en la que viene trabajando la doctrina y la jurisprudencia desde hace años, que definitivamente pone el acento en la víctima (la masa de acreedores) y, para ampliar su tutela, lo hace no solo en la reparación, sino también en la *prevención* del daño bajo los términos del artículo 1710 y ss. del CCyCo.

La incorporación al derecho vigente de una noción de dolo directo despojado de requisitos innecesarios y del dolo indirecto o eventual, es una prueba elocuente en favor de la protección de los derechos de la parte damnificada. Era hora de llamar las cosas por su nombre y reconocer simplemente que “el dolo consiste en no evitar el daño que se previó” y que deben “entenderse dolosamente queridos los resultados que sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción”<sup>32</sup>. Así de simple<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C. A., op. cit., T. II, p. 338.

<sup>32</sup> DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992, p. 609.

<sup>33</sup> El tema lo he tratado en un trabajo titulado “Un nuevo panorama para la acción de responsabilidad concursal frente al concepto de dolo que trae el Código Civil y Comercial”, publicado en la *Revista de Estudios de Derecho Empresario*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 7, año 2016 - <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem>



## Reglas de prelación entre el Código y la ley de concursos en materia de acciones de responsabilidad

*Fernando Javier Marcos*

### Sumario

Los artículos 150 y 1709 del Código Civil y Comercial de la Nación establecen un orden de prelación que, en caso de conflicto normativo o de concurrencia de normas sobre un caso concreto, tornan aplicables en primer término los preceptos que contiene la ley especial y luego los del Código, siempre que trate de normas de igual jerarquía.

Esto significa que en materia de responsabilidad concursal o societaria, cuando se de la situación descripta anteriormente, corresponderá aplicar en primer lugar, las disposiciones de la ley especial (Ley 25.522 y Ley 19.550, según corresponda al tema en debate) y luego las del Código Civil y Comercial de la Nación.

### I. Una nueva perspectiva

1. Si algo caracteriza al Código Civil y Comercial, es la inclusión de distintas normas que contienen criterios para establecer el orden de prelación de aquellas, cuando una situación o relación jurídica se encuentra alcanzada por disposiciones emanadas de una *ley especial* que regulan un *microsistema autosuficiente* (por ejemplo: la ley 19.550 o la ley 24.522) y, a su vez, por otras contenidas en el citado Código, siempre —claro está— que se presente un conflicto de normas de igual jerarquía.

Ciertamente, el camino elegido por el codificador resulta ajustado al objetivo que se fijó la reforma, especialmente en los artículos 1° y 2° del Código, cambió algunos parámetros legales de trascenden-

cia, convirtiendo a estos preceptos en una verdadera piedra angular para la interpretación y aplicación el derecho privado en general en el caso concreto<sup>1</sup>.

Para delinear esta nueva visión del Derecho, hacen también su aporte otras disposiciones no menos relevantes del Código Civil y Comercial, como el artículo 3° que impone al juez el deber de resolver mediante una decisión razonablemente fundada y los artículos 9° a 14° sobre el ejercicio de los derechos —principio de la buena fe, abuso del derecho y fraude a la ley—.

Sin duda, fluye de las normas que he mencionado, una nueva manera de abordar y considerar al ordenamiento jurídico —“diálogo de fuentes”—, lo que deja finalmente atrás cualquier vestigio propio de la visión individualista, estructurada y rígida de la codificación decimonónica, para presentar una visión más tuitiva de los derechos.

Desde esta perspectiva, pretendo ingresar en el tratamiento de un tema que, a pesar de haber transcurrido ya más de tres años de la vigencia del nuevo Código, continúan provocado interesantes debates. Me refiero a las disposiciones sobre orden de prelación de normas aplicables que contienen dos preceptos en especial contenidos en dicho Código, el artículo 150 aplicable a las personas jurídicas privadas y el artículo 1709 sobre la responsabilidad civil, en su relación con las reglas de la ley 24.522 y, por las implicancias que tiene en materia concursal, también de la ley 19.550<sup>2</sup>.

2. La novedad que trae el artículo 1° del Código, es la incorporación formal al ordenamiento de una serie de fuentes objetivas (obligatorias) que, partiendo de “la ley” como principal y fundamental actor, no se agotan en esta y manda a aplicar todo el Derecho. Esta norma “la admisión de una pluralidad de fuentes dentro del sistema jurídico, lo cual significa que siendo la ley la más importante, no es la única y obliga a aplicar todo el Derecho. Por eso se diferencia el Derecho de la ley”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> LORENZETTI, Ricardo L. (dir. y autor), Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. I, p. 27. El autor refiere que cuando en el artículo 1° del Código se hace mención “a los casos que este Código rige”, se debe entender que se trata del caso “como un supuesto de hecho de la norma, es decir, que todo sistema de Derecho Privado regula casos, controversias y no meras declaraciones abstractas”.

<sup>2</sup> El Código también hace lo propio en otros temas: (artículos 963 en materia de contratos, 1082 sobre reparación del daño contractual, 1094 y 1095 —relaciones de consumo— y 1834 títulos valores cartulares.

<sup>3</sup> LORENZETTI, R. L. op. cit., T. I, p. 29.

Define sin duda el contenido de ese precepto la explícita cita de la Constitución de la Nación y de los tratados de los derechos humanos<sup>4</sup> a los que se les reconoce jerarquía constitucional en el artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, y que en su conjunto, integran el denominado *bloque de constitucionalidad federal*<sup>5</sup>, importando ello el sustento de lo que se conoce como la *constitucionalización del derecho privado*, que se materializó con la incorporación al derecho civil y comercial de los derechos fundamentales que surgen de aquellos instrumentos internacionales.

A su turno, el artículo 2° del Código Civil y Comercial fija reglas hermenéuticas y manda a tener en cuenta en primer lugar *las palabras* del texto legal, o sea su significado, lo que estas denotan.

Así, el juez, quien tiene el deber de resolver los casos con razonabilidad (artículo 3° del Código Civil y Comercial) “se debe atener al texto de la norma, considerando el lenguaje técnico jurídico<sup>6</sup>, pues como lo recordaba Legaz y Lacambra, “aplicar el Derecho es fundamentalmente, interpretarlo”<sup>7</sup>.

Sigue luego la “finalidad de la ley”, o sea, “dar preferencia a las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación por sobre la intención histórica u originaria”<sup>8</sup>, lo que no implica dejar de lado totalmente la voluntad del legislador, sino dar preponderancia al propósito o fin que toda norma que se dicta tiene y que ha dado razón de ser a su redacción y posterior sanción<sup>9</sup>. Además, no se puede desconocer que tales antecedentes representan una fuente mediata del derecho —al igual que lo es la doctrina<sup>10</sup>—, que no puede resultar indiferente para el intérprete.

---

<sup>4</sup> MIDÓN, Mario A. R., Control de convencionalidad, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2016, pp. 14-15.

<sup>5</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ed. EDIAR, 1997, T. VI, p. 583. El autor señala que “la reforma ha investido a esa cúspide suprema con una misma y común jerarquía o, en otros términos, que la cúspide integrada por normas de fuente interna y de fuente internacional se unifica en una convergencia, que es la jerarquía compartida en un mismo nivel”.

<sup>6</sup> BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Parte General, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1955, T. I, p. 189.

<sup>7</sup> LEGAZ y LACAMBRA, Luis, Filosofía del Derecho, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1972, p. 559.

<sup>8</sup> LORENZETTI, Ricardo L. (dir. y autor), op. cit., T. I, p. 35.

<sup>9</sup> BORDA, G. A., op. cit., T. I, p. 190.

<sup>10</sup> BORDA, G. A., op. cit., T. I, p. 90.

Menciona después el artículo 2° a las leyes análogas, para agregar a “los tratados sobre los derechos humanos, los principios y los valores jurídicos”, requiriendo una interpretación “coherente con todo el ordenamiento”.

La inclusión de aquellos en la cúspide del ordenamiento legal, obligan particularmente al juez, a efectuar no solo un control de constitucionalidad de la ley, sino también, un *control de convencionalidad*, para evaluar si la norma “es compatible con los tratados de derechos humanos vigentes”<sup>11</sup>.

Por su parte, la incorporación de *los principios y valores* jurídicos, cambia diametralmente la óptica desde la cual se deberá abordar el análisis del derecho en adelante y otorga al juzgador un amplio margen de discrecionalidad a la hora de interpretar, de decidir y de juzgar. De esta forma, se cuenta con tres pilares esenciales que para pensar, repensar el Derecho y para resolver, en su caso, sobre una situación o relación determinada: *los principios, los valores y la razonabilidad*<sup>12</sup> como límite (artículos 2 y 3 del Código Civil y Comercial). Estos principios (principios jurídicos o generales del derecho) “constituyen normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto de los problemas fundamentales de su organización”<sup>13</sup>, que poseen un marcado contenido axiológico que sirve de guía.

Su contenido es esencial, porque sirven como criterios de validación de las normas jurídicas que se someten a su escrutinio. Sucede que “la validez de los principios es consecuencia necesaria de su contenido; por eso, en caso de contradicción con las normas aquellos son los que prevalecen”<sup>14</sup>.

No obstante, la posibilidad de apelar a estos principios y valores jurídicos, no se debe transformar en un mecanismo de interpretación arbitrario que permita apartarse de la ley fácilmente y sin mayores exigencias<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> MIDÓN, Mario A. R., *op. cit.*, p. 71.

<sup>12</sup> ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 138.: El autor sostiene que “el principio de razonabilidad radica en la comprobación social de que la convivencia o el bienestar social pueden requerir la limitación relativa de los derechos de los unos para salvaguardar el derecho de otros y permitir la armonía de todos”.

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecos S.A., 1994, p. 145

<sup>14</sup> VIGO, Rodolfo L., *Los principios Jurídicos*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, p.11.

<sup>15</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 122: “La concepción del derecho por principios tiene, por cuanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su fun-

## II. Las normas imperativas y el orden público

1. Entre otros preceptos citados del Código, cobran importancia para esta indagación relacionada con la responsabilidad en materia concursal y también societaria, por cierto: los artículos 150 y 1709.

La lectura de estos textos, deja expuestas dos cuestiones que se deberán dilucidar: por un lado, la correspondencia entre el concepto de norma imperativa (artículo 150) y norma indisponible (artículo 1709) y, por el otro, los alcances del término “prelación” y si este determina o no un orden jerárquico normativo. Delimitaré primero el alcance contextual de cada una de esas normas.

El primero de ellos (artículo 150), se ocupa de las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, por lo que tampoco pasa inadvertido para el derecho societario y concursal, porque trata temas que se tocan, en más o en menos, con aspectos regulados en las leyes 19.550 y 24.522 —las que a su vez se vinculan entre sí—, como pasa con la temática de la responsabilidad (concursal y societaria).

En cambio, el artículo 1709, contiene reglas de prelación normativa<sup>16</sup> en el puntual tema de la responsabilidad civil, por lo que adquiere gran importancia en casos de analizar la responsabilidad concursal y societaria que se encuentra directamente asociada a la anterior.

Precisamente, el reconocimiento expreso por el Código de estos microsistemas regulados por leyes especiales —cuya existencia como tales se justifica en el hecho que atienden situaciones y relaciones, fácticas y jurídicas, con caracteres y fines particulares propios de su objeto—, queda en evidencia con la inclusión de normas destinadas a resolver eventuales conflictos de prelación.

2. Ahora bien, analizar el concepto de normas *imperativas* e *indisponibles*, lleva previa y directamente a considerar otro aspecto de esta cuestión: que entendemos por *orden público*.

Con el fin de no extenderme innecesariamente y para ir directamente al grano, recordaré que sobre el concepto de *orden público* existen en la doctrina básicamente dos posturas principales.

---

ción, se preocupa de su idoneidad, para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma”.

<sup>16</sup> CALVO COSTA, Carlos A. y SÁENZ, Luis R. J., *Incidencias del Código Civil y Comercial – Obligaciones. Derecho de Daños*, A. J. BUERES (dir), Bs. As., Hamurabi-José Luis Depalma Editor, 2015, n° 2, p.111.

Una de ellas —tesis amplia— postulada por Borda, quien entendía que una “cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las que solo juega un interés particular”, de lo que se sigue que “toda ley imperativa es de orden público”<sup>17</sup>. Esto significa que la vinculación de la norma con el *interés general* permitiría calificarla como de orden público, tornándola inderogable e indisponible para las partes y, por su esencia, imprescriptible. O sea, para esta posición doctrinaria, norma de orden público e imperativa se identifican.

Enrolado en la otra postura, Llambías<sup>18</sup> define al orden público como el “conjunto de principios eminentes —religiosos, morales, político y económicos— a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social”, que deben ser observados obligatoriamente, cuyo acatamiento es esencial porque son cimiento de la Nación. Al limitar la aplicación de este concepto y no extenderlo a toda norma donde el interés público o social esté comprometido, permite sostener la existencia de *normas imperativas* que, si bien son irrenunciables porque no admiten que los particulares puedan apartarse de ellas —imponen un deber ser que no puede soslayarse—, pueden o no ser *indisponibles*, en la medida que además se trate de una *norma imperativa de orden público*<sup>19</sup>.

Esto implica que si no se da el supuesto indicado en último término, el impedimento o indisponibilidad no será absoluto y el sujeto afectado por la transgresión de esa norma, a futuro podrá renunciar o disponer libremente de los derechos que se deriven de la violación de ese precepto imperativo —por ejemplo, de reclamar la reparación de daños y perjuicios— en la medida, reitero, que el contenido de dicha disposición no sea orden público.

---

<sup>17</sup> BORDA, G. A., op. cit., T. I, p. 59. Véase también NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, T. 2, pp. 870-871.

<sup>18</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1984, T. I, p. 158. Véase también en similar sentido la opinión Raymundo M. SALVAT, en *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Buenos Aires, T.E.A., 1951, T I, p. 168.

<sup>19</sup> BARREIRO, Marcelo, FERRO, Carolina y otros, “La prelación normativa del artículo 150 del Código Civil y Comercial”, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema de Derecho Privado, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho de la Empresa, Mendoza*, Ed. Advocatus, 2016, T. 1, pp. 41-50. Los autores tratan detalladamente en esta ponencia la relación entre los conceptos de normas de orden público, imperativas e indisponibles, a tenor de lo que disponen los artículos 150 y 1709, ambos del Código Civil y Comercial de la Nación.

Luego, la acción que se activa a causa de la infracción de un precepto como el descrito en el último supuesto, será prescriptible, y no lo será, si se encuentra comprometido el mentado orden público.

Al criticar la posición de Borda, Llambías destacó “que no existe identidad conceptual entre ley imperativa y ley de orden público [...]. La imperatividad sólo se predica de las leyes cuya observancia no pueden dejar de lado las convenciones de los particulares, en tanto que el carácter del orden público alude a los motivos o fundamentos por los cuales se comunica esa imperatividad a la ley”<sup>20</sup>.

Desde este punto de vista, surge que norma *imperativa* y norma *indisponible* no representan en su esencia lo mismo, sin perjuicio que en determinados casos las primeras puedan ser calificadas también como las últimas por representar o contener un precepto de orden público. Es el caso de algunas disposiciones que contiene la ley 19.550 (conf. ley 26.994), como por ejemplo, los artículos 18 y 19 que declara como nulas de nulidad absoluta a las sociedades de objeto ilícito, y con objeto lícito y actividad ilícita, y el artículo 20 que hace lo propio con las sociedades de objeto prohibido en razón del tipo.

Presentados ambos postulados, creo que la llamada tesis restringida se ajusta a la realidad de nuestro ordenamiento legal, el cual se encuentra compuesto por *normas imperativas* que no siempre son indisponibles por no comprender preceptos propios del orden público.

A partir de esto, es razonable concluir que existen normas de orden público como las citadas que, por ser tales, resultan indisponibles, otras imperativas y, finalmente, normas supletorias, que pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes o, que en ausencia de acuerdo expreso, la suplen.

Además, si luego tamizamos a través de los conceptos expuestos el ordenamiento jurídico concursal y societario, se puede concluir que la ley 19.550 y, en particular, la ley 24.522 por la materia que toca — la insolvencia— y por tratarse de un proceso universal, contienen normas de “orden público” (e indisponibles), otras que pueden ser catalogadas de “imperativas”, pero cuyo contenido no se encuentran en juego principios y valores fundamentales o eminentes, como los designaba Llambías, y también normas supletorias o disponibles para las partes —particularmente en la Ley 19550—.

---

<sup>20</sup> LLAMBÍAS, J. J., op. cit. T. I, p. 162.

### III. Las reglas de prelación en materia de derecho de daños

1. Esta cara del tema tiene significativa importancia, porque se discute desde una perspectiva que no comparto, la existencia en el artículo 1709 del Código Civil y Comercial de una enunciación no jerárquica que, desde una mirada integradora —y agrego, sin reconocer la existencia de orden de prelación alguno entre la ley especial y el Código—, posibilitaría hacer mérito de la responsabilidad de los administradores sociales respecto de terceros y accionar contra estos, invocando las normas del derecho común que mejoren o amplíen los derechos del sujeto afectado, en lugar de las propias de ley 24.522 o 19.550.

Sobre *la prelación*, el artículo 150 del Código en su inciso a), es absolutamente preciso al indicar en materia de ley aplicable a las personas jurídicas privadas, que estas se rigen “por las normas imperativas de la ley de especial o, en su defecto, de este Código” [*Sic*].

Destaqué “o, en su defecto”, porque esta expresión que se inicia con la letra “o”, cumple en la proposición la función de conjunción disyuntiva<sup>21</sup>. En consecuencia, el artículo 150 no admite una aplicación conjunta y, menos aún, indistinta de las normas indisponibles de la ley especial y del Código.

En lo que hace al texto del artículo 1709 del Código Civil y Comercial, este expresa aún de forma más clara, que el fin de la ley es establecer un orden de *prelación*<sup>22</sup> *normativa*.

Frente al texto legal (conf. artículo 2º del Código), no me quedan dudas que el Código en su artículo 1709 fijó un claro orden jerárquico de normas, a tal punto que el primer párrafo de ese precepto se lee con singular nitidez que cuando concurren normas del Código o de alguna ley especial en materia de responsabilidad civil, estas “son aplicables, en el siguiente orden de prelación:...”.

<sup>21</sup> RAE, *Nueva Gramática de la Lengua Española. Manual*, Buenos Aires, ESPASA, 2010, p. 613: “La conjunción disyuntiva *o* denota la existencia de dos o más opciones”. Según el diccionario de la RAE, “expresa alternancia o disyunción entre dos o más opciones” ([www.rae.es](http://www.rae.es), captura 11/10/2016).

<sup>22</sup> RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, [www.rae.es](http://www.rae.es), fecha de captura 11/10/2016: *Prelación* es definida como “antelación o preferencia con que algo debe ser atendido respecto de otra cosa con la cual se compara”. A su vez, *antelación* el diccionario dice que significa “anticipación con que, en orden al tiempo, sucede algo respecto a otra cosa”. Finalmente *preferencia*, es “primacía, ventaja o mayoría que alguien o algo tiene sobre otra persona o cosa, ya en el valor, ya en el merecimiento. Elección de alguien o algo entre varias personas o cosas”.

En consecuencia, sostener que no existe tal estructura jerárquica entre las normas concurrentes del derecho común y de la legislación especial, es negar irrazonablemente el fin de la ley, que expresamente no optó por integrar en base a un criterio de amplitud, sino que, muy por el contrario, eligió dar primacía a unos preceptos (las imperativas o indisponibles —según el caso— de la ley especiales) por sobre otros (las imperativas o indisponibles del Código).

La única excepción no explicitada, la representan las normas de orden público del Código que se deben aplicar en primer lugar frente a normas imperativas de la ley especial que no sea de orden público<sup>23</sup>. Solo las normas imperativas de la ley especial resultarían de aplicación preferente si son indisponibles por contener también un precepto que pueda ser calificado de orden público.

Tal orden es absoluto cuando dicha norma trata en forma directa un caso específico, pero a la vez relativo, en tanto ese caso no este contemplado por el microsistema normativo, o cuando se trate de aspectos e institutos de la teoría general de la responsabilidad civil que solo están regulados por el Código Civil y Comercial (artículos 1706-1780 del Código Civil y Comercial) y no en la ley especial, como sucede con la mayoría de los institutos que integran el derecho de daños.

2. Se debe ahora esclarecer otro asunto que se deriva del texto del inciso a) del artículo 1709 que se viene analizando que, en mi opinión, es fruto de un error de redacción. Allí se dice que se aplicarán “las normas indisponibles de este Código y de la ley especial”, lo que muestra una proposición harto contradictoria, porque nunca lo general puede afectar o modificar lo particular o especial, sino al revés.

Para resolver conflictos normativos como que muestra el texto antes transcrito, el Derecho cuenta con instrumentos para darles solución. Se trata de clásicas reglas de la hermenéutica como las siguientes: “*lex specialis* sobre la *lex generalis*” (la ley especial prevalece o se aplica sobre la ley general) y “*lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*” (la nueva ley general no deroga a la antigua anterior ley especial)<sup>24</sup>. Lo expuesto precedentemente no es una opinión aislada, sino que, muy por el contrario, lo afirma y reconoce Galdós al comentar el artículo 1709 en la obra dirigida Lorenzetti.

---

<sup>23</sup> BARREIRO, M. y otros, op. cit., p.50.

<sup>24</sup> BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 119.

Respecto a este precepto, explicó el comentarista mencionado anteriormente, que si bien el artículo 1709 no mantiene el mismo orden de prelación del artículo 963 del Código Civil y Comercial, que en su inciso a) establece primero la aplicación de las normas indisponibles de la legislación especial y luego las indisponibles generales —el precepto citado en primer lugar lo hace en sentido inverso también en su inc. a)—, se debe entender que en ambos casos se aplica primero la ley especial para responsabilidad civil y para los contratos, y luego las normas generales de cada materia (las generales de la responsabilidad civil y las generales de los contratos), pues esa es la interpretación correcta y armónica que se impone<sup>25</sup>.

Se debe también tener presente, que el artículo 150 del Código sigue el mismo criterio de dar preferencia a la ley especial y luego al Código Civil y Comercial, tal como lo hacía su antecedente el artículo 146 del Proyecto de 1998. Sin dejar margen de duda, “establece un orden lógico de prelación de normas aplicables a las personas jurídicas privadas nacionales. Dada la variedad de personas jurídicas privadas que pueden tener un régimen legal especial, en primer lugar se aplican las normas imperativas dispuestas en cada ley o, en su defecto, las del mismo carácter previstas en el Código”<sup>26</sup>.

3. Queda por aclarar, que la transcripción en mismo inciso (“a”) de “normas indisponibles de este Código y de la ley especial” [*Sic*] o, como debió ser redactado según nuestro anterior razonamiento “normas indisponibles de la ley especial o de este Código”, no significa que se altere o cambie el orden de prelación al que se aludió con anterioridad.

Sucede que la letra “y” cumple la función de conjunción copulativa<sup>27</sup>, o sea, que permite coordinar dos grupos nominales, por lo que de ninguna manera altera la manda final del párrafo inicial del artículo que condiciona el contenido de todos los incisos: “...en el siguiente orden de prelación:...” y, menos aún, denota identidad, igualdad o equivalencias entre las normas imperativas de uno y otro cuerpo legal (general o especial).

---

<sup>25</sup> LORENZETTI, Ricardo L. (dir) y GALDÓS, Jorge M. (autor), Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, pp. 292-3.

<sup>26</sup> LORENZETTI, Ricardo L. (dir) y CROVI, Daniel (autor), Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. I, pp. 597-598

<sup>27</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), *Nueva Gramática de la Lengua Española. Manual*, op. cit., p. 6o8.

#### **IV. Conclusiones en torno a las acciones de responsabilidad**

El análisis sintéticamente realizado aquí, deja a la vista que en caso de un específico conflicto normativo se deben aplicar en primer término los preceptos que contienen la ley especial y, recién luego, los que trae el Código Civil y Comercial, siempre que las normas sean de igual jerarquía.

En esa línea de pensamiento, si se trata de normas jurídicas sobre responsabilidad concursal o societaria, se deberá estar a las reglas que sobre esta temática contienen las leyes que se ocupan de tales ámbitos del derecho (ley 24.522 y también la ley 19.550), tanto para decidir en el marco de una acción de responsabilidad concursal como en el de una acción de responsabilidad social (contra administradores, síndicos y liquidadores). Destaco que esta última acción se encuentran especialmente mencionadas por el artículo 175 de la ley 24.522, cuyo texto la considera como otra opción válida y útil dirigida a reparar los daños y perjuicios provocados por los sujetos descriptos anteriormente a la sociedad —en su caso— y la masa de acreedores.

Pero al margen de esto y para concluir, recuerdo que la normativa general y los presupuestos esenciales que informan esta particular y sensible área del derecho como es la responsabilidad civil, están contenidos solo en el nuevo Código, tal como sucedía antes con el Código de Vélez.

Allí inexorablemente se deberá remitir el operador del derecho concursal y societario a la hora de plantear o resolver —según la posición que éste ocupe— una acción de responsabilidad, y para analizar temas fundamentales de esta temática, como es la antijuridicidad, los factores de atribución de responsabilidad, el daño resarcible, las causas de justificación, la relación de causalidad, las extensión del resarcimiento, el régimen resarcitorio o de reparación, la acción civil y penal, la responsabilidad directa del autor del hecho dañoso, la responsabilidad por el hecho de terceros, entre otros.

En resumidas cuentas, en lo sustancial, nada ha cambiado con la reforma sobre estos tópicos.



## Actualización de la extensión de quiebra

*Marisol Martínez*

### Sumario

Las figuras de extensión de quiebra, presentes en todos nuestros antecedentes legislativos, han acarreado desde siempre los más profundos desacuerdos doctrinarios en su interpretación, y la mayor rigurosidad en su aplicación jurisprudencial.

Lo críticas recurrentes acerca de su vetustez, carencia de practicidad, su carácter sancionatorio o antieconómico, la severidad que involucra, no justifican, empero, la imputación de la ineficiencia que caracteriza a nuestro procedimiento falencial.

Atenta la restrictividad en su aplicación, la derogación sin más, sólo contribuiría a una aún mayor liberación en el espectro de deudores concursantes.

Esta figura de recomposición patrimonial en la quiebra debe ser depurada o sustituida por un esquema mediante el cual pudieran alcanzarse en forma inmediata bienes, en el sentido en que la extensión de quiebra comprende patrimonios, y la acción de responsabilidad, indemnizaciones, prescindiéndose de la derivación de nuevos pasivos sin prescindirse de la cautela directa y compromiso de bienes que caracteriza la extensión de quiebra.

La sola razón de ineffectividad del instituto no se remedia con la mera derogación so pena de justificarse en nuestro medio la supresión de la quiebra misma por la ineffectividad de nuestros procedimientos.

### Tratamiento

La figura de la extensión de quiebra fue desarrollada, como la quiebra misma, en la época del Derecho Estatutario italiano<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> López, Vicente G., "Sobre el problema de la quiebra por extensión al socio

En nuestro Derecho existe la extensión de la quiebra al socio ilimitadamente responsable desde el primer Código de Comercio (arts. 1530), pasando a los sucesivos cuerpos normativos que regularan la quiebra hasta nuestros días<sup>2</sup>: CCom. de 1880; 1384, CCom. de 1889; 4<sup>o</sup>, ley 4156; 6<sup>o</sup>, ley 11.719; 164, ley 19550; art. 160 ley 24522.

Pese a ello, las críticas y dudas interpretativas con las cuales naciera el instituto permanecen. Así aún se debate si: 1<sup>o</sup>) La extensión de quiebra constituye una de las excepciones al presupuesto objetivo del proceso concursal en nuestra ley, o si el estado de cesación de pagos (art. 1<sup>o</sup> LCQ)<sup>3</sup> es también un requisito?

2<sup>o</sup>) La responsabilidad ilimitada que requiere la figura del art. 160 LCQ es la constitutiva - por el tipo societario-, o incluye la responsabilidad ilimitada sancionatoria?<sup>4</sup>

3<sup>o</sup>) La responsabilidad requerida en las leyes concursales fue siempre la “ilimitada”, nunca aquella responsabilidad “ilimitada y soli-

---

comanditario”, en “Escritos jurídicos en homenaje a Luis Rojo Ajuria”, ed. Universidad de Cantabria, pág. 307, citado por Rubín, Miguel. ¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino (primera parte), ED, 05/04/2018.

<sup>2</sup> El art. 847 del Código de Comercio italiano de 1882 establecía que “la quiebra de una **sociedad colectiva o en comandita** produce también la quiebra de los socios ilimitadamente responsables”, de acuerdo a Maffía, esa norma, habría sido fuente del precepto de la ley Castillo, que también apuntaba únicamente a los socios de “una sociedad colectiva o en comandita”, omitiendo los fuertes embates doctrinarios que esa disposición había padecido en Italia, inclusive la propuesta de eliminar la quiebra por extensión a los socios ilimitadamente responsables. Rubín, Miguel E. texto citado nota 1.

Otaegui también consideró un error de la legge fallimentare de 1942 mantener la quiebra del socio ilimitadamente responsable (y ya no sólo en la sociedad colectiva o en comandita) una vez que la sociedad superó su esquema contractual para ostentar personalidad propia, el error fue seguido por la ley 19551 (art.164), según lo puntualiza (Otaegui, Julio C. La extensión de la quiebra, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998, p.19 y sig.)

<sup>3</sup> Baracat, Edgar J., Micelli, María I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 365 y sig. En contra Rubín, Miguel E., obra citada, quien asimismo cita a la CNUDMI, de acuerdo a la cual sólo procede la declaración conjunta de concursos cuando cada uno de los deudores cumple con el presupuesto objetivo de la insolvencia.

<sup>4</sup> Para Otaegui: “socios con responsabilidad ilimitada”, “no es sólo el socio con negociante con responsabilidad ilimitada convencional, sino también el socio torpe con responsabilidad ilimitada sancionatoria”, obra citada, p. 19 y sig. En contra Maffía, para quien el casuismo legal, no permitiría su sistematización, no existiendo una clase de socios ilimitadamente responsables, salvo aquellos que desde el origen asumieron tal carácter contractualmente. Maffía, Osvaldo. Quiebra Dependiente ED 71-612.

itaria” establecida en la ley 19550, tanto la constitutiva – por el tipo social-, como la sancionatoria.

La ley 24522 de concursos y quiebras contiene numerosas disposiciones respecto del socio “ilimitadamente” responsable. Así: los artículos: 12; 14; 18;39, inc. 5º.; 56; 86; 88, inc. 1º.; 90; 94: 150; 160. Se reitera en todos los casos: en cada oportunidad en que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios “ilimitadamente” responsables.

La responsabilidad aludida es la “ilimitada”, sin otra excepción que uno de los párrafos del artículo 56: socios “solidarios”, sólo el acápite, ya que en ese mismo párrafo, el texto se expresa en términos de responsabilidad “ilimitada” a secas; y el artículo 89 en que se refiere a la publicación en el domicilio del socio solidario, incurriéndose en este caso en error.

Rouillon entendió que la cuestión se centraba en establecer ¿cuándo hay en realidad ilimitación de responsabilidad del socio por las deudas sociales?, respondiendo que se da en aquellos casos en que “el socio responde frente a todas y cualquiera de las deudas sociales y con todo su patrimonio”.

El “denominador común” sería que **“todo” el patrimonio personal se encontrara afectado a la satisfacción de “todo” el pasivo social**. Es decir, que la ilimitación de la responsabilidad abarque ambos extremos de la responsabilidad y no sólo uno.

Otro tipo de “ilimitación” de responsabilidad resultaría “atípica” por lo restringida<sup>5</sup>. Si bien subsisten en el régimen societario numerosos casos de responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, tanto asumida convencionalmente como impuesta como sanción, en la red denominada ley “general de sociedades”, la actual “Sección IV” regula el régimen de la sociedad informal, incluyéndose a la **atípica regida por las** reglas de las “sociedades de hecho” conforme artículo<sup>5</sup> “...hay ilimitación de responsabilidad stricto sensu y cualquiera sea su origen –contractual o sancionatorio-, si todo el patrimonio del socio (y no sólo su aporte) está afectado a la satisfacción eventual (subsidiaria o principal) de todo el pasivo social”. Rouillon, Adolfo. Reformas a régimen de los concursos, p. 195 y 196, citado por Baracat, obra citada. Grispo, Jorge Daniel y Balbín, Sebastián. Extensión de la Quiebra. Ad-Hoc. Capital Federal, 2004, pág.51; Manóvil, Rafael. Grupos de Sociedades en el derecho comparado. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, pág. 1099, RIVERA, Julio. Instituciones de Derecho Concursal, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Segunda Edición, 2003, pág. 323. Otaegui, Julio C. La extensión de la quiebra, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 38 y siguiente.

los 21 a 26 redacción de la ley 19550 originaria), **sociedades de hecho o irregulares, sociedades civiles**, refiriéndose la doctrina a las mismas como **sociedades de la Sección IV o sociedades “simples”**.

Es esta categoría la que recibe reforma sustancial, en particular en la materia de responsabilidad, previendo el artículo 24 LGS como regla “residual”, la responsabilidad simplemente mancomunada y por partes iguales para estas “simples sociedades”<sup>6</sup>, por contraposición a la responsabilidad solidaria e ilimitada que les asignaba la ley de sociedades “comerciales”.

La unificación ha optado, en este caso, claramente por la solución que el Código Civil<sup>7</sup>, asignaba a las sociedades civiles, excluidas del nuevo cuerpo codificado.

La interpretación de las nuevas normas renovó el debate respecto del concepto de responsabilidad que es requerido para la aplicación de la figura de la extensión de la quiebra.<sup>8</sup>

Entendimos que la responsabilidad simplemente mancomunada que atribuye el artículo 24 LGS a estas sociedades no alcanza el umbral de “ilimitación” requerido por el artículo 160 LCQ, por diversos fundamentos:

---

<sup>6</sup> Si bien prevé otras hipótesis: “Responsabilidad de los socios. ARTICULO 24. Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten: 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones; 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22; 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.”

<sup>7</sup> Art. 1.747 C.C.: Los socios no están obligados solidariamente por las deudas sociales, si expresamente no lo estipularon así. Las obligaciones contratadas por los socios juntos, o por uno de ellos, en virtud de un poder suficiente, hacen a cada uno de los socios responsables por una porción viril, y sólo en esta proporción, aunque sus partes en la sociedad sean desiguales, y aunque en el contrato de sociedad se haya estipulado el pago por cuotas desiguales, y aunque se pruebe que el acreedor conocía tal estipulación.

<sup>8</sup> LXI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Morón, 4 y 5 de junio de 2015; IX Congreso Nacional de Derecho Concursal -VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Sierras de Córdoba, 7 al 9 de setiembre de 2015; LXII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Bahía Blanca, 26 y 27 de noviembre de 2015.

### **1) Instituto de extensión de quiebra. Favor debitoris.**

Ante las innegables dudas que evidencian las opiniones vertidas en este tema, es procedente la regla de estar por la liberación del deudor, o “favor debitoris”, y, por lo tanto, estarse por la negativa de extensión de quiebra al socio con responsabilidad simplemente mancomunada en tanto tal.

Esto sin perjuicio de la procedencia de la “quiebra principal” del socio simplemente mancomunado, en el caso de corresponder.

### **2) Texto normativo ley de concursos y quiebras.**

El sistema de masas separadas dispuesto por el artículo 168 L.C.Q. para los casos de extensión de quiebra en los que no se da la confusión patrimonial inescindible, atiende a salvaguardar la responsabilidad respecto de créditos personales de cada fallido extendido, preservando los derechos de los acreedores del fallido principal, no constituyendo excepción a los principios falenciales de universalidad, unicidad y unidad.

Asimismo la previsión del artículo 160, 2º.párrafo LCQ, vista como excepción no hace más que confirmar la regla, en tanto aclara incluir a “los socios con igual responsabilidad que se hubieren retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso.”

### **3) Ilimitación de responsabilidad. Cláusula de reserva constitucional. Extensión de la responsabilidad.**

Inclusive atendiendo exclusivamente al tenor literal de las normas, de ninguna manera podemos concluir que el requisito de “socio ilimitadamente responsable” pueda darse en el caso del socio con responsabilidad “simplemente mancomunada”. Es más, lo de “simplemente” expone su limitación.

El argumento a una responsabilidad ilimitada a todo el patrimonio del socio, pero “limitada” a su participación societaria en el pasivo social de estos socios con responsabilidad simplemente mancomunada, no es más que eso, responsabilidad “limitada”.

La responsabilidad ilimitada es determinada expresamente por la ley en cada supuesto en que procede, y ello en forma coherente con

la cláusula de reserva constitucional del artículo 19 CN: lo no prohibido, como permitido.

En nuestra normativa societaria vigente, además, es secundada por la responsabilidad solidaria.

La responsabilidad es asumida voluntariamente o impuesta por la ley en forma expresa y acotada a la disposición legal. Afirmar que la responsabilidad como principio es ilimitada constituye un desatino, en tanto y en cuanto, implicaría tergiversar el principio de libertad de actuación, en tanto no proscripto u obligatorio.

#### **4) Diálogo de fuentes: argumento literal. Finalidad de la norma.**

El diálogo de fuentes, art.1º.CCCN refiere a “la finalidad de la norma”. La finalidad de la norma que transformara la ley 19550 en ley “general” de sociedades, mutando la responsabilidad “ilimitada y solidaria” de los socios de la sociedad del capítulo IV, en una responsabilidad “simplemente mancomunada” como principio o pauta residual, no ha sido otra que la de aligerar la responsabilidad de los socios de estas sociedades.

Claramente la intención de la norma no fue un criterio de mayor severidad, una extensión quasi automática de quiebra como la del artículo 160 LCQ, sino todo lo contrario, por lo cual, la interpretación ante la duda, no puede conducir a un resultado en las antípodas de la finalidad de tal norma, pregonada por los artículos 1º. y 2º. CCCN.

El argumento meramente social o sociológico, relativo a la inconveniencia de “liberar” a los socios de estas sociedades, no encuentra respaldo interpretativo. Asimismo, cede ante la indudable posibilidad de pedir y tramitar la quiebra de estos socios, pero, de modo principal, y, asimismo, mediante acciones de responsabilidad societarias o concursales.

#### **5) Sofisma de atinencia. Principio de identidad. Principios de universalidad y unidad.**

Estos casos de responsabilidad simplemente mancomunada, no se encuentren exentos de “declaración” de quiebra cumpliéndose los presupuestos legales, no son susceptibles de “extensión de la *misma* quiebra” de la sociedad por el principio de identidad.

En lógica, tres principios gobiernan el pensamiento: el principio de

identidad, el principio de no contradicción y el principio de tercero excluido.<sup>9</sup>

En concordancia con los principios falenciales de universalidad de patrimonio, unicidad y unidad, y de acuerdo al principio lógico de identidad si la quiebra que se decretare respecto de la sociedad *no tiene el mismo pasivo ni tampoco el mismo activo que la quiebra pasible de ser decretada al socio, no se trata de la misma quiebra* y por lo tanto no es una quiebra por extensión, so riesgo de cometer por lo menos una falacia de atinencia.<sup>10</sup>

En conclusión: de acuerdo a la normativa concursal expresa e implícita, principios falenciales, el principio de la limitación de la responsabilidad frente a la cláusula de reserva constitucional, y el principio de identidad lógica, no procede la extensión de quiebra a los socios con responsabilidad simplemente mancomunada, en tanto su responsabilidad frente al pasivo social se encuentra limitada a su participación societaria, siendo diversa de aquella principal decretada respecto de la sociedad.

4º) La ley 27349, de “Apoyo al Capital Emprendedor”, introdujo la “sociedad por acciones simplificada”.

El art.33 de la ley la caracteriza como “un **nuevo tipo societario**, con el alcance y las características previstas en **esta ley**. *Supletoriamente*, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, *en cuanto se concilien* con las de esta ley”.

Se trata de un nuevo “tipo” societario, conforme expreso reconocimiento legal.<sup>11</sup>

La determinación de las normas que sean “conciliables” o “pertinentes”, será tarea que a priori aparece incompatible con una aplicación extensiva, particularmente en el tema de la responsabilidad, que ha sido tratado en varios artículos que dan pie a interpretaciones no unívocas.

---

<sup>9</sup> Copi, Irving M., Introducción a la lógica, Eudeba, Buenos Aires, 2010, p.321 y siguientes.

<sup>10</sup> Copi, obra citada, p. 81 y siguientes.

<sup>11</sup> Nissen Ricardo A., Vítolo, Daniel R., Favier Dubois, Eduardo M, entre otros, del debate en Primera Jornada sobre Constitución y Funcionamiento de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), organizada por Fundación para la investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, Mar del Plata, 11 al 13 de Abril de 2018.

La ley implica la vigencia del principio *lex posterior, lex specialis*, la aplicación en forma supletoria de las normas generales societarias (ley 19550), en todo caso, “**en cuanto se concilien** con las de esta ley” (art. 33. ley 27349).

La creación de este nuevo tipo legal en una ley independiente, con “el alcance y las características de la misma”, e inclusiva de un contexto regulador del “capital emprendedor”, pareciera patentizar una intención de la ley de liberarse de ciertas disposiciones rígidas que pudieran obstar su virtualidad jurídica, siendo la finalidad de la ley parámetro interpretativo expreso (artículos 1º. y 2º. CCCN).

La ley carece de una regulación integral, pocas normas expresas, pocas remisiones expresas, la remisión a la aplicación supletoria de normas que “se concilien” de la regulación general, algunas otras en particular de la sociedad de responsabilidad limitada o de algún artículo determinado de la misma, algún reenvío vacío de contenido y otros de segundo grado, resulta en un instrumento notoriamente ambiguo, con vacíos legales de dudosa integración.<sup>12</sup>

La distinta finalidad de las normas dificulta la determinación de las “conciliables” postulada por la nueva ley, siendo extraña la terminología a la de nuestro sistema jurídico.

El razonamiento por analogía será procedente en tanto confirmado por el principio de razón suficiente, y se encontrará excluída la aplicación de sanciones tales como la responsabilidad ilimitada y solidaria – frecuente en el régimen societario- en tanto no estuviere expresamente prevista. Esto sin perjuicio de la procedencia de la atribución según las normas generales del régimen de responsabilidad.

En materia de sanciones, el principio de legalidad excluye el argumento analógico, en particular en el ámbito del derecho penal como sistema cerrado, y también en el derecho administrativo y tributario en sus disposiciones sancionatorias.

Cabe predicar lo mismo respecto a las responsabilidades sancionatorias en otras ramas del derecho, las que no serían aplicables sin más a la SAS, tampoco en virtud de una remisión genérica de segunda intención como lo hace la norma del artículo 52 LACE al artículo

<sup>12</sup> Fue propiciada por el Dr. Daniel Roque Vítolo, la estructuración de esta sociedad dentro del régimen de una reforma integral a la Ley General de Sociedades y como un subtipo de la sociedad anónima. La Sociedad Anónima Simplificada (SAS), *La Ley*, 05/10/2017.

157 LGS, único artículo al que remite en forma directa la ley 27349, disponiendo la norma del artículo 157 un reenvío genérico a las normas de la SA., y omitiendo toda regulación de responsabilidad.

Por aplicación de la norma de clausura constitucional que dispone que todo lo que no esté expresamente prohibido o resulte obligatorio, está permitido (artículo 19 Constitución Nacional), una responsabilidad ilimitada y solidaria del tipo sancionatorio, frecuente en el derecho societario, sólo podría ser impuesta en forma expresa, no siendo susceptible de interpretación extensiva, no pudiendo la responsabilidad ilimitada presumirse.

Sin perjuicio de la atribución de responsabilidad en función de normas generales, lo cierto es que no procederá el mecanismo de extensión de quiebra del artículo 160 LCQ atenta la automaticidad y principio de tipicidad del mismo, no siendo tampoco, este instituto, pasible de interpretación extensiva ni de analogía.

5º) La determinación de los tipos de control, dirección unificada, confusión patrimonial inescindible, etc. que presentan los tipos de extensión de quiebra del artículo 161, incisos 1 a 3 de la ley 24522, presentan tradicional dificultad e insolubles desacuerdos doctrinarios y jurisprudenciales.

El viejo instituto de la extensión de quiebra ha demostrado ser poco efectivo a los fines de allegar fondos a la quiebra principal, tras un procedimiento engorroso, prolongado, resistido en su aplicación jurisprudencial por razones técnico jurídicas y también por la rigidez que le imprime su carácter sancionatorio.

Maffía sostuvo que la figura sólo tendería a satisfacer una apetencia vindicativa<sup>13</sup>.

Rouillon aconsejó la derogación del actual art. 160 LCQ, sugiriendo que la ilimitación de la responsabilidad del socio sirva para obligarlo en sede judicial a hacer frente al pasivo social, y, ante su incumplimiento evidenciante de un estado de cesación de pagos, se lo pueda declarar en quiebra, pero de manera originaria<sup>14</sup>, debiera permitírsele recurrir al concurso preventivo, actual art. 90 LCQ por conversión<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Maffía, Osvaldo J., "Extensión de la quiebra. Por qué y para qué", MJ2561.

<sup>14</sup> Rouillon, Adolfo A. N., "Reformas al régimen de los concursos. Comentario a la ley 22.917", ed. Astrea, pág. 194.

<sup>15</sup> Rubín, Miguel E., obra citada, cita a Rouillon compartiendo su postura.

La legge fallimentare, fuente del instituto de extensión de quiebra al socio con responsabilidad ilimitada de algunas de nuestras leyes antecedentes y de la vigente, ha sido reemplazada en Italia, por un procedimiento de liquidación de la sociedad, en el que los socios con responsabilidad ilimitada pueden intentar un acuerdo homologable judicialmente<sup>16</sup>.

La legislación concursal chilena derogó en 2014 el sistema de quiebra por extensión para el socio de una sociedad colectiva o comandita comercial, que rigiera durante más de 150 años.

El sistema concursal estadounidense carece de una figura de **extensión de la quiebra** al estilo del ordenamiento argentino, existiendo la “consolidación substancial”, la que consistiría en “un mecanismo simplificado de atracción de bienes a la quiebra, al que puede llegarse siempre y cuando no se generen perjuicios inequitativos al conjunto de los acreedores o a terceros”.<sup>17</sup>

La diferente efectividad de otros sistemas como el estadounidense, alemán, francés, etc., no puede derivarse de la falta de previsión de la figura de la extensión de quiebra o su derogación, siendo ostensible que se trata de sistemas efectivos en su generalidad, pudiendo predicarse lo contrario de los nuestros.

Recurrentes comentarios acerca de su vetustez, carencia de practicidad, su carácter sancionatorio o antieconómico, la severidad que involucra la extensión de quiebra, acarreando los más profundos desacuerdos doctrinarios, y la mayor rigurosidad de la jurisprudencia en su absoluta mayoría, no justifican, empero, la atribución de la ineficiencia que caracteriza a nuestros procedimientos judiciales.

Una derogación sin más, propuesta por parte de la doctrina, sólo contribuiría a una aún mayor liberación en el espectro de deudores concursantes.

En las observaciones acerca de la inconveniencia de atraer más pasivos, o no atraer más bienes o, tras la multiplicación del engorroso proceso falencial, debiera ahondarse hacia una depuración o sus-

<sup>16</sup> Conforme lo explica el Profesor Rubín, en obra citada, con cita a “*La Legge di Delega per la riforma della disciplina della crisi d’impresa*”, circular n.º 19 del 31/10/2017

de la AIDC, <http://www.caravatipagani.it/wp-content/uploads/2017/11/Circolare-AIDC-n.19-2017-La-legge-di-delega-per-la-riforma-della-disciplina-della-crisi-dimpresa.pdf>.

<sup>17</sup> Obra citada.

titución del instituto, mediante el cual pudieran alcanzarse en forma inmediata bienes, en el sentido en que la extensión de quiebra comprende patrimonios, y la acción de responsabilidad, indemnizaciones, prescindiéndose de la derivación de nuevos pasivos sin prescindirse de la inmediatez cautelar y compromiso de bienes que caracteriza la extensión de quiebra.

La sola razón de ineffectividad del instituto no se remedia con la mera derogación so pena de justificarse en nuestro medio la supresión de la quiebra misma por la ineffectividad de nuestros procedimientos.



## **La insolvencia fraudulenta y el inexcusable deber de reparar los daños**

*María Indiana Micelli*

### **Sumario**

Frente a la insolvencia, ante los casos actuales que ponen en evidencia conductas fraudulentas, es preciso contar un sistema de responsabilidad concursal efectivo, que sancione a los administradores societarios por los daños que ocasionaron por incumplimiento de sus funciones. Contamos para ello, con una jurisprudencia concursal que viene marcando el camino al sancionar el “dolo eventual” y con el marco normativo que nos brinda el Código Civil y Comercial, a fin de que estas conductas no queden impunes y los perjudicados sin su reparación. Porque la credibilidad del sistema concursal reposa en definitiva en la confianza de sus destinatarios y en la concreta tutela de los derechos en juego.

### **I. Introducción**

En los últimos tiempos hemos asistido a concursos societarios de gran magnitud, casos resonantes con alto impacto mediático, social y político, donde se presentan sociedades carentes de activos para atender pasivos millonarios, que ponen en evidencia un manejo empresarial fraudulento por parte de quienes las administraban y representaban. Conductas que trasladadas al proceso concursal llevaron a la comisión de fraudes, desplazando jueces, eligiendo jurisdicciones, provocando un sinnúmero de nulidades, marchas y contramarchas, en detrimento de los acreedores ya que toda dilación les genera inevitablemente más daño.

Nos referimos al paradigmático caso de “Oil Combustibles SA”<sup>1</sup>, sociedad que hoy se encuentra en quiebra y nos enfrenta al análisis de las responsabilidades de quienes fueran sus administradores. Lo mismo ocurrió el año pasado con el caso “Correo Argentino SA” otro concurso con gran impacto mediático y político, que aún está pendiente de resolución. Pero a la par existen numerosos concursos tramitando que presentan circunstancias similares.

Ante ese panorama concursal, la pregunta recurrente en todos los foros de debate, es si frente a estas quiebras societarias decretadas como el caso “Oil Combustibles SA”, o bien, en quiebras a decretarse como podría ser “Correo Argentino SA” será posible la extensión de quiebra o si sus administradores serán responsables con sus patrimonios.

En términos sencillos, ¿alguien responderá a los acreedores por estos daños causados?

En respuesta a ello y en relación a lo que nos interesa aquí analizar, que es la responsabilidad de los administradores societarios por los daños y perjuicios ocasionados, podríamos decir que la respuesta será negativa, dado que el sistema concursal de responsabilidad ha demostrado por años no funcionar.

## II. La responsabilidad frente a la insolvencia societaria

La insolvencia societaria nos enfrenta a la responsabilidad patrimonial que le corresponde a quienes la administraron, al provocar, permitir o agravar el estado de cesación de pagos de la misma. Ello, en razón de no haber obrado con la debida diligencia que les cabía en el cumplimiento de sus funciones, por haber vaciado sus activos o desviado sus fondos para fines personales, por seguir el giro operativo en insolvencia, por no contar con una contabilidad regular que permita esclarecer la situación patrimonial de la sociedades, por no efectuar una presentación tempestiva en concurso preventivo o bien, no arbitrar los mecanismos de liquidación previstos en la ley de sociedades o de concursos a fin de evitar mayores daños, entre otras.

Estas conductas descriptas ejercidas a veces con desidia, impericia o negligencia, otras con culpa grave y en ocasiones con dolo, merecerán diversos reproches.

---

<sup>1</sup> CS, “Oil Combustibles SA”, 15/11/2017, La Ley, AR.JUR/78588/2017.

Así, los administradores podrán ser pasibles de sanciones pecuniarias a través de las acciones de responsabilidad patrimonial tanto societarias como concursales a fin de que reparen los daños y perjuicios ocasionados con su actuar, de sanciones penales de haber incurrido en delitos, y también de sanciones personales a través de las inhabilitaciones que les impedirá temporalmente el ejercicio del comercio y el desempeñarse como administradores societarios.

Ahora bien, en el marco del proceso falencial, cuando el producto de la liquidación se demuestra insuficiente en forma total o parcial para cubrir todos los créditos concurrentes y se comprueba que ello obedece a la conducta antijurídica desplegada por sus administradores surge la posibilidad de accionar patrimonialmente contra los mismos. Encontramos así, la “acción típica concursal” regulada en el art.173 LCQ que tiene por finalidad responsabilizar patrimonialmente a los representantes y administradores que con su actuar hayan provocado daños generadores de insolvencia. Esta es la responsabilidad que frente a los casos actuales nos interesa analizar.

### **III. Las consecuencias de un sistema de responsabilidad concursal inoperante**

Frente a la necesidad de responsabilizar a aquellos administradores que llevaron a la quiebra a sus sociedades, el problema fue la falta de operatividad del instituto, que desde la misma sanción de la ley concursal mereció razonadas críticas por la doctrina al avizorarse su posible fracaso.

Y así fue, que el deber de reparar el daño ocasionado a los acreedores por parte de quienes produjeron, facilitaron, permitieron o agravaron la situación patrimonial de la sociedad fallida o su insolvencia, se desvaneció ante pautas que imposibilitaron directamente su aplicación. Ello, principalmente, al establecerse como único factor de atribución el “*dolo*” y como recaudo de legitimación “*la autorización previa de los acreedores*” del art.119 de la LCQ, con la cual el síndico debe contar para poder iniciar la acción.

Confirma lo expresado la ausencia de precedentes que sancionaran tales conductas, determinando que durante muchos años el instituto se convierta casi en “letra muerta”. Sumado a la inexistencia de un sistema de “Calificación de Conducta” como el previsto en el régimen de la Ley 19.551, se les concedió a los administradores una

velada “impunidad” al saber que en ante estos casos no deberían responder en forma personal por los daños provocados con su actuar. La irresponsabilidad se convirtió así en la regla.

Como corolario, el sistema de responsabilidad concursal se tornó ineficiente para reparar los daños que ocasiona la insolvencia. Y si bien es cierto, que la acción concursal no excluye la operatividad y eventual promoción de otras acciones de responsabilidad patrimonial, como ser la prevista en ley dede sociedades, o incluso las del derecho común, entendemos que el sistema no puede quedar simplemente “inoperante”, por las graves consecuencias que ello determina.

#### IV. La incidencia de la normativa del Código sobre la acción concursal

El art.173 de la LCQ que regula la “acción concursal de responsabilidad” establece como único factor de atribución al dolo y conforme lo interpretación mayoritaria de la doctrina el *dolo* exigido bajo el viejo Código era el contemplado en el art. 1072 CC es decir “*el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos del otro*”<sup>2</sup>, lo cual en la práctica dificultó el progreso de esta acción, ya que probar la intencionalidad del sujeto resulta difícil de lograr para la sindicatura, legitimada activa de la acción. A esta dificultad probatoria, se le sumó que en algunos casos se pretendió la prueba “directa” de tal actuar, convirtiéndose así el dolo en una valla casi infranqueable de sortear.

A partir de la sanción del nuevo Código y su incidencia esta situación se ve reformulada.

El Código Civil y Comercial modifica este factor de atribución y contempla el “dolo eventual”, al disponerse en su art.1724: “*El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”. Y esto tiene directa incidencia en nuestra acción concursal dado que al ampliarse el concepto de dolo se abarcan un sinnúmero de conductas repro-

---

<sup>2</sup> Conf.: ROUILLON, Adolfo A, “Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522”, Ed. Astrea, Bs.As., año 2006, 15<sup>a</sup> ed., pág. 282; ESTEVEZ, Jorge A., “*La responsabilidad de los administradores ante la quiebra de la sociedad*”, LL2000-B-1256; BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E.: “*Las acciones de responsabilidad patrimonial contra terceros en la quiebra*”, en “La reforma concursal Ley 24.522- Homenaje a Héctor Cámara”; Universidad Austral, DyE, N° 4, año 1995, pág 235.

chables que antes quedaban sin sanción.<sup>3</sup>

Este dolo que se manifiesta por la “indiferencia en los intereses ajenos” se da ante la falta de la debida diligencia que debe tener un administrador societario al desempeñar sus funciones, que supone contar con idoneidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficien

te del giro empresarial, en suma lo que corresponde a un buen hombre de negocios.<sup>4</sup>

En los casos mencionados al inicio, que hoy concentran su estudio y reflexión, se observan este tipo de conductas por parte de sus administradores, con sociedades vacías de activos, pasivos millonarios, con cientos de trabajadores que quedan sin su fuente de trabajo y sin siquiera poder hacer efectivos sus pronto pagos. Por lo que, en este contexto fáctico y jurídico, entendemos que resulta procedente la formulación de la acción concursal prevista en el art.173 LCQ, siendo que estamos frente a conductas dolosas a sancionar.

Y en esta tarea, a los efectos de apreciar la existencia del dolo, el Código otorga a los jueces amplias atribuciones al momento de resolver, una discrecionalidad sujeta al deber del dictado de una decisión razonablemente fundada (art.3 CCyC), interpretando e integrando las normas concursales con las normas del derecho común.

A la par, se facilita a la sindicatura a la promoción de esta acción, al eliminarse el principal obstáculo que era el “dolo intencional” de improbable prueba, al aplicarse hoy el “dolo eventual”. Sumado a la facultad del juez a distribuir la carga de la prueba en cuantía a la culpa o al haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla (art.1735), que en los casos planteados resulta aplicable.

Todas estas reformas operadas ayudaran al planteo de esta acción concursal, en definitiva, a que el sistema torne finalmente operativo y la responsabilidad vuelva a ser la regla.

---

<sup>3</sup> MICELLI, María Indiana, La incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en la acción de responsabilidad concursal”, ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Iberoamericano de la Insolvencia”, T IV, pag. 212, Ed. Frespresa, Villa Giardino, Córdoba, octubre del 2015.

<sup>4</sup> Conf.: GERBAUDO, Germán, “El impacto del régimen de daños en las acciones de responsabilidad de los representantes en la quiebra”, ponencia presentadas en las “Jornadas Preparatorias del IX Congreso Argentino de Derecho Concursal “ organizadas por la Facultad de Derecho de la UNR y la Facultad de Derecho de la UCA, Rosario, 16 de junio de 2015.

## V. La pretoriana sanción ante el “dolo eventual”

Bajo el restrictivo marco normativo de la ley concursal y previo a la sanción del Código Civil y Comercial, surgió por vía jurisprudencial la sanción de conductas realizadas con “*dolo eventual*”, esto es, ante aquella conducta obrada con tanta desaprensión y ligereza, omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, que el autor de esa conducta no puede dejar de representarse las consecuencias derivadas de sus actos.

Este criterio emanado de las salas A y E de la Cámara Nacional Comercial logró la reparación de los daños ocasionados más allá de las vayas normativas existentes y sin dejar de lado la aplicación del régimen concursal vigente. Precedentes que abrieron el camino para que todas aquellas conductas obradas con una “*culpa de una gravedad tal que no puede sino asimilarse al dolo*” no queden sin sanción.<sup>5</sup>

Con tal argumento, la sala E de la Cámara Nacional Comercial resolvió: “*Es procedente la acción de responsabilidad concursal - art. 173, ley 24.522- promovida contra el presidente de una sociedad anónima fallida cuyos activos -en el caso, por más de \$16.000.000- no pudieron ser constatados luego de decretarse la quiebra, pues era su responsabilidad mantener dichos bienes en el patrimonio del ente jurídico, de modo de no producir o permitir que se produjera una situación de insolvencia, por lo que su conducta omisiva representa un obrar fraudulento que equivale a haber participado activamente en la distracción de activos*”.<sup>6</sup>

Y con similar criterio la sala A, dispuso: “*Es procedente la acción de responsabilidad concursal -art. 173, ley 24.522- promovida contra el vicepresidente de una sociedad anónima fallida cuyos activos no pudieron ser constatados luego de decretarse la quiebra, pues era su responsabilidad mantener dichos bienes en el patrimonio del ente, de modo de no producir o permitir que se produjera una situación de insolvencia, con lo cual su conducta omisiva representa un obrar fraudulento que equivale a haber participado activamen-*

<sup>5</sup> MICELLI, María Indiana, “La responsabilidad de los administradores societarios. El dolo eventual como factor de atribución”, El Derecho Digital on line, septiembre de 2013.

<sup>6</sup> CNCom., sala E, 16/03/2010, “Vanguardia Seguridad Integral Empresaria y Privada S.A. s/quiebra c. Fusaro, Teodoro Pablo”, La Ley Online; AR/JUR/12941/2010.

*te en la distracción de activos . La conducta del vicepresidente de una sociedad fallida de desligarse de las obligaciones que emanaban del cargo que detentaba, dejando su cumplimiento en manos de un tercero, así como la omisión de efectuar el debido control respecto a la suerte de los activos societarios y la ubicación de los libros y documentos sociales, no pudo razonablemente tener otra justificación que la de “permitir” la insolventación del ente, máxime teniendo en consideración que se trata de un abogado, lo cual permite concluir que su conducta ingresa en el plano del dolo eventual. Para la procedencia de la acción de responsabilidad prevista en el art. 173 de la ley 24.522 debe acreditarse un obrar doloso en el sentido del derecho civil -acto ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar a la persona o los derechos del otro-, que tenga relación de causalidad con la situación patrimonial del fallido y produzca un daño consistente en la insuficiencia del activo liquidado para satisfacer íntegramente a los acreedores.”<sup>7</sup>*

En el mismo sentido, la sala A resolvió: *“Debe confirmarse la sentencia que hizo lugar a la demanda instaurada por el síndico de una quiebra en los términos del 2° párr. del art. 173 de la Ley 24.522, pues, no sólo se encuentra acreditado el obrar doloso del demandado que exige dicha norma como requisito ineludible para la configuración de la responsabilidad en cuestión, sino también la relación de causalidad entre éste y el daño provocado a la quiebra, ya que con motivo del certificado falso extendido por el contador público demandado dirigido a aparentar la presencia de un activo inexistente pudo la quebrada obtener un seguro de caución, cuyo incumplimiento dio lugar a que dicho crédito terminara siendo verificado en el concurso, provocando un agravamiento del pasivo falimentario...Todas estas circunstancias llevan a que la conducta sub-examine ingrese en el plano de lo que se conoce como dolo eventual, esto es, aquella conducta obrada con tanta desaprensión y ligereza, omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, que el autor de esa conducta no puede dejar de representarse las consecuencias derivadas de sus actos: en otras palabras una culpa de una gravedad tal que no puede sino asimilarse al dolo.”<sup>8</sup>*

Y finalmente, en un reciente fallo dictado ya bajo el nuevo Código Civil y Comercial, la sala E de la Cámara Nacional Comercial sostu-

<sup>7</sup> CNCom., sala A, 20/08/2009, “Bratar SA c.Rocca, Bernardo Enrique s/ordinario”; La Ley Online, AR/JUR/36491/2009.

<sup>8</sup> CNCom., sala A, 12/03/2008, “Ponce, Nuri Juana c/ Ojeda, Alejandro Fidel” La Ley Online, AR/JUR/4600/2008.

vo, *“En casos en que se intenta responsabilizar al director de una sociedad anónima, el dolo a que alude la ley puede ser también el de carácter eventual máxime cuando la norma inherente no lo descarta. Una interpretación contraria del precepto lo tornaría difícil de aplicación, sobre todo, si se tiene en cuenta el carácter subjetivo del dolo”. Y se agrega, “en casos en lo que no se ha suministrado respuestas idóneas sobre cuál fue el destino del activo social, se impone concluir que ha mediado incumplimiento de deberes y que el accionar resulta asimilable al dolo exigido por el art.173 LCQ”*<sup>9</sup>

En suma, este criterio jurisprudencial que surge bajo la normativa del viejo Código hiso posible y efectivo el sistema de responsabilidad concursal, y hoy encuentra su respaldo en el art.1724 del Código Civil y Comercial, que al ampliar el concepto de dolo permite abarca a conductas perjudiciales que antes parecían quedar sin sanción, a través del “dolo eventual”. Un valioso camino pretoriano a seguir.

## **Conclusión**

Frente a la insolvencia, ante los casos actuales que ponen en evidencia conductas fraudulentas, es preciso contar un sistema de responsabilidad concursal efectivo, que sancione a los administradores societarios por los daños que ocasionaron por incumplimiento de sus funciones. Contamos para ello, con una jurisprudencia concursal que viene marcando el camino al sancionar el “dolo eventual” y con el marco normativo que nos brinda el Código Civil y Comercial, a fin de que estas conductas no queden impunes y los perjudicados sin su reparación. Porque la credibilidad del sistema concursal reposa en definitiva en la confianza de sus destinatarios y en la concreta tutela de los derechos en juego.

---

<sup>9</sup> CNCom, sala E, “Bepez, AS s/queibra c/Levy Augusto, Claudio José s/Ordinario”, Microjuris on line, MJ-JU-M-100465-AR.

## Revocatoria concursal. Prueba del conocimiento del estado de cesación de pagos

*Lucio Mierez<sup>1</sup>*

### Sumario

“No se exige por parte del tercero cocontratante de la cesación de pagos del deudor, un conocimiento terminante y completo, pues éste lo tiene generalmente solo el deudor, pero no basta saber por rumores o comentarios. El tercero deberá conocer, al menos aproximadamente, la real situación del deudor que se tipificará por la presencia de alguno de los hechos reveladores de la cesación de pagos”<sup>2</sup>.-

Si bien el accionante puede valerse de cualquier medio de prueba para acreditar tal conocimiento, en la práctica difícilmente pueda valerse de prueba directa. Parecería que esta tarea ardua torna –en la práctica – inviable la posibilidad de recomponer el patrimonio del quebrado. Pero ahí es donde entra a jugar la prueba indirecta: la presuncional.-

“Lo que el plexo concursal pretende es la acreditación de un juego –siempre dinámico y concreto- de “presunciones” e “indicios” de que el deudor (luego fallido) se hallaba cesante en sus pagos”<sup>3</sup>. Prueba que debe ser positiva, rigurosa y convincente<sup>4</sup>. No se trata de una presunción o indicio simple, vago; sino –tal como señala la

---

<sup>1</sup> Abogado. Teléfono celular: 0351-153-058442. Dirección: Tucumán N° 26, 5to. Piso, B° Centro, ciudad de Córdoba. CP 5000. E-mail: [lucio\\_mierez@hotmail.com](mailto:lucio_mierez@hotmail.com).-

<sup>2</sup> Horacio Augusto Grillo, período de Sospecha en la ley de concursos – Efectos retroactivos de la quiebra – editorial Astrea, año 1988, pág. 169; CNCom, sala B, 13/8/51, LL, 64-138.-

<sup>3</sup> Francisco Junyent Bas – Carlos A. Molina Sandoval, Sistema de ineficacia concursal, La retroacción en la quiebra, Editorial Rubinzal – Culzoni, año 2002, pág. 236/237.-

<sup>4</sup> CNCom., sala C, 8-3-82, ED 99-204.-

jurisprudencia<sup>5</sup>- que tales elementos indiciarios han de ser plurales, precisos, graves y concordantes, pues de otro modo no es factible alcanzar convicción.

Entonces, ¿que debe probar el actor? Según el caso concreto será donde o en que deberá poner énfasis, ya que determinadas circunstancias fácticas corroboraran la existencia del conocimiento del estado de cesación de pagos.

El actor deberá partir de una afirmación base: **EL INDICIO**, el que deberá acreditar en el juicio. A partir de él podrá probar indirectamente el hecho incierto que se tiende corroborar: conocimiento del tercero del estado de cesación de pagos en que se encontraba el fallido al momento de contratar. Estos indicios es de donde parte el actor, desde el cual si aconteciere un nexo grave y convincente con el hecho incierto. Es así como en el caso que tratamos ciertos **vínculos** entre los contratantes en el negocio pueden convencer al magistrado, según las reglas de la experiencia, de que el hecho incierto existió. En el caso podría el vínculo de *amistad o afinidad* probar indirectamente el conocimiento del tercero, pero si puede ser profesional, como que el futuro fallido realice actos con su contador, abogado, socio o incluso empleado.-

## Introducción

El ordenamiento concursal regula mecanismos para la recomposición del patrimonio del fallido. Dentro de estos encontramos la ineficacia concursal, cuyo fin perseguido es que los bienes que componen el activo del deudor fallido que hayan salido indebidamente de su patrimonio -mediante actos jurídicos que contraríen el principio *pars condicio creditorum*- regresen a su origen para que los acreedores concursales “tengan con qué cobrarse”. Dentro de la ineficacia concursal existe la acción revocatoria de los arts. 119 y 120 de la LCQ, que persiguen la inoponibilidad de los actos jurídicos celebrados por el fallido y terceros, dentro del período de sospecha (excluidos los casos expresamente comprendidos en el art. 118), con conocimiento de dichos terceros del estado de cesación de pagos del fallido que causen perjuicio a los acreedores concursales. El Art. 119 de la LCQ establece como presunción *iuris tantum* el perjuicio de referencia, y por ende será el tercero citado en juicio quien deberá acreditar la falta de perjuicio; pero por otro lado ***recae sobre el***

<sup>5</sup> C1<sup>o</sup>CCom. De San Nicolás, 14-5-96, ED 174-363.-

***accionante –sindicó o acreedor interesado- la prueba del conocimiento del estado de cesación.*** Éste tema es sobre el cual trata la presente ponencia, prueba de difícil producción, en donde la ley no profundiza ni reglamenta, y en consecuencia la doctrina y jurisprudencia se ha expedido para llenar este vacío legal.

La Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, en su art. 19, 1er. Párrafo dice:

Actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos. Los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio.

### **Recaudos de procedencia**

Es así que “existen tres recaudos de procedencia: **i)** que el acto haya sido otorgado en período de sospecha; **ii)** que el cocontratante del fallido hubiera tenido conocimiento de la cesación de pagos de éste al tiempo de contratar; **iii)** que el acto cause perjuicio a los acreedores.

El perjuicio puede provenir de la enajenación de bienes que han desaparecido del patrimonio del deudor cuanto de la mera violación de la igualdad de acreedores”<sup>6</sup>.-

De manera indirecta -porque no lo dice el art. 119 sino que surge de todo el ordenamiento legal concursal- pueden incluirse como presupuestos de la acción:

**iv)** “La previa sentencia de quiebra y su subsistencia al momento del inicio de la acción (la conversión de la quiebra en concurso torna inaplicable la revocatoria ya que acciones de esta naturaleza son incompatibles con el concurso preventivo)”<sup>7</sup>;

**v)** “La onerosidad del acto los de naturaleza gratuita (todo tipo de

<sup>6</sup> Rivera –Roitman – Vítolo – Concursos y Quiebras – Ley 24.522, Análisis exegético de la ley, concordancias con la ley derogada, Editorial Rubinzal – Culzoni – año 1995, pag.188; Rivera –Roitman – Vítolo – Ley de Concursos y Quiebras – Tomo II – Artículos 77 a 171 - Editorial Rubinzal – Culzoni, año 2000, pág. 196.-

<sup>7</sup> Rivera –Roitman – Vítolo – Ley de Concursos y Quiebras – Tomo II – Artículos 77 a 171 - Editorial Rubinzal – Culzoni, año 2000, pag.196.-

liberalidades, etc.) son alcanzados por la ineficacia de pleno derecho (art. 118, LCQ)<sup>8</sup>.

vi) “Determinación firme de la sentencia que fija la fecha inicial de insolvencia”<sup>9</sup>.-

vii) “Subsistencia de acreedor (o acreedores)”<sup>10</sup>.-

### Momento del conocimiento

Tal como explican los notables juristas citados en el párrafo anterior, al enumerar el segundo recaudo de procedencia de la revocatoria concursal, cuando el artículo 119 de la LCQ dice: “*si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor*”, se debe interpretar que dicho conocimiento exista al tiempo de la celebración del negocio jurídico<sup>11</sup>. Claro es que, demostrado que el tercero conoció el estado de cesación de pagos al tiempo de la celebración del negocio jurídico impugnado, procederá la declaración de inoponibilidad. Tampoco procederá cuando el tercero demostrara, más allá de toda duda, que su conocimiento de la cesación de pagos es posterior a la celebración del acto, o que él se produjo entre el momento indicado y el de la ejecución del negocio jurídico. Tal solución que se extrae del apartado final del art. 969 del Código Civil, pues la complicidad del tercero se presume si al momento de tratar con el deudor conocía su estado de insolvencia<sup>12</sup>.

### Exclusión de los casos taxativos del art. 118.-

Los actos jurídicos enumerados por el artículo 118 son pasibles de la ineficacia de pleno derecho, quedando excluidos de la revocatoria concursal del Art. 119, ya que este último dice “los demás<sup>8</sup>; Rivera –Roitman – Vítolo – Ley de Concursos y Quiebras – Tomo II – Artículos 77 a 171 - Editorial Rubinzal – Culzoni, año 2000, pag.196.-

<sup>9</sup> Francisco Junyent Bas – Carlos A. Molina Sandoval Ley de Concursos y Quiebras – 214.522- Tomo II (arts. 77 a 297) Tercera edición, Edit. Abeledo Perrot, año 2011, pág. 159.-

<sup>10</sup> Francisco Junyent Bas – Carlos A. Molina Sandoval Ley de Concursos y Quiebras – 214.522- Tomo II (arts. 77 a 297) Tercera edición, Edit. Abeledo Perrot, año 2011, pág. 160.-

<sup>11</sup> Garaguso, Ineficacia Concursal, Nulidades, revocatorias e inaplicabilidad de normas o pactos lícitos, editorial Depalma, Año 1981, Pág.155.

<sup>12</sup> Garaguso, Ineficacia Concursal, Nulidades, revocatorias e inaplicabilidad de normas o pactos lícitos, editorial Depalma, Año 1981, Pág.155/156.

actos perjudiciales...” refiriéndose residualmente a los demás casos.

*Artículo 118.- Actos ineficaces de pleno derecho. Son ineficaces respecto de los acreedores los actos realizados por el deudor en el período de sospecha, que consistan en:*

- 1) *Actos a título gratuito;*
- 2) *Pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad;*
- 3) *Constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía.*

*La declaración de ineficacia se pronuncia sin necesidad de acción o petición o expresa y sin tramitación. La resolución es apelable y recurrible por vía incidental.*

No necesitan (aunque no está prohibido) de acción o petición expresa (de síndico o acreedor) como tampoco de tramitación (tampoco prohibida). Además resulta relevante destacar que en estos supuestos taxativos no es necesario probar el conocimiento del estado de cesación de pagos por parte del tercero que haya contratado con el fallido. Aunque si deberá estar acreditado, de alguna manera, que el acto que se tiende a declarar ineficaz encuadra dentro de alguno de los tres supuesto (incisos) mencionados.-

### **Necesidad o no del Fraude. ¿Es lo mismo que conocimiento del estado de cesación de pagos?**

La doctrina y jurisprudencia, casi de manera unánime, desecha que el fraude sea requisito de procedencia de la revocatoria concursal.

Cito algunos de los sólidos argumentos que enseñan los profesores cordobeses F. Junyent Bas y C. A. Molina Sandoval:

- i) “En primer lugar, la carencia de norma que exija tal recaudo”. “La actual LC introdujo – respondiendo a la polémica doctrinaria y jurisprudencia- la condición del perjuicio”<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Francisco Junyent Bas – Carlos A. Molina Sandoval, Sistema de ineficacia concursal, La retroacción en la quiebra, Editorial Rubinzal – Culzoni, año2002, pág. 229.-

ii) “En segundo término, pues implicaría un pesado extremo probatorio que desvanecería la diferenciación entre el régimen civil y el concursal<sup>14</sup>”.-

“Esta ausencia del presupuesto de fraude es justamente la que le otorga al sistema de inoponibilidad concursal mayor eficacia que a la acción revocatoria pauliana que requiere indefectiblemente de la acreditación del *consilium fraudis*”<sup>15</sup>.-

iii) “Cuando la LC ha querido incluir el fraude como presupuesto de admisibilidad de una acción así lo ha hecho expresamente”<sup>16</sup>.

iv) “Ni siquiera se puede hablar de presunción iuris et de iure. Para que una presunción exista en el ordenamiento debe estar expresamente establecida”<sup>17</sup>.-

En fin no es necesaria la acreditación del fraude, sólo es necesario acreditar el conocimiento del estado de cesación de pagos.

### **Prueba del conocimiento del estado de cesación de pagos**

Tal como explica Alegría: “el legislador exige el conocimiento del tercero, el que debe ser real, preciso y concreto y debe ser demostrado por el legitimado activo que lo invoque”<sup>18</sup>.

“El conocimiento requerido del tercero se refiere a la cesación de pagos, no a la fecha precisa en que se inicia tal estado”<sup>19</sup>.-

“No se exige por parte del tercero cocontratante de la cesación de pa-

---

<sup>14</sup> Francisco Junyent Bas – Carlos A. Molina Sandoval, Sistema de ineficacia concursal, La retroacción en la quiebra, Editorial Rubinzal – Culzoni, año2002, pág. 229/230.-

<sup>15</sup> Francisco Junyent Bas – Carlos A. Molina Sandoval, Sistema de ineficacia concursal, La retroacción en la quiebra, Editorial Rubinzal – Culzoni, año2002, pág. 228.-

<sup>16</sup> Francisco Junyent Bas – Carlos A. Molina Sandoval, Sistema de ineficacia concursal, La retroacción en la quiebra, Editorial Rubinzal – Culzoni, año2002, pág. 230.-

<sup>17</sup> Francisco Junyent Bas – Carlos A. Molina Sandoval, Sistema de ineficacia concursal, La retroacción en la quiebra, Editorial Rubinzal – Culzoni, año2002, pág. 230.-

<sup>18</sup> Alegría, Héctor, Consideraciones sobre el fraude y el perjuicio en la inoponibilidad concursal, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4, Fraudes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 323 y ss.-

<sup>19</sup> Horacio Augusto Grillo, período de Sospecha en la ley de concursos – Efectos retroactivos de la quiebra – editorial Astrea, año 1988, pág. 169; CNCom, sala B, 13/8/51, LL, 64-138.-

gos del deudor, un conocimiento terminante y completo, pues éste lo tiene generalmente solo el deudor, pero no basta saber por rumores o comentarios. El tercero deberá conocer, al menos aproximadamente, la real situación del deudor que se tipificará por la presencia de alguno de los hechos reveladores de la cesación de pagos”<sup>20</sup>.-

Si bien el accionante puede valerse de cualquier medio de prueba para acreditar tal conocimiento, en la práctica difícilmente pueda valerse de prueba directa. Parecería que esta tarea ardua torna –en la práctica – inviable la posibilidad de recomponer el patrimonio del quebrado. Pero ahí es donde entra a jugar la prueba indirecta: la presuncional.-

“Lo que el plexo concursal pretende es la acreditación de un juego –siempre dinámico y concreto- de “presunciones” e “indicios” de que el deudor (luego fallido) se hallaba cesante en sus pagos”<sup>21</sup>. Prueba que debe ser positiva, rigurosa y convincente<sup>22</sup>. No se trata de una presunción o indicio simple, vago; sino –tal como señala la jurisprudencia<sup>23</sup>- que tales elementos indiciarios han de ser plurales, precisos, graves y concordantes, pues de otro modo no es factible alcanzar convicción.

Entonces, ¿que debe probar el actor? Según el caso concreto será donde o en que deberá poner énfasis, ya que determinadas circunstancias fácticas corroboraran la existencia del conocimiento del estado de cesación de pagos.

El actor deberá partir de una afirmación base: **EL INDICIO**, el que deberá acreditar en el juicio. A partir de él podrá probar indirectamente el hecho incierto que se tiende corroborar: conocimiento del tercero del estado de cesación de pagos en que se encontraba el fallido al momento de contratar. Estos indicios es de donde parte el actor, desde el cual si aconteciere un nexo grave y convincente con el hecho incierto. Es así como en el caso que tratamos ciertos **vínculos** entre los contratantes en el negocio pueden convencer al magistrado, según las reglas de la experiencia, de que el hecho incierto **existió**. En el caso podría el vínculo de *amistad o afinidad* probar

<sup>20</sup> Horacio Augusto Grillo, período de Sospecha en la ley de concursos – Efectos retroactivos de la quiebra – editorial Astrea, año 1988, pág. 169; CNCom, sala B, 13/8/51, LL, 64-138.-

<sup>21</sup> Francisco Junyent Bas – Carlos A. Molina Sandoval, Sistema de ineficacia concursal, La retroacción en la quiebra, Editorial Rubinzal – Culzoni, año2002, pág. 236/237.-

<sup>22</sup> CNCom., sala C, 8-3-82, ED 99-204.-

<sup>23</sup> C1ª CCom. De San Nicolás, 14-5-96, ED 174-363.-

indirectamente el conocimiento del tercero, ya que sería poco serio que un bien que formaba parte del patrimonio del deudor, piénsese en el inmueble donde vivía el fallido y su familia, pase –dentro del período de sospecha- a formar parte del patrimonio de su padre o madre o hermano o amigo. Otro indicio que denotaría aún más la existencia de conocimiento sería que el deudor y su familia sigan viviendo allí. O bien, la transferencia de un automotor desde el patrimonio del quebrado a un tercero amigo, y en donde este último solicita dos tarjetas azules a favor del quebrado y su mujer puedan circular con el automóvil. Si a ambos casos, se le suma que no hubo acreditación de entrega de dinero, no hubo transferencia bancaria, o la imposibilidad o improbabilidad de que el tercero pueda disponer de la suma de dinero necesaria para realizar el negocio jurídico de que se trata. También puede considerarse un indicio de conocimiento, la venta de un bien por un precio vil, o su entrega a cambio (permuta) de un bien de mucho menos valor al primero, o el pago de una deuda de un monto importantemente inferior a los bienes que se entregan. Puede que el vínculo no sea de amistad o parentesco, pero si puede ser profesional, como que el futuro fallido realice actos con su contador, abogado, socio o incluso empleado, estos últimos por su relación con el primero pueden conocer el estado de sus finanzas. Piénsese que un empleado gerencial de una empresa del quebrado, y me refiero a empresa como persona jurídica, sino en sentido de emprendimiento como ser un taller mecánico, un restaurante o una fábrica de zapatos. El primero recibe en propiedad numerosos bienes del fallido, ahí el actor deberá aportar el vínculo del empleado con el último de los nombrados (indicio), concomitantemente si es posible a la antigüedad del empleado, la confianza, las tareas que realizaba, la independencia que tenía para tomar ciertas decisiones

**Jurisprudencia. Ejemplos:** Situaciones en donde se prueba la existencia de vínculos de amistad entre lo contratantes, y la particularidad de que el fallido permaneció en la ocupación del bien luego de su enajenación, hacen concluir que hubo conocimiento<sup>24</sup>. O bien, la relación de afinidad entre vendedor y comprador como un indicio serio de conocimiento de la cesación de pagos<sup>25</sup>.- Otro caso, el cono-

<sup>24</sup> (Dictamen del fiscal de Cámara)(CNCom., sala A, 26-12-97, “Ferrero, Saúl s/ Quiebra c /Manfisa Mandataria y Financiera SA -Hoy Manfi SA-”, ED del 21-4-99; Revista de Derecho Privado y comunitario, N° 21, Derecho y Economía, sec. Jurisp., ps. 455 y 456).-

<sup>25</sup> (CCCom. De Santa FE, sala II, 2-7-99, “Cavallero, Raúl [sindicado] c/Fasail, Emilio y Otro s/Ordinario” Z. del 8-3-2000, N° 6382, t 82, 9.1 Rosario, reseña de fallos,

cimiento (por parte del tercero cocontratante) del escaso movimiento económico y los conflictos laborales de la posteriormente fallida, la asunción por parte de la demandada (tercero cocontratante) de las deudas remuneratorias del personal de la primera y la adquisición del inmueble donde se hallaba la mercadería vendida<sup>26</sup>.-

## Conclusiones

1) Es necesario que: i) el acto haya sido otorgado en período de sospecha; ii) el cocontratante del fallido hubiera tenido conocimiento de la cesación de pagos; iii) el acto cause perjuicio a los acreedores.

2) Los casos enumerados en el art. 118, valga la redundancia, quedan excluidos del art. 119, de manera que el último artículo funciona de manera residual, exigiendo la ley la prueba del conocimiento del estado de cesación de pagos.-

3) Dicho conocimiento debe acontecer al momento en que el tercero celebra el acto con el fallido.-

4) No es necesario el fraude, simplemente el conocimiento.-

5) El conocimiento del tercero debe ser real, preciso y concreto y debe ser demostrado por el legitimado activo que lo invoque.

6) No se exige un conocimiento terminante y completo, pero no basta saber por rumores o comentarios. El tercero deberá conocer, al menos aproximadamente, la real situación del deudor que se tipificara por la presencia de alguno de los hechos reveladores de la cesación de pagos.-

7) El accionante puede valerse de cualquier medio de prueba, aunque en la práctica difícilmente pueda valerse de prueba directa.

8) Puede probarse mediante prueba indirecta: la presuncional. Prueba que debe ser positiva, rigurosa y convincente. Los elementos indiciarios han de ser plurales, precisos, graves y concordantes.

9) El actor debe probar acabadamente, mediante prueba directa, el/los indicio/s desde donde partirá su prueba presuncional.

10) Dicho/s indicio/s debe/n un nexo grave con el conocimiento y revista de derecho Privado y comunitario, N<sup>o</sup> 2000-1 sec. Jurisp. Concursos, ps. 466/467).-  
<sup>26</sup> (CNCom. Sala C, 30-12-94, Ed 165-38).

to del tercero del estado de cesación de pagos del fallido, que permita inferir con convicción según las reglas de la experiencia que el hecho incierto existe.-

**11)** El accionante podrá valerse de la existencia de vínculos que tengan el fallido y el tercero cocontratante para probar que de esa relación se infiere que hubo conocimiento por parte del último de los nombrados de que el primero se encontraba en estado de cesación de pagos al momento de contratar. Dichos vínculos (indicios) pueden ser relaciones de amistad, de parentesco, laborales y/o comerciales (contador, abogado, empleados).-

## La Transferencia de Fondo de Comercio ante la quiebra del enajenante

*Javier M. Mirande y Juan P. Orquera*

### Sumario

1. Toda TFC, implica la transferencia de una empresa en marcha, lo cual, a su vez, importa, una serie de efectos jurídicos en las relaciones jurídicas preexistentes:
  - a. El concepto jurídico de Fondo de Comercio está consolidado, legislativa y doctrinariamente;
  - b. El procedimiento establecido por la ley 11.867, no es obligatorio, ni el único posible para transferir una empresa en marcha:
  - c. Elegido, dicho procedimiento la ley referida establece una serie de requisitos que deben ser satisfechos, para que resulten aplicables los efectos jurídicos buscados;
  - d. El referido procedimiento contempla implícitamente el equilibrio en la ecuación patrimonial;
2. A tal efecto, la ley 11.867, establece un procedimiento para determinar pasivos, declarados (art. 2º) o insinuados (art. 4º), pero además tiene un sistema de salvaguarda por el cual *no podrá efectuarse ninguna enajenación...por un precio inferior al de los créditos confesados por el vendedor, más el importe de los créditos no confesados, pero cuyos titulares hubieran hecho la oposición* (art. 4º), *salvo el caso de conformidad de la totalidad de los acreedores* (art. 8º); y como reaseguro, *se presumen simuladas juris et de jure las entregas que aparezcan efectuadas a cuenta o como seña que hubiere hecho el comprador al vendedor y en tanto cuanto ellas puedan perjudicar a los acreedores* (art. 9º).

3. De ese modo se protege a los terceros y al tráfico mismo, y se prescribe un procedimiento eficiente para evidenciar “pasivos ocultos” y/o contingencias;
4. Vemos que el sistema, comparte con el procedimiento legal de gestión de insolvencia de la ley 24. 522:
  - a. Un trámite con efecto universal para transferir empresas en marcha (art. 2º);
  - b. Dentro de este, un procedimiento para identificar pasivos, sean confesados, sean insinuados por los proveedores u otros acreedores del fondo en transacción (activos-pasivos);
  - c. Sistema multilateral de control de los interesados;
  - d. Responsabilidad de los contratantes y “funcionarios” intervinientes en caso de incumplimiento, *por el importe de los créditos que resulten impagos, como consecuencia de aquéllos y hasta el monto del precio de lo vendido*;
  - e. La aplicación del régimen de la ley 11.867, produce la caída de los plazos de los créditos, aun los que no sean de plazo vencido;
  - f. Por ello concluimos que cumpliéndose el trámite que impone la ley 11.867, no se cumplirían los requisitos que establece el art. 119 LCQ, tornándose inviable la acción de recomposición;

Por tanto, mocionamos;

1. Que este procedimiento sea contemplado como una vía de instrumentación de un APE u otra forma de reestructuración de pasivos;
2. Que, en caso de ser aplicado satisfactoriamente, sea tenido en cuenta como una presunción de transferencia de buena fe, no susceptible de ser alcanzado por los efectos contemplados en los arts. 118 y 119, LCQ;
3. Que en protección del régimen, su aplicación no obste a la

legitimación de la sindicatura como denunciante y/o querellante en caso de comisión de algún ilícito penal vinculado con la insolvencia fraudulenta<sup>1</sup>, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles por recomposición;

## Desarrollo

Desde hace tiempo el concepto de Fondo de Comercio y sus elementos constitutivos, está consolidado<sup>2</sup>. Asimismo, el procedimiento previsto en la ley 11.867 es generalmente aceptado como un mecanismo idóneo –exitoso– para proteger a los acreedores de ese Fondo de Comercio. Ahora bien, la cuestión se plantea cuando el enajenante luego cae en quiebra y la sindicatura advierte que ese activo ya no se encuentra en el patrimonio. No es una hipótesis de gabinete y cabe su análisis y, en su caso, la solución.

Tanto el art. 118 como el 119 LCQ sancionan con la inoponibilidad del acto debatido respecto de la masa pasiva.

---

<sup>1</sup> La promoción de la acción social de responsabilidad, con posterioridad a la quiebra, corresponde al síndico concursal (Rouillon, Adolfo A. N. 1999. Régimen de Concursos y Quiebras, Buenos Aires, Astrea, 8ª edición, 1ª reimpresión, p. 247. En igual sentido Bergel, Salvador D. Responsabilidad de terceros en la quiebra (artículos 166 al 169 de la Ley N° 19.551). JA, 1981-I-747; Bergel, Salvador D. y Paolantonio, Martín E. Las acciones de responsabilidad patrimonial contra terceros en la quiebra. D y E, 4, p. 244). De allí que la función procesal de actor incumbe al síndico concursal. No sería discrecional para éste constituirse en esa posición para incoar la demanda respectiva. Bergel califica su promoción como un poder-deber, y prevé que la exposición en el informe del artículo 39 LCQ sobre la conducta de administradores como incurso en culpa y fraude, sin la tempestiva promoción de las acciones que correspondan –incluida su obligación de denunciar, como en este caso– puede importar mal desempeño del funcionario. Un efecto mucho más claro en este sentido lo tendría la existencia de imputaciones a estos responsables vertidas en el capítulo que satisficiera el inciso 7º del artículo 39 y sus consecuentes facultades conferidas expresamente por los artículos 142 y 275 de la Ley de Concursos y Quiebras. Es así facultad privativa del síndico intervenir como particular damnificado en los procesos incoados por delitos que afectan el activo de la falencia, excluyendo la intervención de los acreedores verificados, quienes se encuentran impedidos de asumir ese rol (art 142 y 275 LCQ). El síndico está facultado y obligado ministerio legis a cumplir con estos actos, como denunciar, asumir el rol de querellante, por mandatos legales de los artículos 109, 110, 142, 182, 275 y conc. LCQ. (Sanz Navamuel, Matías; Revista de las Sociedades y Concursos; 31-10-2007; Cita: IJ-XXIX-653)

<sup>2</sup> Balbín, Sebastián; Apuntes de Derecho Societario. Capítulo V - Fondo de Comercio; IJ Editores - Argentina; 03-10-2011; IJ-L-601;

- a) El art. 119 LCQ, establece los requisitos para la procedencia de la acción de ineficacia: 1) acto otorgado durante el período de sospecha; 2) realizado con conocimiento del adquirente del estado de cesación de pagos del enajenante y 3) perjuicio para la masa. Y, este daño se presume, dado que se pone en cabeza del tercero adquirente probar que el acto no produjo perjuicio (v. 1er. Parr., in fine)<sup>3</sup>;
- b) Si, el luego fallido, hubiere enajenado un Fondo de Comercio, siguiendo el procedimiento establecido en la ley 11.867, existe la certidumbre de que la venta, no se pudo efectuar por un precio inferior al monto total de los pasivos declarados e insinuados (art. 8, Ley TFC<sup>4</sup>) y entonces no puede existir perjuicio para la masa en los términos del art. 119 LCQ, pues la simple enajenación de ese activo, y la correlativa satisfacción de los pasivos y/o su refinanciación, obsta a la configuración del tipo que autoriza la revocación, por conocimiento del estado de cesación de pagos. Pues, para que se configure el presupuesto, el acto debe ser perjudicial respecto del patrimonio del deudor. Dicho de otra forma, si el enajenante, luego declarado en quiebra, recibió la contraprestación equivalente al valor del bien transferido, el perjuicio no emanaría del acto de transferencia propiamente dicho, sino y en su caso, de lo que posteriormente el *tradens* hiciera con el precio recibido;
- c) Resulta poco probable –imposible- encontrar pruebas

---

<sup>3</sup> Aunque el Dr. Heredia en su tratado, sostiene que la manda legal no releva al síndico de acreditar la incidencia del acto impugnado en la disminución del activo frente al pasivo verificado y costos del proceso (Heredia, P., Tratado Exegético de Derecho Concursal, T. 4, página 249); porque constituye un hecho constitutivo de la pretensión de inoponibilidad y que, como tal, debe ser acreditado por quien demanda (Rosenberg, Leo; La carga de la prueba, página 61; Carlo Carli, La demanda civil, página 84).

<sup>4</sup> Art. 8º-No podrá efectuarse ninguna enajenación de un establecimiento comercial o industrial por un precio inferior al de los créditos constitutivos del pasivo confesado por el vendedor, más el importe de los créditos no confesados por el vendedor, pero cuyos titulares hubieran hecho la oposición autorizada por el artículo 4º, salvo el caso de conformidad de la totalidad de los acreedores. Estos créditos deben proceder de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo.

directas del conocimiento del estado de cesación de pagos del enajenante<sup>5</sup>, de allí que se recurra a presunciones<sup>6</sup>, porque, el adquirente puede conocer incumplimientos u omisiones, etc., del enajenante, pero no tiene forma de conocer su imposibilidad de afrontar regularmente sus obligaciones a menos que realice un minucioso *due diligence*<sup>7</sup>, no sólo legal, si no, sobre todo, contable. A través de este análisis, que puede incluir la preparación de estados financieros especiales<sup>8</sup> y la confección de tests de solvencia y liquidez

<sup>5</sup> Forastieri, Jorge A., La prueba del conocimiento del estado de cesación de pagos; JA 1983-I-747.

<sup>6</sup> "...a fin de cumplir con tal carga probatoria, es la consecución de presunciones graves precisas y concordantes, cuya entidad supere el umbral de los meros indicios, los que no son suficientes para demostrar, por sí solos, el conocimiento del estado de cesación de pagos. Este tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que para que proceda el razonamiento de presunciones debe existir una conexión íntima entre el hecho demostrado y el que se pretende probar, la cual si bien no proporciona la certeza absoluta, sí despeja todo resquicio de duda razonable acerca de la existencia de este último" (Conf. CNCom. esta Sala, 30/04/2013 "Bco. Extrader S.A. s/ quiebra c. Fortunato Bonelli y Cía. S.A. s/ ordinario."; id. 03/12/2013, "Danpe S.R.L. c. Petrobras Energía S.A. s/ ordinario"; id. 13/11/2012, "Pizzabiocche Jorge contra HSBC Bank Argentina S.A. sobre ordinario"; id., 16/09/2014 "Siglo Sexto S.A. c. HSBC Bank Argentina S.A. s/ ordinario"; Leguisamón H., "Las presunciones judiciales y los indicios", cap. IX, nro. A.2, p. 92, ed. 1991), en Cám. Nac. Com. Sala D: Morales, María Luisa c. Banco Credicoop Coop. Ltda. y otros s/ ordinario; 17/03/2015; Cita: AR/JUR/1712/2015. También, Cám. Nac. Com., Sala A; Lew, Zalmon v. Pérez, Andrea N.; 24/11/2008; Cita: 70051378.

<sup>7</sup> La expresión *due diligence*, literalmente "diligencia debida", tiene en derecho anglosajón diversas acepciones. En el caso que nos ocupa, el diccionario Merriam-Webster la define como "*investigación y análisis de una compañía u organización realizada en preparación de una transacción comercial, como una fusión o compra de acciones*" (*research and analysis of a company or organization done in preparation for a business transaction such as a corporate merger or purchase of securities*).

<sup>8</sup> Además del Estado de Situación Patrimonial, ("Balance", que refleja el Activo, el Pasivo y el Patrimonio Neto), del EE.EE. anual, que ha de contener el Estado de Resultados del Ejercicio, donde se informa sobre la ganancia y/o pérdida del enajenante como consecuencia del giro y expone sus causas (operativas, ordinarias, extraordinarias, antes y después del Impuesto a las Ganancias); el Estado de Evolución del Patrimonio Neto, que muestra las variaciones (aumentos y/o disminuciones) durante el EE.EE., en el Capital Social, Reservas y Resultados; como también, el Estado de Flujo de Efectivo, que resume el movimiento de los fondos (dinero, saldos bancarios e inversiones a plazo fijo a menos de 90 días), separados en ingresos y egresos por cada una de las actividades operativas, de financiación y de inversión. Se pueden confeccionar EE.CC. especiales

financiera, el adquirente podrá no sólo identificar pasivos ocultos, contingencias, y toda otra situación que pueda hacer variar el valor del Fondo en transacción, si no también, y esto es lo que aquí nos interesa remarcar, la aptitud o no de la empresa para hacer frente regularmente a sus obligaciones<sup>9</sup>. Al comprador le interesará determinar todos aquellos factores que pueden afectar el valor del Fondo, pero también su capacidad misma de llevar adelante sus negocios, capacidad que resultaría seriamente afectada en el caso de encontrarse en cesación de pagos, circunstancia que normalmente hará desistir de la operación al comprador. Pero dejamos a salvo que en cuanto estas gestiones se realizan como consecuencia del acuerdo de voluntades y en buena medida como consecuencia de la diligencia del adquirente, no pueden ser tenidos como garantía de solvencia del enajenante y que finalmente, las oposiciones formuladas y la voluntad de los acreedores será la que refleje el mantenimiento o pérdida de crédito del enajenante;

- d) En nuestra opinión, la venta, bajo el régimen de la ley 11.867, produce la caída de los plazos, aun los no vencidos, porque las medidas conservatorias contempladas en el régimen, pueden ejercitarse por todos los acreedores aunque sus créditos no hayan vencido (arg. arts. 3° y 4°); e, insistimos el art. 8 concuerda con los anteriores en cuanto establece que la venta no puede ser por precio inferior al monto de los créditos; exigencia que no tendría sentido, si el pago de los créditos pudiera ser diferido, cada uno, para su vencimiento. Y esta interpretación se refuerza en cuanto, el art. 9° declara simulados “*de jure*” los pagos

---

que específicamente reflejen la situación económica patrimonial y financiera del enajenante, a una fecha dada y pasada.

<sup>9</sup> Conf. Nissen, Ricardo A; Ley de Sociedades Comentada, T° III, “Derechos y obligaciones de las partes en el contrato de transferencia de acciones. Responsabilidad del vendedor (Art. 215 LGS); seguimos prefiriendo “...*a measure of prudence, activity, or assiduity, as is properly to be expected from, and ordinarily exercised by, a reasonable and prudent man under the particular circumstances ; not measured by any absolute standard, but depending on the relative facts of the special case. Perry v. Cedar Falls, 87 Iowa, 315, 54 NW 225; Dillman v. Nadelhoffer, 1Go111. 121, 43 NE 378; Hendricks v. WU Tel. Co., 120 NC 304, 35 SE 543, 78Am. St. Rep. 058; Highland Ditch Co. v. Mumford. 5 Colo. 330*”.

a cuenta o como seña, en cuanto pueda perjudicar a los acreedores<sup>10</sup>.

- e) Y, el punto tratado precedentemente viene a demostrar que, cumpliéndose con los requerimientos de los arts. 8 y 9, no puede haber daño para los acreedores, desplazándose así el requisito “perjuicio” que requiere el art. 119 LCQ<sup>11</sup>;
- f) Todo lo cual nos lleva a concluir que si en una enajenación de Fondo de Comercio, se ha seguido todo el trámite establecido en el régimen de la ley 11.867, no se han de constituir los requisitos del art. 119 LCQ y por tanto, la acción resulta inviable;
- g) El supuesto especial de la transferencia parcial o de alguno de los elementos del Fondo de Comercio: La clientela. Al respecto, el régimen no prohíbe ni limita la posibilidad de transferencia parcial o de alguno o algunos elementos constitutivos del Fondo de Comercio (art. 1). Entendemos que, por trascendente que pudiere ser el elemento transferido, igualmente se ha de aplicar con idénticos efectos el procedimiento establecido en la ley 11.867, lo que equivale a decir que si no se cumpliera con estos requisitos, los efectos serían los marcados para su incumplimiento<sup>12</sup>. Parti-

<sup>10</sup> En sentido contrario; Winizky, Ignacio; La venta de un fondo de comercio y los créditos contra el vendedor según la ley 11.867; LL 20 , 139; Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo I , 459; DCCyE 2014 (abril), 337

<sup>11</sup> “...las acciones de recomposición patrimonial adquieren vigencia sólo en caso de quiebra de la insolvente. Es que las mismas se dirigen a reintegrar el activo falencial, recuperando por esta vía los bienes que han sido detraídos mediante ciertos actos que la ley entiende ineficaces. Tanto en el caso del art. 118 como en el 119 de la Ley N° 24.522 la ley sanciona con ineficacia “respecto de los acreedores” concursales, lo cual lleva a concluir que tal sanción se concreta en la “inoponibilidad” del acto cuestionado respecto del concurso o, específicamente, de su masa “pasiva” (v. esta Sala, 27.5.2011, “Banco Extrad S.A. c/Fagotti, Bartolomeo Francisco y otro, s/ordinario s/acción revocatoria concursal”). (en Cám. Nac. Apel. Com., Sala D; First Medical SA s/Quiebra c/C.E.M.I.C. s/Ordinario;; 27-02-2014; Cita: IJ-LXXI-211).

<sup>12</sup> Spagnuolo, Lucia; “Trasvasamiento de la clientela de la empresa. ¿Qué puede hacer el síndico de la quiebra?: “Conforme lo establecido por la Ley N° 11.867, la transferencia de los elementos del fondo de comercio, sin acudir al procedimiento marcado por ella (boleto, retención del precio, lista de acreedores, publicaciones, oposiciones, depósito a embargo, contrato definitivo e inscrip-

cularizando en la clientela, además de coincidir con la definición legal que la considera como elemento integrante del Fondo de Comercio (art. 1), no se pierde el carácter de situación de hecho. Vemos que su concepto jurídico es más amplio que el económico, pues no sólo abarca la llamada hecha o habitual –incluso cautiva, por una relación monopólica-, sino también aquella que aparece como futura pero posible, dada las cualidades objetivas y subjetivas que presenta el Fondo de Comercio y la libertad de contratación que goza cada cliente, por tanto, no puede hablarse de un derecho de propiedad sobre la clientela, sino de situación de hecho consecuencia de la actividad y organización empresarial, porque según lo vemos, la clientela se puede definir como el flujo de adquirentes de servicios o bienes producidos por la hacienda<sup>13</sup>; en caso de seguirse el procedimiento legal, el resultado ha de ser el mismo.

- h) Finalmente, en los supuestos en los cuales no se hubiere aplicado el régimen de la ley 11.867, por ej. por

*ción registral), priva de efectos a la misma frente a terceros, quienes podrán agredir los bienes del fondo de comercio como si siguiera siendo propiedad del vendedor (artículo 2º, Ley 11.867. Conforme Zunino, Jorge O. 1982. Fondo de comercio. Régimen legal de su transferencia, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 422). En el caso de quiebra, verificada por el síndico una transferencia de los elementos del fondo de comercio sin cumplir la ley respectiva, como ocurre con el trasvasamiento, donde la transferencia se realiza en forma clandestina y por vías de hecho, podrá solicitar la incautación de bienes transmitidos, como si todavía fuesen de la quebrada, para su posterior enajenación. Este remedio aparece como una vía más expeditiva que el ejercicio de otras opciones posibles, en el marco de la quiebra fundada en los mismos hechos (ineficacia concursal, responsabilidad de terceros, extensión de quiebra), ante la necesidad de que los acreedores falenciales presten su conformidad para la iniciación de tales acciones. Sin duda, detectar la maniobra requerirá de sustantivas investigaciones de la sindicatura, en las que deberá citar a los administradores, socios, síndicos sociales, acreedores y, principalmente, trabajadores, ya que son quienes tuvieron efectivamente el conocimiento del estado real que conllevó a la empresa a su insolvencia y de las maniobras de vaciamiento, mediante el comparendo a una audiencia de explicaciones. Deberá asimismo el síndico, por vía incidental, promover una acción que podríamos llamar de inoponibilidad de la transferencia de fondo de comercio, solicitando la declaración de inoponibilidad y la incautación de los bienes trasvasados.” (ERREPAR Doctrina Societaria y Concursal N° 157, diciembre/00, Tomo XII, pp. 449/453);*

<sup>13</sup> Conf. Cám. Nac. Com., Sala F, 26/3/13, “Total Cell S.A. c/Telefónica Móviles Argentina S.A. s/ordinario”;

voluntad de las partes, entonces, vemos que el régimen de la referida ley de transferencia, no aplica al caso y por ello, tampoco sus recaudos legales, ni sus consecuencias<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> En el voto del citado, Dr. Heredia en el fallo First Medical, citado precedentemente, sostiene que la TFC, *en periodo de sospecha está alcanzada por la acción revocatoria concursal* (conf. Cohen, A., ob. cit., ps. 276/277, n° 441; Ramella, A., Trattato del fallimento, Società Editrice Libreria, Milano, 1915, t. 1, pág. 565, n° 301; Gallesio-Piuma, M., L'azione revocatoria fallimentare, Cedam, Padova, 1992, pág. 359, n° 1-d; Maffei Alberti, A., Commentario breve alla legge fallimentare, Cedam, Padova, 2000, pág. 253, n° 1-16), *esto es, puede ser atacado por la vía del art. 119, LCQ, máxime frente a la constatación de no haberse afrontado el procedimiento autorizado por la Ley N° 11.687* (doctrina de esta Sala D, 23/10/98, "Automotores Ferretería Francesa S.A. s/quiebra"; íd. Sala A, 19/9/02, "International Express S.A. c/Obstein, Luis y otros s/ordinario").



## Dolo en la responsabilidad concursal

*Carlos A. Molina Sandoval<sup>1</sup>*

### Ponencia

Existe una distinción entre el acto “voluntario” y el “intencional”. El requisito de la intencionalidad impone más que mera voluntad. En otras palabras, la intención importa que el agente procura las “consecuencias del acto, más que el acto en sí mismo”.

*Sartre identifica “conciencia” con “intencionalidad” y quizás este es el punto analítico inicial para justificar la incorporación del dolo eventual en la estructura general de los actos intencionales (o dolosos). El dolo eventual es una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos; el dolo intencional, diferentemente, importa una decisión deliberada de ocasionar el daño a la víctima). Esta “indiferencia” debe ser manifiesta; evidente, obvia, no dudosa. La idea fuerte impone que sea indubitable.*

*El dolo eventual es diferente de la culpa grave.*

*La carga de la prueba de los presupuestos subjetivos corresponde a quien la invoca. Esta regla se flexibiliza cuando la ley lo presume. En general, el dolo (como la mala fe) no se presume. No existen presunciones legales de dolo, como sí existen en materia de culpa. Siempre existe la presunción de buena fe: el ordenamiento jurídico intuye que el ser humano no busca dañar al prójimo.*

---

<sup>1</sup> Abogado (U. Nac. Córdoba). Master en Derecho Empresario (U. Empresarial Siglo 21, Cba, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (U. Nac. Cba.). Director de la Sala de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Córdoba. Prof. de Derecho Concursal y Cambiario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U. Nac. Cba. y de Derecho Societario y Seguros de la Universidad Católica de Córdoba. E-mail: camolinasandoval@yahoo.com.ar

## I. Introducción

La valoración de la conducta humana es un aspecto relevante en todo el derecho. Las actitudes humanas, su justificación y especialmente la subjetividad desarrollada en la estructura del acto jurídico (y en los hechos) condicionan las consecuencias jurídicas. Inicialmente, los límites entre las justificaciones subjetivas y la ilicitud en sí misma no eran nítidos.

Sólo la evolución jurisprudencial y una adecuada delimitación jurídica fueron marcando la precisión de esos contornos necesarios. La justificación más evidente se inicia en el derecho de daños de la mano de reproches a conductas graves, intencionales o en los que existe un evidente deprecio por los intereses ajenos.

## II. Intencionalidad

La intención de un desplazamiento patrimonial de un sujeto a otro (daños) requiere de elementos psicológicos. La raíz del término proviene del prefijo “tender” desde una perspectiva interna (“in”) y se relaciona con la “conciencia”<sup>2</sup>: la actividad psicológica dirigida a un objeto (o evento). Conoce la realidad que lo circunda (percepción), tiene capacidad de representación y procura, directa o indirectamente, una determinada acción (fuerza del acto)<sup>3</sup>.

Toda acción humana tiene intencionalidad (o finalidad). Es una base mínima de subjetividad que fundamenta el factor subjetivo mismo: actividad con la persecución de alguna finalidad, con miras a algún resultado que se prevé y desea lograr. Se alude, incluso, a psicología hórmica<sup>4</sup> e incluye el conocimiento de la realidad (di-

<sup>2</sup> Por ello, se ha señalado que el “elemento volitivo es el criterio diferenciador de la teoría de las formas del dolo, para hablar de dolo directo, indirecto y eventual. Suprimiendo el elemento volitivo, y teniendo en cuenta que el elemento cognitivo es común a todas las “formas de dolo”, no tiene sentido de hablar de clases o formas de dolo sino de un solo dolo” (GORRA, D.G., *Teoría del dolo eventual: análisis doctrinario y recepción en la jurisprudencia cuyana*, LLGran Cuyo2012 (septiembre), p. 813).

<sup>3</sup> El dolo tiene dos elementos: el cognitivo (intelectual) y el volitivo (voluntad). Zaffaroni define al dolo como la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración (ZAFFARONI, E.R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 2005, p. 403).

<sup>4</sup> La actividad hórmica es una manifestación energética; pero la teoría hórmica

recto o mediante la descripción teórica) y la representación de un resultado, el inicio de una conducta o actividad con dicha finalidad y su mantenimiento durante un determinado lapso y el logro (o no) de dicha meta prevista.

Es compleja, incluso, la interpretación empírica del funcionamiento psicológico de la mente y de la “racionalidad” de las conductas requiere del análisis, no exenta de dificultad, de la racionalidad misma (que comienza y termina en la mente y está sujeto a parámetros esencialmente subjetivos de contexto). Por ello, a estos limitados fines jurídicos, no es tan relevante el desarrollo de la “conciencia” misma (como se conoce y cuáles son los límites reales de ese conocimiento) sino sólo en la actitud psicológica de la intencionalidad en el obrar respecto al prójimo. Muchas veces, no es necesario un conocimiento acaba de esa realidad y es suficiente con la fijación de esos límites de manera intuitiva.

Existe una distinción entre el acto “voluntario” y el “intencional”. El requisito de la intencionalidad impone más que mera voluntad. En otras palabras, la intención importa que el agente procura las “consecuencias del acto, más que el acto en sí mismo”<sup>5</sup>.

Debe coincidir la representación previa con el resultado: el resultado puede no ser querido directamente pero existe una grave despreocupación de ese resultado, pese a la existencia de conciencia sobre una posibilidad cierta y razonable de su acaecimiento. Si se afecta la capacidad de percepción (conciencia) o incluso la representación misma de sus consecuencias (error), no puede decirse necesariamente que el acto haya sido intencional.

---

no presume de que puede afirmar cuál es la energía, o cuáles, o qué transformaciones de la energía son las causantes. [...] Pero no rehúsa avanzar más allá de los hechos, tanto como a sujetarse a las hipótesis habituales de la ciencia física, y cerrar los ojos ante los hechos esenciales. Y estos hechos dicen: a) que la manifestación de la energía es guiada por vías de tal naturaleza que permiten que el organismo alcance su finalidad; b) que esa guía se efectúa a través de una actividad cognoscitiva, un estado de alerta, aunque vagamente, acerca de la situación actual, y cerca de la meta; c) que la actividad, una vez iniciada y puesta en camino a través de la actividad cognoscitiva, tiende a continuar hasta que sea alcanzada la meta; d) que cuando se llega a la meta, la actividad cesa; e) que el progreso hacia la meta y su realización son experiencias placenteras, y las desviaciones y el fracaso, experiencias penosas o desagradables. Tales aserciones implican que la actividad hórmica es esencialmente una actividad mental, que siempre incluye conocimiento o previsión, esfuerzo iniciado y dirigido por tal comportamiento, y acrecentamiento de satisfacción o insatisfacción” (CARR, H.; McDUGALL, W.; Brett, G. S., *La psicología hórmica. Psicología del acto*, Paidós, Bs. As., 1965, p. 145).

<sup>5</sup> STUHMCKE, A., *Essential Tort Law*, Cavendis Publishing, London, 2nd. ed., 2001, p. 79.

### III. Concepto

La conducta dolosa se relaciona con la ejecución de un acto ilícito a sabiendas (o con intención) de provocar un daño en el patrimonio ajeno (o incluso afectar los intereses ajenos “no reprobado por el ordenamiento jurídico”, art. 1737, Cód. Civ. y Com.). Es una intencionalidad perjudicial del agente: “voluntad del sujeto de causar daño”<sup>6</sup>.

En el derecho anglo-americano, los “*intentional torts*” tienen una variedad de contextos que inciden en el objetivo de la intención y la intensidad (o nivel) de la intención<sup>7</sup>. Esta intención dañina suele abarcar tres áreas: persona, propiedad de la tierra (*land*) y cosas (*good*) y requiere de un acto voluntario positivo que interviene en un interés protegido por la víctima<sup>8</sup>. La afectación debe ser un resultado directo de la acción; se ha distinguido entre el resultado directo y la consecuencia eventual de la acción. En “*Dodwell v. Burfor*” (1669), se sostuvo que no había resultado directo cuando una persona golpeó el caballo de otro, este otro se cayó del caballo y fue, entonces, pisado por el caballo de una tercera parte<sup>9</sup>.

En el derecho español, en el dolo extracontractual el agente quiere incumplir el deber general de no dañar y además es consciente del resultado material, por más que no haya previsto todos los efectos o consecuencias de sus actos; el dolo consiste en la voluntad de dañar y bastará con que exista conocimiento del daño como consecuencia probable de la acción u omisión<sup>10</sup>.

No es muy distinta la visión en el derecho chileno. Aquí la definición civil de dolo no puede ser entendida de manera restringida y que sólo comprenda el propósito dirigido principalmente a dañar (esto es, la intención maligna basada en el resentimiento y no en el interés)<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> SCOGNAMIGLIO, R., *Responsabilità contrattuale ed extracontractuale*, Novissimo Digesto Italiano, XV, UTET, Torino, 1968, p. 640.

<sup>7</sup> STEELE, J., *Tort Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, 3rd. ed., 2014, p. 55, quien señala que los contextos difieren según el *target* de la intención (*What must be intended*) y el nivel de intención (*What does it mean to intend something*).

<sup>8</sup> STUHMCKE, *Essential Tort Law* cit., p. 72.

<sup>9</sup> STUHMCKE, *Essential Tort Law* cit., p. 79.

<sup>10</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, 2<sup>a</sup> ed., Dykison, Madrid, 2016, p. 280. De manera similar, el derecho peruano: ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Ed. Rodhas, Lima, 2013, p.171.

<sup>11</sup> ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*

Existe una determinación subjetiva que procura el daño no sólo desde su comprensión sino en la producción del daño. La intención de dañar se basa en esa comprensión: no puede haber dolo si la intención de dañar se basa en una errada conciencia de los alcances del acto antijurídico. Se comprende y se quiere el resultado. El resultado logrado puede ser diferente al comprendido, en cuyo caso la extensión de los daños será una cuestión de relación de causalidad (y no de gravedad de la consecuencia). Si no se comprende adecuadamente la antijuridicidad de la conducta, difícilmente puede haber dolo. Eventualmente, habrá culpa, pero no dolo. La intención requiere necesariamente de la previa comprensión. Pues la esencia del dolo radica en la representación de ese posible resultado (sea porque así se buscó o porque existe una grave indiferencia a esa posible consecuencia).

#### IV. Dolo eventual

A pesar de su definición tan estricta del dolo, Alessandri parece aceptar que éste se extiende a situaciones en que la intención final es el propio provecho, aunque de paso se cause un daño, incluido el fraude<sup>12</sup>. Hay una suerte de flexibilización<sup>13</sup>.

Esta ductilidad es también común en el derecho europeo. Se ha dicho que en todos los países existe una tendencia a relajar el requisito e incluir formas de temeridad o actuaciones de mala fe. El efecto de la moderación del requisito de la intencionalidad demuestra la necesidad de mayor flexibilidad<sup>14</sup>.

Sartre identifica “conciencia” con “intencionalidad”<sup>15</sup> y quizás este chileno, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943, p. 164.

<sup>12</sup> ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943, p. 164.

<sup>13</sup> PICASSO, S., ¿Hacia una ampliación de la noción de dolo delictual en el derecho civil?, LL 2004-D, p. 651.

<sup>14</sup> VAN DAM, C., *European Tort Law*, Oxford University Press, UK, 2013, p. 229.

<sup>15</sup> “Sartre considera el surgir espontáneo de la conciencia no cognitiva o cogito rerreflexivo como sujeto. Sin ningún condicionamiento, sin ninguna naturaleza o esencia capaz de determinarla. La conciencia como acontecimiento absoluto es una necesidad de hecho injustificable que nos remite al mundo, es pura intencionalidad. El ideal de la libertad abstracta para Sartre es el de una conciencia exenta de toda determinación. El hombre es libertad porque es libre de toda determinación gracias a la estructura precognitiva de la conciencia” (GORDILLO ALVAREZ-VALDÉS, L., *Sartre: la conciencia como libertad infinita*, Topicos 27 (2009), Murcia, p. 28).

es el punto analítico inicial para justificar la incorporación del dolo eventual en la estructura general de los actos intencionales (o dolosos). El dolo eventual es una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos; el dolo intencional, diferentemente, importa una decisión deliberada de ocasionar el daño a la víctima).

Para considerarse dolosa, esta “indiferencia” debe ser manifiesta; evidente, obvia, no dudosa. La idea fuerte impone que sea indubitable. Que su conducta no deje margen a dudas de que el agente se representó el resultado dañoso y pese a ello fue manifiestamente indubitable en su conducta. Dicha representación, que debe ser cierta o evidente, del posible daño no tuvo importancia para el agente para modificar su conducta (cuando en general la mayoría la modificaría). Lo grave es que se tuvo conciencia de una posibilidad seria y concreta de la ocurrencia del daño y no se modificó su conducta dañosa.

En caso de duda, sobre si la indiferencia es “manifiesta” debe presumirse que no lo es. Ello es un derivado necesario de la presunción de buena fe de las conductas humanas.

El menosprecio de los derechos ajenos puede, incluso, incluir los intereses de los consumidores y aún los intereses colectivos o de incidencia colectiva. Los daños punitivos, en algún punto, permiten corregir esta conducta<sup>16</sup>. Si existe una posible conciencia del daño que se puede ocasionar es porque el agente no lo entiende tan grave (sea porque tiene posibilidades de repararlo a posteriori o porque piensa que no existirán incentivos económicos para su reclamo). Pero más allá de su motivación interna, lo cierto es que la representación previa del resultado dañoso no fue freno suficiente para interrumpir la conducta<sup>17</sup>.

## V. Dolo eventual no culpa grave

El dolo eventual es diferente de la culpa grave<sup>18</sup>. La falta de norma que así lo avale y la gravedad del reproche no son suficientes para justificar su asimilación. Especialmente porque en la culpa gra-

<sup>16</sup> “Los daños punitivos son usualmente valorados para corregir conductas intencionales” (MICELI, T.J., *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford University Press, New York, 1997, p. 36).

<sup>17</sup> Incluso se argumenta que cuando alguien causa daños de manera intencional usualmente toma medidas previas y conscientes para evitar su descubrimiento (LANDES, W. y POSNER, R., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1987, p. 160)

<sup>18</sup> MOLINA SANDOVAL, C., *La culpa en el derecho privado*, LL, ejemplar del 28.05.2018, p. 8.

ve no existe esa posible representación que permita la manifiesta indiferencia (propia del dolo eventual)<sup>19</sup>.

En el dolo eventual existe la realización de una conducta, con una representación de un resultado posible pero no querido; se habla de un menosprecio por los bienes jurídicos ajenos. El menosprecio del resultado posible -no querido- es el criterio utilizado para distinguirlo de la “culpa consciente”, donde no hay un menosprecio sino un exceso de confianza<sup>20</sup>. El autor de dolo eventual, no destina especiales esfuerzos en la evitación del suceso, asintiendo su producción no buscada o aprobando el plus lesivo en relación con el plan originario que no lo incorpora<sup>21</sup>.

La ausencia de una detallada regulación de la culpa grave no puede permitir su asimilación a un concepto diferente a la visión de culpa. Justamente es esa carencia de “reglamentación específica” la que no permite su asimilación al dolo<sup>22</sup>. Tampoco es relevante que el reproche sea “cualitativamente superior” a un obra culposo genérico. Dicha “mayor” reprochabilidad no es suficiente *per se* para “unir” dos nociones con enfoques, caracteres y consecuencias diferenciadas.

Se pregona la asimilación de la culpa grave al dolo eventual (hoy aceptado expresamente en el sistema civil). Dolo importa la “intención deliberada de un agente de causar un daño”<sup>23</sup> (visión clásica) o una “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (dolo even-

<sup>19</sup> Bacigalupo considera que las reglas del error del tipo contienen, de una manera indirecta, una definición de dolo; en tanto el error excluye el dolo, un concepto es la contrapartida del otro (BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 316).

<sup>20</sup> GORRA, *Teoría del dolo eventual: análisis doctrinario y recepción en la jurisprudencia cuyana* cit., p. 815.

<sup>21</sup> STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 192.

<sup>22</sup> “¿Cuál es la razón primaria -aunque no única- que conduce a tratar del mismo modo la culpa lata y el dolo? Se ha dicho que si una persona se comporta al cumplir sus obligaciones con extrema desaprensión (magna negligentia non intelligere, quod omnes intelligunt) y esas actitudes no merecen el tratamiento jurídico que se proporciona al dolo se favorecería a aquellos, que, cobijándose en las apariencias de sus groseras torpezas o debilidades, pretendieran desconocer que actuaron con intención maléfica. De tal suerte, la maldad tomaría la máscara sencilla de la torpeza. Y para evitar esa iniquidad se ha creado la presunción de que si un individuo obra con magna negligentia subyace en dicha actitud la intención de dañar (así lo expresa a veces la doctrina)”. Cfr. BUERES, A. J., *La asimilación de la culpa grave al dolo. Criterio de aplicación*, RCyS2015-VI, p. 1.

<sup>23</sup> PEREIRA, C.M. da S, *Instituições e Direito Civil*, vol. V, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 394.

tual). La idea de “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” no puede asimilarse a la “falta grave de diligencia”. La “manifiesta indiferencia” requiere una representación del posible resultado dañoso (y pese a ello, continuar “intencionalmente” con la realización de actos que pueden tener consecuencias perjudiciales). En la culpa grave esa “manifiesta indiferencia” o “representación previa” de la afectación de los intereses ajenos no está presente. No hay un elemento intencional (directo o eventual) en la causación del daño. A

diferencia del dolo, la culpa no encuentra su razón en la comprensión o voluntad del hecho dañoso<sup>24</sup>.

El justificativo ético que permite la diferenciación entre dolo eventual y culpa grave es palmario. El ordenamiento jurídico no puede tratar igual al “torpe” que al “indiferente”. Sólo una previsión normativa expresa podría asimilar su tratamiento. Sin una regla jurídica que especialmente unifique sus consecuencias, no es razonable unificarlo. El dolo se relaciona con la “mala fe”; no así la culpa (la buena fe se presume).

El propio ordenamiento tampoco busca (indirectamente) la unificación de las consecuencias del dolo y la culpa grave. En la acusación calumniosa, por ejemplo, el factor de atribución exigido es “dolo” o “culpa grave” (y la regulación es concomitante con la ampliación del dolo incluyendo el eventual). Así también en materia de seguros (provocación del siniestro<sup>25</sup>), mercado de capitales (difusión de noticias falsas) o laboral (daños del trabajador al empleador).

Si existiera asimilación conceptual entre ambas no sería necesario aludir a “culpa grave” junto con “dolo”. Sería suficiente con la alusión al dolo (incluso eventual). Queda también la duda para los supuestos en que no se refiere expresamente a “culpa grave” de manera conjunta con el dolo. La extensión de culpa grave a dolo sin mención legal importa un ensanchamiento del factor subjetivo de atribución para excitar la responsabilidad que no fue querido por el legislador. De otro modo, lo hubiera previsto expresamente. Es un contrasentido metodológico regular la culpa grave para, indirecta-

<sup>24</sup> Si bien la cuestión también es discutible en el derecho español cabe señalar que no aceptan la equiparación de la culpa grave con el dolo importante doctrina (CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Reus, 1967, t. III, p. 158; ALBALADEJO, M., *Instituciones de derecho civil*, Real Colegio de España, Barcelona, 1961, p. 566; DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, vol. I, p. 712).

<sup>25</sup> STIGLITZ, R. S., *Distinción entre culpa grave y dolo en el Código Civil y Comercial. Aplicación al contrato de seguro*, LL, 2015-D, p. 850.

mente, aplicarle las consecuencias jurídicas del dolo. Genera, además, inseguridad jurídica porque la base conceptual y estructural de contención sistémica de la culpa grave es, a la larga, la culpa genérica (y no el dolo).

Quizás el elemento más relevante del debate se vincula con las consecuencias indemnizables y la posibilidad de atenuación de la responsabilidad. Como regla general, sólo se indemnizan las “consecuencias inmediatas” y las “mediatas previsibles” (art. 1726, Cód. Civ. y Com.). La extensión de la reparación es mayor en materia contractual y en el dolo. En estos caso se responde por las consecuencias que las partes “previeron” o “pudieron haber previsto” al momento del incumplimiento (ar. 1728, Cód. Civ. y Com.). En el dolo eventual existió una representación del resultado dañoso y un desprecio intencional hacia los intereses ajenos y por ende es lógico

que responda por las consecuencias que se “pudieron haber previsto”. Ello no ocurre en la culpa grave, en la que no existió esa representación intelectual (más allá de la falla grave en las diligencias que debieron asumirse).

Esta diferencia (entre la “representación del resultado” y la “grave negligencia”) es la que también justifica que en caso de dolo (aun eventual) no puedan atenuarse las indemnizaciones por razones de equidad (patrimonio del deudor, situación personal de la víctima, etc.) y sí pueda existir atenuación en culpa grave. Lo que no significa que en el debido enfoque de la equidad el juez también valore la “gravedad” de la omisión en las conductas exigidas.

## VI. Prueba del dolo

La carga de la prueba de los presupuestos subjetivos corresponde a quien la invoca. Esta regla se flexibiliza cuando la ley lo presume. En general, el dolo<sup>26</sup> (como la mala fe) no se presume<sup>27</sup>. No existen presunciones legales de dolo, como sí existen en materia de culpa. Siempre existe la presunción de buena fe: el ordenamiento jurídico intuye que el ser humano no busca dañar al prójimo.

Probar estados subjetivos o intención es una tarea cuasi imposible

<sup>26</sup> ALFIE, M., *El artículo 521 del Código Civil. Dolo*, DJ 1995-2, p. 221.

<sup>27</sup> “Es claro que no cabe hesitar acerca de que, como rector en la materia, luce el principio de que la prueba del dolo corresponde a la parte que lo invoca” (CARRANZA, *El dolo en el Derecho Civil y Comercial* cit., p. 91).

en el estado actual de la ciencia. Impone conocimientos neurológicos que permitirían justificar de manera directa la intención (o, incluso, la grave indiferencia frente a una posible representación de un resultado dañoso<sup>28</sup>). Taruffo señala que se “trata, esencialmente, de hechos que pertenecen a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos y consisten en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones o voluntades<sup>29</sup>. Para referirse a hechos de esta naturaleza no se necesitan sofisticadas o

rebuscadas ejemplificaciones: basta pensar en la voluntad y en sus respectivos vicios en el contrato, en la condición de buena fe o de mala fe, en los innumerables casos en los que importa la culpa leve o la culpa grave, en los casos en los que importa el “conocimiento”

de algo (como, por ejemplo, del estado de insolvencia del deudor a los efectos de la revocatoria), para tener docenas de supuestos en los que el hecho relevante es un “hecho psíquico” interno a la esfera mental, cognitiva o emocional de algún sujeto<sup>30</sup>.

Y agrega: no es necesario subrayar la frecuencia y la importancia de estas situaciones; éstas son, por otra parte, tan obvias que tanto la doctrina como la jurisprudencia han analizado ampliamente nociones como “dolo”, “culpa”, “error”, “mala fe”, “acto en fraude de ...”, “conocimiento del estado de insolvencia”, etc. Si bien ese análisis no ha conllevado la elaboración de un catálogo completo y estable de definiciones, aptas para ser usadas sin problemas en todos los casos en los que entra en juego algún hecho psíquico, sí ha permitido que cuando resulta necesario interpretar una norma que atribuye relevancia jurídica a uno de esos hechos se disponga normalmente de criterios que permitan definirlos. Esta operación puede ser más o menos problemática y puede dar resultados más o menos seguros en función del tipo de hecho psíquico y del respectivo nivel de elaboración alcanzado por la doctrina y jurisprudencia, pero puede sostenerse que existe una posibilidad razonable de individualización del hecho psíquico que la norma considera relevante. Aquí no interesa discutir, en realidad, en qué medida resulta Simple y segura

---

<sup>28</sup> Para acreditar la malicia “basta con probar la conducta desaprensiva del deudor ante el riesgo muy probable que se cierne sobre el acreedor con motivo del incumplimiento o del deficiente cumplimiento por el deudor” (BORDA, G., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Perrot, Bs. As., 1998, t. 1, p. 136).

<sup>29</sup> Sobre el uso de conceptos psicológicos en las normas ver en particular: SCARPELLI, U., *Contributo alla semanticadel linguaggio normativo*, Turín, 1959, p. 124.

<sup>30</sup> TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, trad. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, p. 159.

la individualización del hecho ni tampoco establecer en función de cada caso la medida en que esa individualización es realizada por las normas y la medida en que es dejada en manos de los intérpretes; lo que importa destacar es que incluso cuando las normas son abiertas e indeterminadas en la definición de los hechos no materiales relevantes se dispone normalmente de un corpus de nociones y de conceptos que permiten definir el respectivo supuesto de hecho, resolviendo en vía de integración interpretativa la falta de individualización de las definiciones normativas<sup>31</sup>.

Salvando supuestos, muchas veces improbables, en la que el propio autor del dolo manifiesta directamente en un instrumento su clara intención dañosa (en la que se prueba la declaración en lugar de la voluntad en sí misma), se requiere de elementos externos, accesibles por terceros (especialmente el juez) que permitan inferir dicho estado subjetivo. Es claro que la estructura probatoria del daño (que se puede percibir materialmente y puede ser objeto de probanzas

sobre la persona o cosa) es evidentemente diferente de la que debe emplearse para probar los elementos psicológicos de una conducta. En esta hipótesis se requiere de la reconstrucción de la evolución psíquica de la persona a los fines de poder justificar probatoriamente elementos externos que indique, en función de la sana crítica racional, que ese estado subjetivo existió (o es usual que ocurra si se dan ciertos contextos fácticos y personales). Pero la visión siempre será indirecta u oblicua. Es difícil la configuración de una prueba directa sobre dicha intencionalidad o conciencias subjetiva.

La dificultad en estas cuestiones se enfatiza porque el ordenamiento jurídico no provee de soluciones alternativas con valor determinante para acreditar el dolo u otras nociones similares. Sólo el contexto fáctico y la prueba de ciertos elementos típicos de ese hecho psíquicos (indicios), se sustenta la estructura probatoria del elemento subjetivo. La prueba versa sobre indicios que el juez sistematiza como adecuados, en función de contextos, y circunstancias, para intuir la existencia de la motivación interna de la conducta. Si la verdad suele ser un concepto relativo (y de difícil acreditación en contextos procesales ordinarios), mucho más lo será cuando se funda en indicios, pruebas indirectas y otros elementos que sustentan lo que sólo la misma persona pueden conocer.

---

<sup>31</sup> TARUFFO, *La prueba de los hechos* cit., p. 160.

## VII. Responsabilidad concursal

La LCQ también incluye el dolo en la regulación. No sólo en la responsabilidad concursal sino también en la revisión por dolo. El art. 173, LCQ, señala que los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados. Y agrega: Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso.

La responsabilidad concursal que abarca administradores y también terceros<sup>32</sup>, se basa en conductas básicas: producir, facilitar, permitir, agravar o prolongar la insolvencia.

(i) Producir es aportar una condición esencial al resultado dañoso. Se encuentran comprendidos en esta conducta: la enajenación simulada de bienes, o la apropiación de bienes pertenecientes al fallido, como asimismo, la constitución de garantías incausadas (ya sea en beneficio propio o de terceros que obviamente disminuyen el patrimonio del deudor).

(ii) Facilitar implica conductas que ayuden a generar la insolvencia o la disminución de la responsabilidad patrimonial. Requiere de una acción positiva y no permite incriminar las conductas omisivas. Por el contrario, alguna doctrina entiende que la facilitación puede concretarse también por vía omisiva y los ejemplos más clásicos los constituyen el abandono de los negocios y la omisión deliberada de presentar los estados contables.

(iii) Permitir hace referencia a conductas omisivas de abandono de las tareas que impone imperativamente la ley a los administradores en defensa del patrimonio confiado a la gestión o control del sujeto. Se permite la insolvencia cuando se admite que otras personas que actúan en la esfera patrimonial del fallido realicen dolosamente actos que disminuyan su responsabilidad patrimonial (es decir, sin ejercer la conducta que corresponde a la función que les fuera asignada y a sabiendas del perjuicio).

<sup>32</sup> JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., *Responsabilidad de terceros en la quiebra*, JA, ejemplar del 14/11/2.001, p. 3.

(iv) Agravar y prolongar suponen ya el estado de insolvencia y refieren a conductas dañosas, bajo pretexto de intentar salvar la situación (como cuando se continúa el giro de los negocios en estado de cesación de pagos y se recurre a operaciones ruinosas para intentar paliar la situación).

Las conductas productoras de la insolvencia podrían ser<sup>33</sup>: (i) Distráer, ocultar, disimular o destruir bienes del activo, incluso mediante enajenaciones simuladas, constitución de derechos o celebración de contratos que disminuyan su valor venal; (ii) Suponer gastos, pérdidas o egresos de bienes del activo o que hubiesen estado en su poder desde la fecha en que se encuentra efectivamente en cesación de pagos; (iii) Simular o suponer deudas, contraerlas sin causa; denunciar o reconocer créditos fraguados o inexistentes; (iv) Realizar pagos, dación en pago u otorgar prelación a algún acreedor después de que haya conocido o debido conocer su cesación de pagos; (v) Enajenar, gravar o aplicar a sus negocios propios en forma indebida, fondos o efectos que hubiere recibido en razón de título por el que no se le transfiere el dominio; (vi) Distribuir o pagar dividendos ficticios de la sociedad luego fallida con conocimiento de su ilegitimidad; (vii) No presentar la documentación y, en su caso, los libros que hagan posible la reconstrucción de su patrimonio o del movimiento de los negocios; (viii) Recurrir al crédito simulando el estado

de cesación de pagos; (ix) Utilizar medios ruinosos para procurar su recursos

La acción de responsabilidad concursal se independiza aún más de la acción societaria, ya que pretende sancionar las conductas que tienden a la insolvencia o a la afectación negativa de la responsabilidad del deudor, y no atrapa toda actuación antinormativa y culpable de los administradores societarios.

La norma requiere de dolo, aun eventual<sup>34</sup>, como factor de atribución<sup>35</sup>. La solución es lógica por cuanto cambia los ejes tradiciona-

<sup>33</sup> JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., *Ley de Concursos y Quiebras comentada*, 4ta. ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., t. II, p. 234.

<sup>34</sup> Lo que se enfatizó con la sanción del Cód. Civ. Com.: JUNYENT BAS, F. A. y FERRERO, L.F., *Alcances y delimitación del dolo en la acción concursal de responsabilidad. Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial unificado*, DCCyE 2013 (abril), p. 3.

<sup>35</sup> Expresa Dasso que, desde el punto de vista del presupuesto objetivo, la redacción actual es más amplia y menos casuística, porque involucra todos los actos dolosos (distinguir ahora la situación especial de quienes debieron conocer la finalidad del acto) tendientes a provocar la disminución del activo o exagerar

les de la responsabilidad y permite una nueva revisión de los actos realizados durante el período de sospecha. Se modifican, además, plazos de prescripción, legitimación (que incluye al síndico y acreedores) y otras pautas que no son necesarios para otros casos de responsabilidad de los administradores<sup>36</sup>.

---

el pasivo, sin que al efecto interese la fecha de realización del acto respecto de la sentencia de quiebra (antes o después). Cfr. DASSO, A.A.; DASSO, A.G. y DASSO, J.A., *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown: Ley 24.522*, Ad-Hoc, Bs. As., 1997, p. 483.

<sup>36</sup> MOLINA SANDOVAL, C., *Dolo y culpa de los directores en la sociedad anónima: alcances de su responsabilidad*, en: "Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969)", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2.009, t. III, p. 1597.

### 3. Modos de conclusión del proceso concursal

---

## Inconstitucionalidad de asignación de dividendos concursales caducos (art.224 LCQ) en la Quiebra.

### Beneficiario

*Adalberto Luis Busetto*

#### Sumario

La segunda parte del art. 224 LCQ que asigna los dividendos concursales no percibidos caducos al Estado, produce una confiscación atentatoria del derecho de propiedad garantizado en el art. 17 CN lo que amerita su declaración de inconstitucionalidad. Tal contradicción que conlleva la creación por vía legal de un nuevo acreedor, cuando aún no se ha satisfecho a los legítimos acreedores, violenta principios básicos del Derecho Concursal Argentino y amerita su reforma. disponiendo que dichos fondos sean objeto de nueva distribución o devolución al fallido.

Como interpretación de la norma en caso de no prever su inconstitucionalidad, el beneficiario de los fondos será el Estado Provincial legalmente obligado a sostener la educación común.

#### Fundamento. Antecedentes

La norma no responde al elenco de disposiciones básicas concursales, que vienen repitiéndose, bien que transformadas por diferentes orientaciones, en las periódicas leyes sobre insolvencia argentinas.

La disposición que ordena atribuir los fondos no percibidos al vencimiento del plazo de caducidad (anual o quinquenal) al Estado, es originaria de la Ley 19551. El Código de Comercio, ni sus reformas hasta 1972 contenían tal atribución.

Se trata de una norma de **higiene tribunalicia**, que parte de la convicción de que todo lo que se barra debajo de la alfombra al final de la fiesta debe ir a parar al Estado.<sup>1</sup>

Afirmo que se trata de una norma de higiene tribunalicia pues su objetivo es no dejar expedientes con cuestiones pendientes, como serían aquellos que aún tienen fondos no retirados, y que entorpecen la labor de los Juzgados y la de los Bancos por la existencia de cuentas abiertas. De allí que la discusión en un primer momento se centrara en la dimensión del plazo de caducidad, si el término de los cinco años originales eran o no demasiado prolongados.<sup>2</sup>

Hoy día para los acreedores laborales atento la Convencionalidad que los ampara a instancia de la Fiscal General de la Cámara Nacional de Apelaciones de CABA ha sido exigida una notificación personal para tener por iniciado el plazo de caducidad.

Su primigenia fundamentación en la Exposición de Motivos de la ley 19551 en la convicción de que quien no ha cumplido la carga verificatoria no puede perjudicar a los otros acreedores e imponer la retrogradación de trámites cumplidos y distribuciones aprobadas, sucumbe ante el manifiesto error lógico entre razón y norma, dado que no estamos frente a acreedores concursales tardíos sino entre acreedores concurrentes verificados, que llamaríamos “retrasados”, que no comparecen a retirar sus dividendos.<sup>3</sup> Por lo cual no retrogradan ningún procedimiento con su inactividad como dice curiosamente la Exposición de Motivos.

De todos modos el problema no finca en el plazo sino en la atribución que la segunda parte de la norma, realiza a favor del Estado respecto de fondos que, perdido el derecho a percibirlos por el titular del crédito, no pueden ser separados de la garantía patrimonial del fallido cuando la distribución ha sido insuficiente o deben ser mantenidos en el patrimonio desde el cual habían sido afectados al pago del crédito caduco cuando no existen otros créditos insolutos que atender.

<sup>1</sup> Veremos que con cercano calibre de irracionalidad e inconstitucionalidad el art.214 que destina los cuadros de la abuela del fallido a instituciones de bien público, que carecen de valor pues obviamente sólo servían para mostrárselos a las abuelas.

<sup>2</sup> El plazo originario de 5 años era considerado adecuado por varios tratadistas (Alberti), aunque criticado por excesivo para otros como García Martínez-Fernández Madrid en Concursos, comentario art-221 lo que demuestra que hay consenso respecto a la caducidad del derecho del acreedor inactivo.

<sup>3</sup> Edgardo Alberti en Concursos Ley 19551 de Quintana Ferreyra .Astrea Bs.As. 1990 T.III pag.799..

## Inconstitucionalidad

La norma nos parece que no supera el tamiz de la razonabilidad que el orden constitucional impone.

En primer lugar la disposición embiste los principios concursales que nos hablan del desapoderamiento como de una medida cautelar que suprime, en función de los fundamentos de los Concursos, las facultades de disposición y administración del fallido. Facultades que, transferidas por el “oficio de la quiebra” a la Sindicatura, no importan la pérdida del dominio de los bienes en cabeza del insolvente.

Ello adunado al hecho incontrovertible de encontrarnos frente a una ejecución —en el caso colectiva— pero ejecución al fin, que subroga los bienes desapoderados-ejecutados en los fondos obtenidos por su liquidación, sin cambiar la naturaleza de bienes sometidos a una medida cautelar, lo cual no puede llevarnos a la conclusión que afirme la pérdida de la propiedad de dichos fondos cuando no fueren percibidos por el acreedor.

Porque en la ejecución individual nadie duda que los fondos no percibidos por el acreedor, quedan de propiedad del deudor. No reside en esto la diferencia entre el derecho común o civil y el derecho especial de la insolvencia o sea el derecho concursal.

Si el sistema concursal castiga la inactividad del acreedor verificado haciendo caducar su derecho a la **percepción** de los fondos, no aparece razonable extender ese castigo al deudor fallido, a quien le son mantenidos y restituidos por no estar ya desapoderados, los otros bienes sobrantes de la liquidación (art. 228 LCQ).

Privar del sobrante al fallido es infringirle un castigo pecuniario no previsto, que marcha en contra del moderno derecho concursal que lejos de ver su insolvencia como producto de una defraudación la ubica como una de las consecuencias —por nadie querida por supuesto— del riesgo empresarial.

Esta visión también engloba a los otros acreedores insatisfechos, que tienen vocación a la total satisfacción de sus legítimos créditos hasta donde el patrimonio cesante alcance, incluidos sus sobrantes.

## La doctrina

Mario Piantoni advierte el ataque a la garantía constitucional en su trabajo de “Inconstitucionalidad del art.221 de la Ley 19.551”.<sup>4</sup>

Edgardo Alberti en su obra citada de Concursos con Quintana Ferreira, Santiago Fassi y Marcelo Gebhardt tanto en su obra sobre la ley 19551<sup>5</sup> como en la edición referida a la ley 24.522 abogan por una redistribución entre los acreedores verificados, Ariel Angel Dasso en su obra concursal<sup>6</sup>. Francisco Juyent Bas –Carlos Molina Sandoval<sup>7</sup>.

Marcelo Barreiro, quizás en el más elaborado trabajo publicado por Alegría y Anaya en *Doctrinas Esenciales*<sup>8</sup> al comentar el fallo de la Corte Suprema de mayo del 2006, rebate con precisión el argumento que enarbola la Corte respecto a la no violación del derecho de propiedad.

Dice el autor que, sostiene el Tribunal que sólo sería posible tal violación del derecho de propiedad si el bien se encuentra en el patrimonio del supuestamente afectado, circunstancia que no aparece en el caso, pues el bien (los fondos) ya no pertenecen al fallido, quien ha efectuado un pago forzoso mediante la distribución perdiendo así el dominio de los bienes. Bienes que abandonados por el acreedor, pasan a tener tal calidad de “vacancia” que habilita la atribución de la propiedad a favor del Estado.

A lo cual responde el autor citado que es muy forzado el argumento de la “vacancia” dado que para tener por operada la misma debió precederle un abandono, como modo relativo de la pérdida del dominio, lo cual nos remite al art. 2526 del Código Civil el que definía a las “*cosas abandonadas por su dueño, (como) aquellas de cuya posesión se desprende materialmente con la mira de no continuar en su dominio*”. Situación fáctica no configurada en este caso, dado

<sup>4</sup> LL 150-891 “el deudor es titular de los bienes que no salen de su patrimonio, pues el desapoderamiento no importa una pérdida del derecho de propiedad. (la disposición de la norma) significa derogar todo el sistema de prescripción liberatoria. ... (a los otros acreedores) ... los priva del derecho a un posible aumento del dividendo...”

<sup>5</sup> Concursos y Quiebras .Astrea Bs.As. 1993 pag. 445 y 5<sup>a</sup>. Edición Bs.As. 2006 comentario art.224. “La situación de abandono de un dividendo pecuniario no tiene diferencia civil ninguna con el abandono de una ejecución individual supuesto en el cual los bienes incautados para satisfacer al acreedor son devueltos sin duda ninguna al deudor”

<sup>6</sup> Dasso Ariel A. El Concurso Preventivo y la Quiebra.T.II Ad Hoc Bs.As. 2000 pag. 872

<sup>7</sup> Juyent Bas-Molina Sandoval.”Ley de Concursos y Quiebras Comentada”Lexis Nexis Bs.As. 2003 T.II pag.454

<sup>8</sup> Barreiro Marcelo G. “Otra vez sobre la constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 224 LCQ” en Anaya Jaime-Alegría Hector.Dir. Derecho Comercial *Doctrinas Esenciales Concursos y Quiebras* Ed.La Ley Bs.As. 2008 T.III pag. 873

que el acreedor “abandonante” nunca tuvo la posesión de los fondos, por cual nunca salieron efectivamente del patrimonio al que pertenecían. Norma suprimida en el nuevo CCCN, que sólo menciona las cosas abandonadas como susceptibles de apropiación, la que no se configura en el caso.

Existen empero, voces a favor de la constitucionalidad, aunque a mi criterio resulta **equivocada la afirmación** de tres prestigiosos coautores del proyecto que terminó, aunque con modificaciones, convirtiéndose en la actual Ley base de Concursos 24522 como son Julio Rivera, Horacio Roitman y Daniel Vitolo, al decir que *“la mayoría de los autores se pronuncia a favor de la solución legal.*

### La jurisprudencia.

Los fallos en la distintas jurisdicciones muestran similares posiciones a las doctrinarias, con disidencias en algunos casos y dos precedentes de Supremos Tribunales, uno de la Provincia de Mendoza y otro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que rechazan la inconstitucionalidad.

En la Cámara Nacional de Comercio existen las resoluciones siguientes:

En la Sala B de febrero de 2005 bien que en un “obiter dicta” este Tribunal se ha expedido por la constitucionalidad con los votos de la Dra. Paiggi y del Dr. Butty<sup>9</sup>, reiterando la posición en mayo de 2005<sup>10</sup> y marzo de 2008<sup>11</sup> con voto del Dres. Bargallo y Diaz Cordero.

En la Sala C y en la Sala D se advierten en fallos de Marzo de 2005<sup>12</sup> y de Abril de 2008<sup>13</sup> que establecen la constitucionalidad de la norma, por voto de los Sres. Jueces Caviglione Fraga, Ojea Quintana y Cuartero, con la disidencia en ambos casos del Juez Monti.

El disidente Juez Monti funda su opinión respecto a la inconstitucional confiscación del patrimonio del fallido, con afectación tam-

<sup>9</sup> CNcom sala B Grimberg de Falatycki Esther s. Quiebra 28/02/05

<sup>10</sup> CNcom, sala B Soppelsa SA s/. quiebra 18/05/07

<sup>11</sup> CNCom. sala B Cea S.A. s.Inc. de pago por pronto paguistas s.inc. de apelación. 28/03/08

<sup>12</sup> CNCom Sala C Pugliese Antonio Pugliese Sergio SH s/. Quiebra 31/03/2005

<sup>13</sup> CNCom Sala D La Hidrofila Argentina SACEI s. Quiebra 8/04/2008

bien al de los acreedores insolutos parcialmente y destinatarios de la garantía universal sobre el patrimonio de su deudor, en que el concurso no convierte al fallido en sucesor singular de dichos bienes no percibidos, sino que esos fondos “sobrantes” nunca salieron de dicho patrimonio (el del fallido) pues sólo estuvieron sometidos a una suerte de medida cautelar (el desapoderamiento falencial).

La Sala I de la Suprema Corte de Mendoza en Agosto de 2002 había sentado la constitucionalidad del precepto <sup>14</sup>, en fallo que obtiene confirmación de la Corte Suprema de Justicia Nacional <sup>15</sup> en finales del 2006.

Los argumentos que trataremos en conjunto de ambos Superiores Tribunales, que comparten el de sus Procuradores, pueden resumirse destacándose dos que lucen como en la siguiente nómina: 1º No existe violación al derecho de propiedad del fallido (ni de los acreedores impagos) pues los fondos no le pertenecían **ya al momento de la caducidad**, habría existido un “pago forzoso”, irrevocable e irreversible, consentido por la pluralidad de partes que comprende el concurso al aprobarse la distribución falencial. 2º No existe violación del principio de igualdad ante la ley, pues la caducidad como la prescripción son institutos que determinan la pérdida de derechos, produciéndose la **vacancia** en el caso. El activo estaba vacante sin pertenecer ya al concurso (por tanto no era **ya** garantía de los acreedores), quedando facultado el legislador en disponer de los mismos, siendo razonable que lo haga de un modo socialmente justo, como resulta su disposición al bien común. Lo que en definitiva existe no es un trato desigual para estos acreedores por privación de su garantía sino una “limitación” a dicha garantía.

Nuestra Provincia presenta a la fecha fallos de Camaras de Apelaciones en ambos sentidos:

La Camara Civ.Com. y de Garantías de Necochea en Abril de 2005<sup>16</sup> dispone el reintegro al fallido de los fondos no retirados, entendiendo que la única forma de confiscación de bienes a favor del Estado que tolera el texto constitucional es la expropiación por causa de utilidad pública:

---

<sup>14</sup> SCMendoza Sindicos (en aplicación 27.542 FISC ALIA DE ESTADO (en aplicación 22.216 Carbometal SAIC s/.Concurso Preventivos/.Rec.Directo s/.Inc.Cas.

<sup>15</sup> c. 111.830 CS, 2006 /11/14 Carbometal SAIC s/. Quiebra s/.Concurso Preventivo

<sup>16</sup> Cardone Juan Carlos S.Quiebra 5/04/2005 .Errepar DSE nº 218 Enero /2006 T. XVIII pag.25

Por su parte la Cámara 1ª Civ. y Com. de San Nicolás en julio de 2006<sup>17</sup> se enrola en la tendencia de la Corte nacional.

### **El beneficiario de los fondos caducos.**

Reza la norma en estudio que se destinaran asl al patrimonio estatal para el fomento de la educación común.

En ningún caso nomina al beneficiario dentro del Estado.

Ello abre la controversia si serán destinados al Estado Nacional o al Estado Provincial o Autonomo donde tramita el proceso, que también tiene a su cargo la educación común y en muchos casos es el territorio donde han sido generados los créditos y también la deudas.

Un fallo firme dictado en autos “**BANCO DE ENTRE RIOS S.A. S. QUIEBRA S/ INCIDENTE (ART. 224 LCQ PROM. POR: PBRO. GERMÁN PABLO BRUSA)**”, Expte. N 1817, dictado en Paraná el 10/08/2015 el Magistrado actuante decidió entregar los fondos importantes que se habían acumulado al instituto Enseñanza Secundaria de Gestión Social D-232 “Pablo de Tarso”.

### **Mi opinión**

Del estudio de antecedentes, doctrina y jurisprudencia que he desgranado, arribo a la conclusión de la inconstitucionalidad de la norma.

Me detendré en los argumentos vertidos en el fallo del Supremo Tribunal de la Nación, que trataré de comentar por el prestigio y autoridad que la Ley Suprema le confiere.

a) El argumento que sostiene la salida de los fondos del patrimonio del fallido, por la existencia de un “pago forzoso” operado con la aprobación y consentimiento de las cuenta de distribución falencial es el cristal que desfigura el caso conduciendo a una falsa solución.

El pago por el hecho de realizarse en un expediente concursal no importa la transferencia de los fondos del patrimonio del deudor al del acreedor hasta que no sea “percibido” por el acreedor.

No finca en este punto la diferencia o especialidad concursal respecto al derecho común.

---

<sup>17</sup> CCom San Nicolás Folguera SA LLBA, 2007-477

Por un lado el pago en la Quiebra no se obtiene *por el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación* como lo establecía el art.725 del C.C.(hoy lo hace el art. 865 del CCCN) y carece en la generalidad de los casos de las características establecidas por el derecho común para su validez, entre éstas la identidad de objeto o la de su integridad.

Por el otro lado, la normativa especial de la insolvencia regula una ejecución colectiva, forma compulsiva de obtener hasta donde el valor de la universalidad de los bienes del fallido alcance, la satisfacción relativa del credito legitimo. Credito que concurrirá porcentualmente y dentro de su categoría a poder percibir la cuota de dividendo conjuntamente con sus otros acreedores concursales.

Pero ninguna de los dos indiscutibles afirmaciones de los dos párrafos inmediatos anteriores marcan alguna diferencial o especialidad con el derecho común, con la ejecución individual *in bonis*. Ejecución en la que ninguna duda tendríamos en afirmar que si el acreedor ejecutante no comparece a retirar (por sí o por otro legitimado) sus fondos obtenidos de la subasta hasta la prescripción de la ejecutoria, dichos fondos quedan para el deudor, y no pueden ser dados a un tercero, ni por la ley ni por el Juez

Es aquí donde encuentro insuperada la argumentación de Edgardo Albertí -uno de los más lúcidos magistrados comercialistas- cuya cita hice anteriormente, que clama por la inaplicabilidad de la última parte del anterior art. 221, hoy art. 224 LCyQ. Más allá del acierto de si es breve o prolongada la caducidad, si el desapoderamiento no transfiere la propiedad al concurso—como no afirma la Corte- parece que lo “forzado” es el argumento esgrimido y no el “pago forzoso”,sin antecedentes en el plexo legal.

Este tratamiento dado por la legislación concursal (art. 224 *in fine* LCQ) a una misma situación fáctica, sin ninguna justificación razonable luce consagrando una discriminación arbitraria, que funda el reproche constitucional.

b)Otro de los argumentos del Supremo Tribunal finca en un presunto abandono de los fondos por el acreedor destinatario, lo que llevaría a su vacancia.

La vacancia que sucede al abandono. requiere previo dominio o propiedad como rezaba el art. 2526 C.Civil : “*Son cosas abandonadas por el dueño,aquellas de cuya posesión se desprende con las miras*

*de no continuar en su dominio*”, que ya no figura en las normas, pero surge de un recto razonamiento lógico, a mi entender.

Lo poco convincente del argumento se resuelve en la simple circunstancia de que el acreedor no ha llegado a ser propietario de los fondos, porque simplemente no los ha poseído.

Mal puede abandonar una posesión quien no la tiene. el acreedor ha tenido el título o sea el derecho a tener los fondos, pero no alcanzó a cumplir el modo que se los incorporara a su patrimonio.

c) Otro de los argumentos se refiere al aspecto publicístico del proceso y el interés general comprometido que justificarían la asignación de estos fondos al Estado.

Es precisamente el interés general el que a mi criterio informa la solución adversa al sentido de la norma cuestionada.

Véase que el interés general comprometido, que insufla el aspecto publicístico del Concurso, es la defensa del crédito.

La ley busca resolver el conflicto entre deudor cesante que no puede abonar aunque quiera y acreedores que no perciben sus créditos, para que al menos cobren en paridad y en paz, una parte de sus legítimas acreencias.

De allí lo “asistemático” de la disposición que dispone el destino a la educación común de los fondos no retirados en término, aún en presencia de acreedores no totalmente pagos. Va contra la lógica del sistema, porque toda la normativa concursal, más en sus modernas tendencias, intentan dentro de lo posible proteger el crédito concedido al insolvente, aún anticipando las normas cautelares concursales, y en ninguna forma distraendo los fondos hacia terceros.

No deja de conmoverme su destino, como sin duda ha pasado con los magistrados que se alinean en la aplicabilidad de la norma.

Pero debieran entender que la asignación al Estado para la educación común es igual desde el punto de vista jurídico del derecho de los acreedores que si se le otorgara al Estado para rentas generales, o la SIDE o el mantenimiento de la residencia de Olivos.

El atraso y la pobreza endémica en que el “populismo” tiene sumergido a este rico país, no es más que un problema de educación. Mas encuentro razonable pensar que no llegaremos a ella (la educación

del soberano) que nos conduzca al ansiado progreso tomando los fondos en cuestión.

Seguramente violando el art. 17 CN y los principios que defienden el crédito habremos contribuido un poco más a profundizar la “inseguridad jurídica” en lo económico, minando bases para el ansiado progreso, que significa mejor educación, salud, seguridad y justicia.

Ultima mención de este trabajo es resaltar el fallo de la Dra. Miriam Celle en autos: “Banco Platense SA. s/.Quiebra” expte n° 120.599 Juzgado Civ. Y Com.n° 5 La Plata, quien en uso del “control difuso de constitucionalidad” declara la inconstitucionalidad de norma que en ese caso particular priva de importantes fondos a los acreedores insatisfechos, disponiendo realizar una distribución complementaria de dichos fondos entre los demás acreedores.

Si bien la doctrina parecía tener por superado el tema ante la decisión del Supremo Tribunal y el escaso planteo judicial de la cuestión, no cabe duda que cuando los fondos son importantes recrudece el reclamo y la **lógica** vuelve a imponer sus razones, llevando a otros magistrados a tomar la decisión correcta.

Curiosamente la última reforma concursal, que ha acentuado el derecho de los trabajadores, no ha reparado que entre esos acreedores insatisfechos puede haber trabajadores, quienes ven expropiado su derecho a aumentar el cobro de sus acreencias con el producido de los bienes que con sus propias manos ayudaron a construir.

Se ha perdido otra oportunidad de eliminar una solución disvaliosa de la ley concursal.

## **Efectos liberatorios de la quiebra En procura de una necesaria limitación**

*Dario J. Graziabile*

*En el concurso se desarrolla un sistema patrimonial propio que frente a la conclusión de la quiebra por medios liquidativos produce efectos liberatorios. La quiebra necesariamente y como efecto natural produce la liberación de las deudas concursales no satisfechas en ella. La derogación del art. 253 de la ley 19.551 que expresamente disponía tal efecto no modifica el sistema patrimonial concursal. El desapoderamiento hace que el patrimonio del fallido se desdoble en dos, uno sometido a la quiebra sobre el cual concurren los acreedores concursales y otro ajena a ella y de cuya ejecución quedan excluidos los acreedores concursales (arts. 104, 2º parte, 107 y 125, 1º parte LCQ). Por ende, la rehabilitación del fallido y la conclusión de la quiebra por un modo liquidativo producen efectos liberatorios por extinción del patrimonio desapoderado que era la garantía de los acreedores concursales.*

*Pero tales efectos liberatorios de la quiebra no debieran ser absolutos sino que debieran relativizarse en una futura reforma legislativa. Es imperioso que tal efecto falencial sea limitado y no se produzca respecto a ciertos créditos.*

### **I. Introducción**

La solución de los problemas patrimoniales comprometidos en la insolvencia debe quedar definitivamente producida en el proceso concursal sin posibilidad de que se reediten produciendo un círculo vicioso. La existencia de efectos patrimoniales de los concursos no va direccionado tanto a la solución de la insuficiencia patrimonial desde el punto de vista económico, sino a la solución del conflicto

que tal situación acarrea con acreedores, terceros interesados y portadores de intereses generales. No pensamos que el concurso *lato sensu* sea un proceso universal destinado a la solución de una afectación patrimonial, sino que lo que repara es el conflicto que afecta la paz social. La crisis patrimonial únicamente se supera con la solución de las *litis* particulares entre deudor y sus acreedores.

Es incuestionable que los efectos principales de la falencia son los patrimoniales, pues el patrimonio es el asiento genérico de la responsabilidad obligacional, es decir, como se repite desde hace siglos, “el patrimonio es la prenda común de los acreedores”.

Como instituto y proceso universal destinado a la solución de una afectación patrimonial, nadie podrá discutir que los efectos principales del concurso son aquellos que recaen directamente sobre el patrimonio, es decir, los patrimoniales. Tampoco puede negarse que todas las demás secuelas de este proceso tienen directa relación con estos efectos patrimoniales, existiendo una concatenación estrecha entre ellos. Podría decirse que, como principio, el concurso produce efectos patrimoniales y, entendidos ellos en sentido *lato*, se abarcaría a todos los demás efectos, pues de una u otra manera son patrimoniales y afectan al patrimonio *in malis*.

Este sistema, viene concatenado con la inhabilitación, la cual considerando su cese y su relación con el desapoderamiento marca los efectos extintivos de la quiebra y la posibilidad de recupero o no, de los acreedores de sus acciones individuales luego de concluida el trámite falencial. Todo esto también considerando el modo conclusivo de la quiebra, debiendo distinguirse, aquellos liquidativos de los no liquidativos. En consecuencia debe entenderse el sistema patrimonial concursal directamente destinado a la cancelación del pasivo concursal.

## II. Inhabilitación y conclusión falencial

Debemos en este sistema, relacionar el desapoderamiento con la inhabilitación y la conclusión de la quiebra para poder afirmar que la quiebra tiene efectos liberatorios de los saldos insolutos. El desapoderamiento, que si bien como efecto patrimonial, se mantiene durante toda la quiebra, tiene un límite efectivo que es el cese de la inhabilitación, por lo que los bienes ingresados al patrimonio luego de que el fallido es rehabilitado queda fuera del desapoderamien-

to, ello, sumado a la conclusión de la quiebra por uno de sus modos liquidativos, agotados los bienes afectados al desapoderamiento, no existe más patrimonio sobre el cual los acreedores concursales puedan reclamar los saldos insolutos. Los modos conclusionales no liquidativos son parcialmente liberatorios porque lo son en relación a los acreedores concurrentes al concurso y no lo son en relación a las obligaciones de los acreedores no concurrentes. Las cartas de pago, importan la liberación del deudor en sí mismas, de la misma manera el avenimiento, a partir del cual podrán nacer nuevas obligaciones pero se extinguen las concursales. El único modo conclusivo no liberatorio es aquel producido por inexistencia de acreedores, ya que por su propia naturaleza todos los acreedores son no concurrentes y recuperan sus acciones individuales.

Este sistema patrimonial concursal hace que el patrimonio del fallido quede desdoblado en dos, uno *in malis* afectado en la quiebra y otro *in bonis* luego de concluida ella. La rehabilitación o el momento en que cesa la inhabilitación es el momento donde fenece una y nace la otra etapa patrimonial. En consecuencia los acreedores concursales únicamente pueden hacer valer sus derechos y por ende cobrar sus créditos dentro de la quiebra y sobre el producido de la liquidación de los bienes desapoderados.

## 1. Inhabilitación

La inhabilitación, sin perjuicio de sus orígenes y de la manera en que quedó introducida en nuestro derecho concursal, es uno de los pilares fundamentales del sistema patrimonial concursal y es la piedra de toque de la liberación del fallido por los saldos insolutos luego de finalizada la quiebra. La relación existente entre el desapoderamiento, la inhabilitación y la conclusión falencial, produce el efecto liberatorio de los créditos impagos en la quiebra. La ley 4156 por influencia de la ley inglesa de 1869 introduce el efecto liberatorio de los saldos insolutos en la quiebra por efecto de la rehabilitación del fallido. La relación que tiene la inhabilitación con la liberación del fallido, la debemos encontrar en el derecho anglosajón, donde realmente nace el sistema inhabilitatorio de la quiebra teniendo como consecuencia la *order de discharge* que implica la liberación del deudor de las deudas concursales. La rehabilitación implica liberación del fallido de lo que queda adeudando en la quiebra respecto de los bienes que adquiriera después de ser rehabilitado. De este modo, por las deudas de la masa

pasiva que no puedan satisfacerse en el procedimiento de ejecución falencial, el fallido resulta liberado de responder con los bienes que ingresen a su patrimonio a partir de la rehabilitación, quedando esos bienes excluidos de la agresión de los acreedores parcial o totalmente insatisfechos.

Bajo la ley 19.551 la sentencia de rehabilitación implicaba, con relación al deudor, el cese del desapoderamiento sobre los bienes que adquiriera con posterioridad (art.111), los que quedaban al margen de la posibilidad de agresión de los acreedores que conformaban la masa pasiva por los saldos insolutos en la quiebra en la que se lo rehabilitaba. Expresamente la ley establecía que el fallido quedaba liberado de los saldos que quedara adeudando en el concurso, respecto de los bienes que adquiriera después de la rehabilitación (art. 253). En nuestro actual sistema, no surge expresamente del texto de la ley, el efecto patrimonial a que venimos haciendo referencia. No es posible hallar en la ley 24.522 norma alguna que refiera, como su antecesora ley 19.551 (desde la ley 4156), a la liberación patrimonial por rehabilitación. Cabe reconocer que si bien en los antiguos Códigos de Comercio, la rehabilitación no producía la liberación del deudor, es cierto que el fallido quedaba rehabilitado únicamente cuando nada debía a sus acreedores y si no pagaba, la rehabilitación se producía conforme lo resuelto en la calificación de conducta. En virtud de una labor de integración del derecho y de interpretación racional y razonable de las disposiciones vigentes, nos encontramos ante un supuesto de carencia de norma, vacío o laguna normativa que requiere de la labor de integración del ordenamiento, tarea en la cual es dable recurrir a los mecanismos de integración que prevé el art. 2 CCivCom. Debe admitirse que tras la rehabilitación, el fallido se libera de responder con sus bienes nuevos frente a sus acreedores concursales no totalmente satisfechos. Este es, en esencia, el beneficio patrimonial que la rehabilitación confiere al fallido. Pero una vez reconstruido (mediante la labor integrativa-interpretativa) el efecto de liberación patrimonial del deudor, es necesario delimitar su exacto campo de aplicación. Porque no será invocable por el deudor en todos los casos, y así, en los que no opere, será posible agredir el patrimonio nuevo del deudor.

Antes de ello conviene explicitar que el efecto liberatorio que sucede a la rehabilitación adquiere operatividad e importancia práctica, con la conclusión de la quiebra. Es recién a partir de ese momento, cuando es viable considerar la recuperación por parte de los acreedores concursales (hayan o no insinuado sus créditos) de su poder

de agresión por la vía individual, y además es recién con la conclusión de la quiebra cuando será posible determinar con certeza si existen créditos insatisfechos. La conclusión de la quiebra no tiene efectos de extinción global o generalizada de las obligaciones abarcadas. En virtud de cada modo conclusivo habrá obligaciones que quedan extinguidas y otras que no, permaneciendo por tanto el crédito (o parte de él) vigente tras la finalización de la quiebra, por lo que únicamente la quiebra liquidativa concluida luego de la rehabilitación del fallido produce la extinción de las obligaciones concursales de los acreedores no concurrentes y los saldos insolutos de los acreedores concurrentes. Con mayor estrictez, más que un supuesto de extinción, tiene lugar la reducción de la garantía patrimonial de los acreedores, pues aunque la obligación permanezca vigente, no podrán atacar los bienes que el exfallido adquiriera luego de que tuvo lugar la rehabilitación (Silvana GARCÍA).

## 2. Modos conclusivos

A fin de delimitar el campo de aplicación del efecto liberatorio, debe relacionarse tal consecuencia con los modos de conclusión de la quiebra y asimismo con la calidad del crédito (concurzal, concurrente o no, o prededucible). El efecto liberatorio de la rehabilitación nació en íntima vinculación con la quiebra liquidativa con insuficiencia de bienes, esto es, con la quiebra en la que existió liquidación de activo y distribución de su producto, pero con alcance parcial en cuanto al grado de satisfacción de los créditos involucrados en el reparto. La liberación patrimonial por rehabilitación es invocable por el ex fallido ante un eventual reclamo, únicamente cuando la quiebra hubiera concluido de modo liquidativo, en cambio, si la conclusión de la quiebra tuvo lugar por alguno de los modos *no liquidativos*, la responsabilidad del deudor frente al concreto reclamo de una obligación subsistente (o de parte de ella) es plena, esto es, con todo su patrimonio, aún con los bienes que adquiriera con posterioridad a la rehabilitación. Naturalmente, serán las hipótesis de quiebras concluidas luego de clausura por distribución final (art. 231 LCQ), donde la satisfacción de los créditos siempre resulta parcial, aquellas en las que el efecto de liberación patrimonial adquirirá mayor relevancia práctica, manteniendo el patrimonio nuevo del deudor ajeno de posibles agresiones. También el caso del llamado pago total (art. 228 LCQ) que resulta un modo liquidativo falencial que no implica un real pago total *lato sensu*, sino que se limita a

los créditos verificados y declarados admitidos. Además, en el supuesto de quiebras no liquidativas, como en ellas no se realiza la liquidación total de los bienes desapoderados, concluida la falencia, se confunden los bienes de aquel patrimonio de afectación con los posteriores a la rehabilitación, por lo que no pueden extinguirse las acreencias de los acreedores no concurrentes que no participaron en la conclusión no liquidativa.

Subsiste la problemática cuestión de las quiebras que concluyen tras previa clausura por falta de activo, esto es, cuando no existe un mínimo de bienes desapoderables para satisfacer al menos los gastos y honorarios (art. 232 LCQ) de modo que los acreedores concursales no reciben ningún dividendo. Tal supuesto no es solucionable por el sencillo recurso de ubicar el caso dentro de la clasificación de los modos de conclusión de la quiebra en liquidativos y no liquidativos. Resulta difícil encontrar suficiente sustento legal (más allá de consideraciones valorativas) para sostener que la quiebra sin activo impida al fallido, una vez rehabilitado, liberarse de todas sus obligaciones impagas. Tampoco se impedía bajo ley 19.551, sólo que no sucedía de modo tan incondicionado, ni tan inmediato. Tal vez, el hecho de requerir la ley 24.522 la investigación penal en el supuesto de clausura por falta de activo, sea un indicio de que se quiso de algún modo subordinar la rehabilitación a la previa dilucidación de la conducta penal. Pero lo cierto es que así no fue establecido, y la comunicación de la clausura a sede penal no configura de por sí razón suficiente para impedir que la inhabilitación cese, y con ello permitir la liberación del fallido.

### **III. Efectos liberatorios de la quiebra. Limitaciones de *lege ferenda***

Las razones que determinaron la incorporación del beneficio de la liberación patrimonial en nuestro sistema (evitar la agresión *sine die* del deudor) demuestran que siempre se lo entendió vinculado a las quiebras que importaban liquidación de bienes del fallido. Ya que resultaba privado de todo su patrimonio, parecía lógico que también su pasivo quedara definitivamente despejado. Además, se entendía necesario permitir al deudor su pronta recuperación de modo de poder formar un patrimonio nuevo. La necesidad de proteger al deudor de la agresión *sine die* de sus acreedores al haberse liquidado ya todos sus bienes no se presenta ante modos de conclusión de la quiebra en los que el fallido conserva intactos todos los

bienes que conforman su patrimonio.

Toda vez que la liberación patrimonial por rehabilitación resulte invocable por el ex-fallido en quiebras liquidativas, no hay dudas en cuanto a la aplicabilidad del efecto con relación a los acreedores que se sometieron al proceso de verificación de créditos y fueron reconocidos. Con relación a los acreedores que no concurrieron al proceso falencial, la situación sigue siendo problemática. Ello porque como regla la conclusión de la quiebra deja subsistente el respectivo crédito, hasta que no opere a su respecto la prescripción. Pero en virtud de la liberación patrimonial por rehabilitación, ese acreedor sólo podrá intentar el cobro del respectivo crédito con relación a bienes que habrían resultado objeto de desapoderamiento en la quiebra, no así con relación a los que adquiriera el ex-fallido con posterioridad a su rehabilitación, por lo que concluida la quiebra y cesado el desapoderamiento el fallido queda liberado también en relación a dichos créditos.

La derogación del art. 253 LCQ, que expresamente preveía el efecto liberatorio, fue consecuencia de la eliminación de la calificación de conducta, por lo que se debió a una derogación involuntaria, la cual no evita que el efecto igualmente se cumpla. Ahora es claro que del juego de los arts. 104, 2° parte, 107 y 125, 1° parte, LCQ, los acreedores concursales pueden hacer valer sus derechos únicamente sobre los bienes desapoderados adquiridos hasta la rehabilitación, lo que implica a *contrario sensu* que no podrán agredir los bienes que componen el patrimonio luego del cese de la inhabilitación. A partir de allí, se desdobra el patrimonio, afectándose los bienes adquiridos luego del cese de la inhabilitación a los créditos nacidos con posterioridad a la quiebra. Cesada la quiebra, cesa el desapoderamiento que tuvo su límite temporal en la rehabilitación, sin que los acreedores concursales tengan acción contra los bienes incorporados al patrimonio luego del cese de la inhabilitación, salvo claro los supuestos de conclusión no liquidativa. No parece ser la solución legal, aun derogado el antiguo art. 253 LCQ que los acreedores concursales puedan luego de concluida la quiebra accionar contra los bienes adquiridos luego de la rehabilitación, pues qué sentido tendría esperar para ello la conclusión de la quiebra, lo que además del efecto temporal haría que se produzca una desventaja con respecto a los acreedores posconcursoales que al ser exigibles podrían ejecutar el patrimonio pos rehabilitación. En consecuencia concluida la quiebra en forma liquidativa los acreedores falenciales no recuperan sus acciones individuales, ni los concurrentes por el saldo insoluto, ni los no con-

currentes por la totalidad de su crédito luego de la prescripción de la acción. En cambio, cuando la conclusión es no liquidativa, los no concurrentes recuperan sus acciones individuales y los concurrentes quedan sometidos al modo conclusivo. Esto porque la conclusión no liquidativa deja sin efecto el desapoderamiento, cuyo único fin es resguardar el patrimonio cesante para su liquidación.

Tal es la interpretación que surge de *lege lata*, porque la ley no hace ninguna distinción, habría que ver si de *lege ferenda* no habría que hacer alguna distinción y limitar la exoneración de las obligaciones residuales a determinados créditos o permitir solamente la liberación del deudor honesto, ello impondría limitaciones objetivas y subjetivas para el descargo de deudas por medios concursales, como expresamente lo disponen por ejemplo, las leyes norteamericana, alemana y la italiana. La limitación objetiva debiera dirigirse en principio, a los créditos por alimentos y los correspondientes a los acreedores involuntarios, habría que ver con que alcance también a los créditos fiscales, por otro lado, la limitación subjetiva, claramente debiera diferenciar al deudor de buena fe del de mala fe.

#### IV. Conclusiones

1. La quiebra necesariamente y como efecto natural produce la liberación de las deudas concursales no satisfechas en ella.
2. La derogación del art. 253 de la ley 19.551 que expresamente disponía tal efecto no modifica el sistema patrimonial concursal.
3. El desapoderamiento hace que el patrimonio del fallido se doble en dos, uno sometido a la quiebra sobre el cual concurren los acreedores concursales y otro ajena a ella y de cuya ejecución quedan excluidos los acreedores concursales (arts. 104, 2º parte, 107 y 125, 1º parte LCQ).
4. Por ende, la rehabilitación del fallido y la conclusión de la quiebra por un modo liquidativo produce efectos liberatorios por extinción del patrimonio desapoderado que era la garantía de los acreedores concursales.
5. De *lege ferenda* los efectos liberatorios de la quiebra debieran ser relativos y no absolutos.

## Los saldos insolutos en la liquidación falencial como deberes morales o de conciencia

*Fernando Javier Marcos*

**Sumario:** Los saldos insolutos en la quiebra quedan equiparados “deberes morales o de conciencia” en los términos del artículo 728 del Código Civil y Comercial de la Nación, razón por la cual, los pagos que de estos se efectivicen con fondos no sujetos a desapoderamiento son irrepetibles, si el fallido no se opone con anterioridad a su realización.

### I. El desapoderamiento: concepto y alcances. La rehabilitación<sup>1</sup>

Sin duda, el efecto jurídico más relevante que produce la declaración de quiebra es el *desapoderamiento*<sup>2</sup> de los bienes que el fallido, que se traduce en la pérdida del ejercicio de los derechos de administración y de disposición de aquellos (bienes) que existan al momento en que se dicte la sentencia de quiebra —constitutiva del estado falencial— y de los que ingresen al patrimonio del deudor hasta su rehabilitación o cese de la inhabilitación, cuando ello fuere posible, tal como lo prevé el artículo 107 de la ley 24.522.

Quedan afuera de esta regla, los bienes excluidos por el artículo 108 de la ley concursal<sup>3</sup> —norma que no es autosuficiente, atento a que

<sup>1</sup> El término *rehabilitación* es utilizado como sinónimo de “cese de la inhabilitación”, atento a que este opera de pleno derecho (CSJN, FALLOS 333:5) y no requiere para su declaración de un proceso previo de calificación de conducta, tal como sucedía con la ley 19.551.

<sup>2</sup> JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009, T. II, p. 83.

<sup>3</sup> Si bien excede el marco de este comentario, se deben tener especialmente en cuenta diversas y relevantes normas del Código Civil y Comercial vinculadas al patrimonio, tales como el *artículo 242* que excluye de la garantía común a los

remite en su inciso 7° al resto del ordenamiento legal— y “los bienes adquiridos *ex novo* después de la rehabilitación, que no constituyan reintegro de bienes indebidamente salidos con anterioridad”<sup>4</sup>.

El deudor, pierde toda legitimación sobre estos, la que en el futuro será ejercida por el síndico, quien deberá proceder a la liquidación y distribución de su producido entre los acreedores de la quiebra, más allá que la propiedad de los bienes desapoderados “sigue siendo del quebrado que se beneficiará con el remanente, si lo hay luego de pagados todos los acreedores y los gastos de la quiebra”<sup>5</sup>.

Por esta razón, “el fallido no puede afectar su patrimonio por nuevas relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales, ya que está destinado a satisfacer a los acreedores por título o causa anterior a la apertura del concurso”<sup>6</sup>.

Así, la pérdida de legitimación a la que se aludió, significa que el fallido no podrá transferir sus bienes a terceros, ni gravar o celebrar actos jurídicos que puedan perjudicar o deteriorar su patrimonio<sup>7</sup>, el cual representa la garantía común de sus acreedores, como explícitamente lo señalan los artículos 242 y 743 del Código Civil y Comercial.

A esto se debe agregar que en principio, tampoco podrá el deudor ejercer la legitimación procesal en todo litigio vinculado a los bienes desapoderados (artículo 110 de la ley 24.522), más allá nada impedirá que “con el consentimiento del funcionario concursal [...] actué en carácter de tercero adhesivo simple o coadyuvante de la sindicatura, litigante principal, claro está, sin que esa actuación pueda retrogradar el trámite del expediente”<sup>8</sup>.

---

bienes inembargables e inejecutables (esta última categoría no está expresamente reconocida por la ley 24.522 al tratar los bienes excluidos del desapoderamiento), el artículo 243, que se refiere a los bienes de los particulares afectados directamente a un servicio público y el artículo 244 y ss. relacionadas a la protección de la vivienda y el bien de familia. Ello, sin perjuicio de los demás supuestos de bienes inembargables previstos por el ordenamiento legal vigente (salarios, jubilaciones, etc.).

<sup>4</sup> ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24.522*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1997, p. 146.

<sup>5</sup> FASSI, Santiago C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988, p. 230.

<sup>6</sup> CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, V. III, p. 2016.

<sup>7</sup> QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1986, T. 2, p. 111.

<sup>8</sup> CNCom, sala A, autos “Safeway SA c/ BankBoston National Association s/ Ordinario S/ Incidente art. 250”, 13/11/2007 (ABELED0 PERROT Online N°: 11/45110).

2. Otro aspecto a tener en cuenta, es que el desapoderamiento no produce efectos *sine die*, dado que cuando la rehabilitación del quebrado es posible (artículos 236 y 237 de la ley 24.522), tiene plazo de vencimiento, o sea, que cesa de pleno derecho<sup>9</sup> en el plazo de un año a contar desde la fecha de la sentencia de quiebra (artículo 236, ley 24.522), lo que determina el carácter declarativo de la resolución que la reconoce. Claro está, que ello será así, en la medida que no se dé alguno de los supuestos de reducción o prórroga, según se dispone en el tercer párrafo del referido artículo 236 de la Ley Concursal.

Vale también recordar, que en el caso de la quiebra de una persona de existencia visible (artículo 2 de la ley 24.522 – “persona humana”, artículos 19 y ss. del Código Civil y Comercial), su inhabilitación cesa *ope legis* al año de la fecha de la sentencia que declaró su quiebra.

Todo esto significa, que los bienes que ingresan al patrimonio del deudor con posterioridad a su rehabilitación, no pueden ser agredidos por la masa de acreedores, es decir, son inembargables e inejecutables, porque no responden por crédito alguno relacionado con la quiebra<sup>10</sup>. Sobre estos, el deudor tendrá la libre disponibilidad material y jurídica.

Lo descripto deja a la vista, que luego de la rehabilitación o del cese de la inhabilitación —fundamentalmente en el caso de una persona humana—, van (o pueden) coexistir dos masas de bienes propiedad del deudor, solo que una podrá ser agredida por los acreedores, mientras que la integrada por los nuevos bienes que se incorporen al patrimonio del deudor rehabilitado, queda amparada y solo respon-

<sup>9</sup> CSJN, FALLOS 333:5, autos: “Barreiro, Ángel s/ Quiebra”, 02/02/2010: “Resulta arbitraria la sentencia que al confirmar el fallo de la instancia anterior entendió que el cese de la inhabilitación no opera de pleno derecho al año de la fecha del decreto de quiebra, sino a partir de una declaración judicial obtenida mediante un trámite previo ya que dicha solución importa un apartamiento de la disposición legal que emana de los arts. 236 y 107 de la ley 24.522. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-”.

<sup>10</sup> Dado que excede el tema propuesto en esta ponencia, no se analizan detalladamente la suerte de todos los créditos pertenecientes a los acreedores concursales y a los llamados acreedores del concurso del artículo 240 de la ley 24.522. En particular, respecto de estos últimos, se debate sobre si estos quedan alcanzados o no por el efecto liberatorio que genera la rehabilitación. Autores como Silvana Mabel García —en posición que, adelanto, no comparto— sostienen que el acreedor del concurso “puede intentar por vía individual la satisfacción de su crédito no cubierto mediante la agresión de bienes que el fallido adquiera luego de su rehabilitación” (*La extinción de las obligaciones de la quiebra*, Córdoba, Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, Vol. LVI, p. 290 y ss.).

derá por obligaciones no alcanzadas por la quiebra (post-falencial).

Sucede que “el Estado, valorando los intereses en juego, se ha ocupado de resguardar que el fallido cuente con la posibilidad de pronta reinserción en el comercio o actividad que desarrolla”<sup>11</sup>, algo que cobra fundamental importancia, atento que la persona humana debe continuar con su vida y con la de quienes dependen económicamente de ella.

En resumen, la rehabilitación deja sin efecto la limitación que afectaban la capacidad, actuación y legitimación del fallido, quien como se señaló, “recobra también todos sus derechos sobre el patrimonio que forme desde entonces”<sup>12</sup>.

A causa de ello, los saldos que no son atendidos con el producido de los bienes desapoderados que son liquidados en el marco del proceso falencial, no pueden ser exigidos con posterioridad al deudor.

3. Resta aclarar también, que el desapoderamiento como efecto que se activa de pleno derecho con la declaración del estado falencial, “está ligado en su subsistencia a que la quiebra perviva como instituto y proceso”<sup>13</sup>.

Esto implica que, con excepción de los casos en que la quiebra concluye por alguna de las causales previstas por la legislación concursal y, con ella, todos sus efectos (por ejemplo: por el pago total, por el avenimiento, por la conversión en concurso preventivo), las consecuencias propias de dicho desapoderamiento continúan vigente hasta que opere la prescripción de la acción para exigir la cancelación de los créditos impagos a cargo de la quiebra, porque mientras esto no suceda y, en la medida que existan bienes, presentes o futuros —que ingresen a la masa antes de la rehabilitación— a los que se refiere la regla del artículo 107 de la ley 24.522, dichas acreencias van a poder ser pagadas con el producido de su realización.

---

<sup>11</sup> C.C.Com. 3ra. Nom. De Córdoba, 11/5/2010, autos “Milquevich, Rubén I. s/ Quiebra propia simple”. Abeledo-Perrot *on line*, citado por Vítolo, D. R., en *La Ley de Concursos y Quiebras y su interpretación en la jurisprudencia*, Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2012, T. II, p. 365

<sup>12</sup> FASSI, S. y GEBHARDT, M., *op cit.*, pp. 484-5.

<sup>13</sup> HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Editorial Abaco, 2001, T. 3, p. 978.

## II. Los saldos insolutos. Su Naturaleza.

1. Establecidos estos primeros parámetros necesarios para continuar con el abordaje de la temática propuesta, corresponde ahora determinar la naturaleza de los saldos insolutos en la quiebra y, a partir de ello, el régimen legal que los comprende.

Como se sabe, la falta de fondos distribuibles y, agregado, de otros bienes susceptibles de ser desapoderados para su posterior liquidación, no produce la extinción de crédito alguno, situación ésta que involucra a los saldos impagos de los que fueron verificados o admitidos.

Estos se transforman en acreencias inexigibles al deudor (fallido rehabilitado) sobre los bienes que adquiere o que ingresan a su patrimonio una vez que ha cesado la inhabilitación. Esto es así, porque la quiebra declarada, aún luego de su clausura, sea por liquidación final o por falta de activo, tampoco representa por su sola ocurrencia, una causa que permita la extincuir obligaciones.

Si se parte de estas premisas y se le suma que tales obligaciones tampoco pueden ser exigidas sobre bienes ajenos al desapoderamiento (artículo 107 y 108, ley 24.522), ¿en qué se transforman estas acreencias?

La respuesta que se imponía antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial —y adelante, también ahora— era evidente: en el juicio de quiebra son “obligaciones naturales los saldos de deudas del fallido” que quedan impagos al producirse su rehabilitación<sup>14</sup>.

Por esta razón, las normas aplicables eran las que emanaban de los artículos 515 a 518 del Código de Vélez, que hoy han quedado superadas por el texto del nuevo artículo 728 del Código sancionado por la ley 26.994.

Recuérdese que el Código Civil definió a estas obligaciones en su artículo 515, precepto en el que se decía que eran entendidas como *naturales*, “las que, fundadas en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas”. Luego en una serie de cinco incisos, daba diversos supuestos de esta clase de obligaciones, a título meramente ejemplificativo.}

---

<sup>14</sup> CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, T II, p. 25

Como se puede ver y, sin entrar en debates de orden filosófico-jurídico que por su extensión y profundidad no pueden ser tratados debidamente en este breve trabajo, la referencia al Derecho Natural y a la equidad, con independencia del punto de vista desde el que sean analizadas, representaron para el codificador “un parámetro ético que sirve para discriminar los casos en los que hay una razón de deber de aquellos en los que no la hay”<sup>15</sup>.

2. Seguramente uno de los datos más importantes que se dependen de la norma antes transcrita, es el que se refiere a la imposibilidad para el deudor de repetir lo que hubiese pagado en relación a esa obligación natural<sup>16</sup>, pago que está sujeto a dos requisitos: “a) que sea espontáneamente hecho por el deudor; b) que el deudor tenga capacidad para pagar”<sup>17</sup>.

Por otra parte, no se debe perder de vista que para “la generalidad de la doctrina, en nuestro país, el aludido acto de cumplimiento, es un verdadero pago y no un obsequio o donación”<sup>18</sup>, razón por la cual, no posee lo recibido carácter de liberalidad<sup>19</sup>, lo que no es un tema para nada menor, pues de lo contrario estas “atribuciones patrimoniales como la designa el artículo 728 del Código Civil y Comercial, podrían quedar sujetas, por ejemplo, a revocación por ingratitud (conf. artículos 1858 del Código Civil y 1571 del Código Civil y Comercial).

Sobre este aspecto, se debe afirmar que tiene absoluto sentido, no solo moral, sino también jurídico, porque en definitiva, o se estaba horrando una prestación devenida en no exigible por alguna causa legal o se está cumpliendo con un deber moral, que en ambos casos, reconocen una causa jurídica lícita que le daba origen (artículo 499 del Código Civil y artículo 726 del Código Civil y Comercial).

De ello se desprende, que la imposibilidad de repetir lo pagado se afinca en el hecho que se está respondiendo —particularmente en el caso de lo que denominaba el Código velezano una obligación natural— por una obligación con causa, lo que deja de lado toda ela

<sup>15</sup> ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, p. 400.

<sup>16</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992, V. II, pp. 128-9.

<sup>17</sup> LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, actualizado por P. Raffo Benegas, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2005, T. II-A, p. 54

<sup>18</sup> LLAMBÍAS, J. J., op. cit., T. II-A, p. 57.

<sup>19</sup> Véase nota al artículo 516 del Código Civil.

boración que pretenda ver en esto un supuesto de enriquecimiento ilícito (artículos 1.794 y 1.795 del Código Civil y Comercial).

3. A su turno, en Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo los lineamientos de la doctrina que niega el carácter autónomo a las obligaciones naturales, determina que “toda atribución patrimonial realizada en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible, adoptando así una fórmula amplia en la cual podrán caer diversas situaciones (entre las que podrán encuadrarse las previstas por el código derogado como obligaciones naturales), en las que se encuentran razones suficientes para decretar la irrepetibilidad de la atribución”<sup>20</sup>.

Cobra ahora transcendencia el concepto de *deber moral o de conciencia* que va a comprender a supuestos que exceden el propio de obligaciones que no resultan exigibles, según el criterio que se desprende de la enumeración del artículo 515 del derogado Código Civil.

Al igual que sucedía con las obligaciones naturales, que encontraban fundamento en el Derecho Natural y en la equidad —según se desprende de la norma antes mencionada—, *el deber moral o de conciencia* al que hace expresa referencia el artículo 728 del Código Civil y Comercial, también se sustenta básicamente en similares fuentes, aunque puede alcanzar otros supuestos. Comprende también a las obligaciones naturales reguladas por el Código Civil<sup>21</sup>, las que si bien no cuentan actualmente con un estatuto legal propio, igualmente son reconocidas e incorporadas al derecho positivo argentino a través del Código unificado.

En definitiva, estos deberes morales o de conciencia generan el mismo efecto jurídico que producían —y producen— las obligaciones naturales reguladas antes por el Código de Vélez. Me refiero a que “cuando el deudor ha pagado voluntariamente el pago es válido, y

---

<sup>20</sup> LORENZETTI, Ricardo L. (dir), *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, T. V, p. 21.

<sup>21</sup> ALTERINI, A. A., AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., *op cit.*, p. 401: Cito a continuación el interesante ejemplo que dan los autores al referirse a otro tipo de situaciones que, antes de la reforma, entendían como alcanzadas por el concepto de obligación natural y, que en mi opinión, hoy podríamos incluir sin dudarlo en el amplio precepto que contiene el artículo 728 del C.C.yCo.: “alguien compra un regalo y no paga su precio, caso en el cual el pago de ese precio que hiciera el beneficiario del obsequio al vendedor que no lo había percibido sería el cumplimiento de una obligación natural”. Hoy podríamos decir de un deber moral o de conciencia.

no está sujeto a repetición, por lo mismo que había un justo motivo para pagar, a saber: la carga de conciencia”<sup>22</sup>.

Todo lo expuesto, permite sostener que el nuevo Código, al igual que su antecesor, reconoce en su artículo 728 “el carácter de irrepitibilidad de las atribuciones patrimoniales realizadas en cumplimiento de deberes morales o de conciencia, efecto que caracteriza a las obligaciones naturales”<sup>23</sup>.

Resulta útil señalar, que igual criterio se aplica en el artículo 2.538 del Código Civil y Comercial de la Nación, donde se establece que “el pago espontáneo de una obligación prescripta no es repetible”, precepto que antes contenía el artículo 515 inc. 2 del Código Civil.

4. A poco que se analizan el texto del artículo 728 del Código Civil y Comercial, se puede afirmar que la conclusión a la que llegamos en el punto 1 de este capítulo no varía. Para el Código de Vélez, los saldos insolutos de la quiebra pasan a revistar en la categoría de *obligaciones naturales*<sup>24</sup>, mientras que para el nuevo Código, quedan enmarcados como *deberes morales o de conciencia*.

Claro que estos los saldos no atendidos por la masa falencial, se ajustan más al concepto de obligación natural, pues se trata de prestaciones de carácter pecuniario, a la postre no exigibles, porque no existen bienes sujetos a desapoderamiento que puedan responder por esas deudas.

Consecuencia inmediata de ello, es que las sumas percibidas en pago de esos saldos insolutos con fondos no afectados al desapoderamiento, no son repetibles por el deudor fallido, lo que tampoco importaría una transgresión al principio de la *pars conditio*, en caso que solo uno o alguno de los acreedores percibiera todo o parte de su crédito, precisamente porque el pago no se estaría realizando con fondos que integran la masa. Luego, por esta razón y, por tratarse de un pago lícito y con causa, tampoco podría hablarse de enriquecimiento ilícito o sin causa.

---

<sup>22</sup> POTHIER, Robert J., *Tratado de las Obligaciones*, (trad. Por G. Cabanellas de Torres), Buenos Aires, Heliasta, 2007, p. 109

<sup>23</sup> LORENZETTI, R., op. cit., T. V, p. 19.

<sup>24</sup> BORDA, Guillermo A., *Manual de Obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1986, p. 179. ALTERINI, A.A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R. M, op. cit, p. 405.

5. En un caso muy interesante que tramitó ante la sala C de la Cámara Nacional Comercial<sup>25</sup>, donde se habían continuado embargando los haberes de la fallida mientras se discutían aspectos vinculados a su rehabilitación ya vencido el plazo del artículo 236 de la ley 24.522 —es decir, fondos no sujetos a desapoderamiento—, a pesar de lo cual, estas sumas fueron incluidas en un proyecto de distribución no impugnado y, posteriormente, liquidadas y pagadas a los acreedores; ante la tardía reacción de la deudora, el tribunal decidió que ese pago que no había merecido oposición de la cesante no era repetibles, dado que las deudas pagadas se encuentran comprendidas por el artículo 728 del Código Civil y Comercial, o sea, en la categoría de deberes morales o de conciencia (antes obligaciones naturales).

A ello y, tal como fue expresado con anterioridad, se debe sumar que la razón de la validez del pago no solo está en el sustrato moral o ético que da origen al antecedente que motiva la atribución patrimonial que no puede ser repetida, sino en el hecho de tratarse —especialmente en el caso del dividendo concursal insatisfecho— *de una obligación* (natural) *con causa* (artículo 726 del Código Civil y Comercial).

Luego, nunca el pago de un saldo insatisfecho con el producido de bienes no sujetos a desapoderamiento puede dar lugar a un enriquecimiento ilícito.

En resumen, de todo lo que sintéticamente ha sido expresado en esta ponencia, se concluye que los pagos realizados con sumas no sujetas a desapoderamiento, encuentran amparo en los preceptos legales que hemos estudiado con anterioridad, en particular del artículo 728 del Código Civil y Comercial, que establece la imposibilidad de repetir las sumas entregadas para satisfacer esas deudas, ciertas y lícitas, aunque no exigibles, que hoy deben ser catalogadas como “deberes morales o de conciencia” a la luz de la reforma.

---

<sup>25</sup> C.N.Com., sala C, Autos: “Rizzo, María Marcela s/ Quiebra”, expediente número 24121/2011/CA2-CA3, 29/09/2015. Juzgado de origen: Juzgado Nacional Comercial n° 20, Secretaría n° 40 de Capital Federal, donde el 17/3/2015 se dictó la sentencia luego apelada.

Nota del autor: En primera instancia, se había decidido que la inhabilitación de la fallida debía operar desde que quedara firme la resolución que la dispuso, pues la deudora había sido sometida a juicio en sede penal y posteriormente sobreseída.



## **Adquisición activo falencial de la empresa por parte de una cooperativa de trabajo**

### **El rol del juez**

*Viviana E. Marin*

El motivo de esta ponencia surgió en oportunidad de tener que, en mi carácter de jueza, resolver sobre un pedido de venta directa del activo falencial efectuada por una cooperativa de Trabajo. De una primera lectura de lo solicitado, y rápida vista del expediente, y con la Ley de Concursos y Quiebras en mano, precipitada fue la sensación de que el pedido resultaba improcedente.

Para ponerlos en antecedentes, les informo que en fecha 13/04/09 se dictó la resolución de apertura de Concurso Preventivo, en fecha 08/02/11 la resolución homologatoria del acuerdo preventivo. En fecha 29/12/11 El concursado peticiona la declaración de su propia quiebra por imposibilidad de continuación de la empresa y de cumplimiento del acuerdo, por lo que en igual fecha se declara la quiebra. Posteriormente se constituye la Cooperativa de Trabajo y por resolución del 12/05/12 se autoriza la continuación de la empresa y custodia de bienes. La cooperativa ha solicitado distintas prórrogas para funcionar, pagando canon locativo y acompañando informes semestrales, y en fecha 25/06/14 formuló oferta de compra de bienes muebles y marcas no prendadas, y en fecha 10/08/16 manifiesta que un Banco le cedió los derechos y acciones que tenía (créditos hipotecario y prendario), para finalmente solicitar autorización para adquirir el activo falencial.

Se preguntarán ¿cuál es el motivo de todo este detalle? El Juzgado ante el cual se tramita la Quiebra carece de Juez, la solicitud fue rea-

lizada hace aproximadamente dos años, y por un sistema de sorteo se me designó para el dictado de resolución.

Toda esta situación en que se encuentra la cooperativa de trabajo, quien continúa realizando la explotación de la empresa, con la incertidumbre que todo ello genera a los trabajadores en la actual situación socio económica por la que atraviesa nuestro país, motivó que indagara un poco más cómo iba a tener que ser mi rol de juez, ante la certeza de la ley que me indica que la venta directa es la excepción, y no encontrando que haya otras ofertas, ni bienes perecederos, ni tasaciones, y tampoco se han propuesto ninguna otra forma de realización que haya fracasado.

De solicitar que se requieran otras ofertas, o tasaciones, en un juzgado de estas características, con una Sindicatura que no es de la ciudad de Santa Fe, donde la fallida no se ha presentado después de la declaración de quiebra nunca más, llevaría alrededor de seis meses más. Y por ello, y con lo que me encontraba en el expediente, es que debía resolver.

Finalmente dispuse autorizar la venta directa de los bienes materiales e inmateriales de la empresa fallida a favor de la Cooperativa de Trabajo en las condiciones que determiné en los considerandos. Intimé a la misma para que en 24 hs. ratifique la oferta bajo apercibimientos de continuar sin más la liquidación de los bienes por licitación. Debo aclarar que se consideró muy bien y en forma correcta el tema de compensación de los créditos laborales, como así también los demás créditos.

A continuación transcribo el Considerando de dicha resolución, en la parte pertinente en que se analiza la normativa y en la parte final destaco los argumentos de los que me valí para buscar, a mi entender, la justicia concreta del caso.

#### **“ Y considerando**

Que liminarmente, y antes de analizar lo sometido a resolución, quiero referirme a la ley aplicable. Al respecto corresponde indicar que lo solicitado es de conformidad a la Ley 26.684, que en el año 2011 modificó la Ley de Concursos y Quiebras, y tuvo como fundamento brindar a las cooperativas de trabajo la posibilidad de constituirse en definitivos continuadores de las empresas fallidas, a través de la adquisición de estas.

Que de acuerdo a lo establecido por los arts. 203 bis, 205 inc. 1 y 2 y 213 de la ley 24.522 (reformada por la Ley 26.684), los trabajadores de las cooperativas están habilitados para solicitar la adquisición de bienes de la fallida de manera directa, o sea, favorece a quienes continuaron con la explotación permitiéndoles adquirir los activos falenciales y salvaguardar la fuente de trabajo. Antes de la reforma no se preveía la posibilidad de que las cooperativas continuadoras de las empresas fallidas se conviertan en titulares de las mismas. En síntesis, la normativa instaba a los trabajadores a organizarse como cooperativa, pero si ésta no resultaba adquirente su esfuerzo sería completamente en vano, y de resultar otro el adquirente obtendría la empresa libre de vínculos laborales.

Que el Dr. Junyent Bas indicaba, antes de la reforma, que la normativa no otorgaba una salida concreta respecto a la adquisición por parte de la cooperativa de la empresa en marcha por las diversas alternativas del pago del precio, y se refería a la necesidad de una modificación legislativa que introduzca estas alternativas ofrecidas en forma expresa para evitar discrepancias doctrinarias. Asimismo, señalaba que el Juez debía realizar entonces una integración normativa compleja e interpretación axiológica de la ley concursal para dar justamente una alternativa para que los trabajadores no vean frustradas sus expectativas luego que los trabajadores pusieran todo su esfuerzo durante el período de la explotación. (Junyent Bas, Francisco “Las cooperativas de trabajo en el proceso concursal”, LL 2003-E-106). Ahora bien, con la reforma se trajeron algunas soluciones que algunos autores entienden que resultan cuestionables. Que lo que interesa, en el particular caso en estudio, es el tema de que se pueda autorizar la venta directa a una cooperativa conformada por sus ex-dependientes y por un monto que no ha sido determinado como base para la licitación a los trabajadores. El art. 213 restringe esta venta directa a las cooperativas de trabajo cuando los bienes son invendibles o de escaso valor, o fracasó otra forma de enajenación, y eso no se condice con el espíritu de la reforma en cuanto al favorecimiento al que me refería en el primer párrafo del considerando.

Que en lo que hace a las pautas para determinar al adjudicatario el art. 205 considero que es el juez quien debe ponderar (inciso 8) el aseguramiento de la continuidad de la explotación empresarial, pero en el art. 204 establece límites. “La discrecionalidad del juez de la quiebra para decidir el modo de liquidación de los bienes falenciales

está limitado por el principio de legalidad de dos modos distintos, uno sustantivo y otro formal o procesal: a) desde el punto de vista sustantivo está limitada por la voluntad legislativa expresada en la ley concursal, que prevé como modo ordinario de la liquidación de bienes a la subasta pública en los términos de la ley 24.522, art. 208, y a la licitación en los términos de la LCQ, art. 205 y, únicamente, en forma excepcional y en los casos previstos en la ley, a la venta directa (LCQ, art. 213) y a la venta anticipada (LCQ, art. 184) y b) desde el punto de vista formal está limitada por un procedimiento establecido por la misma ley concursal en aras de proteger adecuadamente el derecho de los acreedores y del fallido al remanente, así como en aras de dar transparencia a la venta judicial de bienes y de garantizar el orden público concursal” (CNCom, Sala E, 13/4/07, “Tateduti SA s/Quiebra”).

Que con la reforma la regla es la licitación, y la venta directa la excepción. Y antes de la reforma si bien el juez podía disponer la excepción era sólo para los casos en que el escaso valor o el fracaso de otra forma de enajenación resultare de utilidad para el Concurso. Con la reforma se mantienen tales hipótesis, pero legítima en forma exclusiva a la cooperativa de trabajo continuadora de la explotación. “Empero, no hay que olvidar que la venta directa sigue siendo una alternativa excepcional, dado que, en principio, la liquidación de la empresa debe hacerse por licitación o subasta, constituyendo este método un remedio heroico que se aplica ante el fracaso de todo otro tipo de enajenación, circunstancia que llevará a que el juez opte por la mejor oferta efectuada antes que por el valor real de los bienes” (Concursos y Quiebras – Ley 24.522 Comentada, anotada y concordada – Complementaria del Código Civil y Comercial – 3 – Director Héctor Osvaldo Chomer, Ed. Astrea, pág.345-año 2016). “Es clara la excepcionalidad de esta norma que debe interpretarse restrictivamente. Así las cosas, no dándose ninguno de las tres alternativas legisladas en la especie, a saber: a) naturaleza del bien -en general, serán bienes precederos-, b) escaso valor (que no justifique poner en marcha todo el proceso de subasta) o c) por frustración de otras formas de realización, es evidente que no cupo disponer la venta directa de los bienes en cuestión pues, ni el hecho de tratarse de una planta industrial explotada por la Cooperativa, ni la expropiación -no perfeccionada- constituyen elementos que puedan, per se, enmarcar la venta pretendida en las previsiones contempladas en la normativa analizada, ya que sigue siendo, pese a la reforma introducida por la ley 26.684, una alternativa excepcional que luce, en

principio, inaplicable en el sub lite. Reiterase, sólo puede recurrirse a la operación de venta directa luego de fracasadas las demás formas de realización que la ley establece como prioridades a la hora de decidir la mejor forma de liquidación de los bienes que conforman el activo falencial, ya que, como principio, la liquidación de los bienes debe hacerse por licitación o subasta e incluso, con la modalidad de llamado de mejora de oferta, si fuere el caso, posición que es pacífica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Es claro pues que la alternativa propuesta no es útil para el resultado de la liquidación falencial” (CNCom. Sala A 10/04/2012 “Adzen SACIF s/ quiebra” LLO AR/JUR/22480/2012)

Que con todo lo expuesto en cuanto a la normativa aplicable, ¿están estas actuaciones en condición de ser resueltas?, a pesar de la reforma, ¿esta solicitud de adquisición en forma directa (y las diversas alternativas de pago) se condice con la ley en su totalidad? O, en el caso que dicha solicitud no encuadre con todos los requisitos y disposiciones dictadas al respecto, ¿procede su desestimación sin más? ¿Hay elementos valederos que justifiquen la venta directa contemplada en el art. 213 LCQ?

Que así como lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación “la justa solución del caso concreto no debe buscarse a través de la fría formulación de silogismos, sino mediante una selección axiológica que persiga la justicia del caso concreto, siendo claro que no existe una recta administración de justicia cuando los jueces aplican la ley mecánicamente y con abstracción o indiferencia por las consecuencias que esa aplicación tiene para las partes y, de un modo distinto pero no menos trascendente, para el cuerpo social todo” (Del voto del Dr. Vázquez). (Corte Sup., 19/8/1999, “Decavial S.A.S. v. DNV.” LI 2001-D-455, con nota de Sabelli, Héctor ER., Fallos 322:1539)

“Que, si bien el juez no puede en principio juzgar de la equidad de la ley, no sólo puede, sino que debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho y conduciría, a menudo, al absurdo, que ya previeron los romanos: *summum jus, summa injuria*”. Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto, y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enun-

ciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia”. Corte Sup., 23/132/1980 “Oilher, Juan C. v. Arenillas, Oscar N”. LL 1981-C-68

Que si bien es cierto que al juez se le exige que debe atenerse a lo establecido en la ley, no es menos cierto que también se le concede la posibilidad de atenuar ese rigorismo de la ley tomando en cuenta las circunstancias que rodean al caso específico en el momento de tomar su decisión, o sea la tarea de buscar caso por caso la solución más adecuada conforme a los valores vigentes en la sociedad.

Que en tal sentido el artículo 2º del Código Civil y Comercial señala que “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”; y el art. 3º “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. El CCyC adopta en materia de interpretación reglas, principios y valores, siendo todos ellos hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico —que debe estar en consonancia siempre con los tratados de derechos humanos—. En efecto, se afirma que “Se trata de una interpretación ‘adecuadora’ que ‘constituye uno de los tipos más importante de interpretación sistemática’. Tiene lugar siempre que se adapta el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior (...) Este modo interpretativo se basa en la asunción tácita de que el legislador respeta los principios generales del derecho y las disposiciones constitucionales y no pretende derogarlos”. (Perrachione, Mario C., “Crítica a la modificación de la interpretación y aplicación de la ley establecida en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en DJ, 06/03/2013, p. 97, AR/DOC/5747/2012.

Que, por último, es dable destacar el novedoso art. 1710 del CCyC que impone la adopción de “medidas razonables” para evitar que se produzca un daño, y que este deber pesa sobre cualquier persona, pero es mayor aún en el caso del Juez que posee una función social que lo constriñe a observar una conducta activa en lo atinente a la prevención de posibles daños, y es por ello que debe adoptar las medidas que estén a su alcance tendientes al cumplimiento de dicha finalidad.”

En definitiva, y a modo de conclusión, resulta preciso efectuar un pormenorizado análisis de las circunstancias fácticas acaecida en autos, de la normativa concursal respecto a la liquidación del activo falencial, como de la reforma introducida en la ley y espíritu que rige a la misma, teniendo en cuenta el principio de conservación de la empresa, mantenimiento de los puestos de trabajo, las atribuciones que les competen a los jueces, para así poder llegar a una conclusión justa y equitativa que proteja todos los intereses.



## **Extensión temporal de la inhabilitación del fallido cuando la quiebra se clausura por falta de activo**

*Patricia Laura Mazzi*

### **Sumario**

Luego de operada la rehabilitación del fallido, el embargo de sus haberes no puede mantenerse para cancelar deudas de carácter preconcursal o acreencias posteriores que no han redundado en beneficio del concurso, porque la ley marca un límite temporal a la inhabilitación, no obstante, la jurisprudencia ha aceptado que ese embargo prosiga para afrontar los gastos de conservación y justicia (LCQ 240) insatisfechos.

Debe admitirse la ejecución de honorarios en contra del fallido rehabilitado, por el pago de los honorarios regulados al síndico en la quiebra clausurada por falta de activo.

Concomitantemente, puede prorrogársele la inhabilitación.

### **1.- El problema del sobreendeudamiento de personas humanas**

Se trata del sobreendeudamiento del consumidor, problemática social y económica que expone a los consumidores a una situación de vulnerabilidad producto de la naturaleza de la sociedad de consumo y del funcionamiento del mercado crediticio. Son personas que no tienen una actividad empresarial, aún cuando puedan ser productores, comerciantes, profesionales, o monotributistas, sus pasivos y activos son de poco monto, tienen un número reducido de acreedores, y su endeudamiento es importante con relación a sus ingresos y capacidad de pago.

Hasta el momento, el sobreendeudamiento de estos deudores no ha podido ser resuelto por medio de una ley. Pero, siendo que la problemática del sobreendeudamiento del consumidor debe ser motivo de un abordaje integral, resulta interesante, en primer lugar, acudir a

una regulación en orden a la prevención de este sobreendeudamiento del consumidor.

El nuevo Código Civil y Comercial ofrece ahora dispositivos referidos a la publicidad en materia de contratos de consumo -en general - y de contratos bancarios con consumidores - en particular- que gozan de las bondades de su emplazamiento jerarquizado. El nuevo escenario regulatorio contribuye a la visibilidad de las directivas allí impartidas, que resultan de aplicación directa. Con ello se potencia, como es lógico, la eficacia de la función preventiva.

Es destacable la relevancia del contenido del art. 1385 del Código Civil y Comercial<sup>1)</sup>, en orden a su finalidad preventiva: tratar de llamar la atención del consumidor a fin de permitirle comprender el compromiso patrimonial que significará para su economía privada embarcarse en la operatoria de crédito, practicar proyecciones presupuestarias razonables y decidir en consecuencia. A falta de una norma que con carácter general, regule la obligación de los dadores de crédito de ofrecer información en la etapa precontractual, la remisión a la Ley de Defensa del Consumidor y al nuevo Código Civil y Comercial unificado, resulta una herramienta imprescindible.

Nuestra Ley concursal no contempla específicamente la problemática del sobreendeudamiento de pequeños deudores. Por ello, cuando las herramientas preventivas fracasan, no queda otro remedio al deudor que recurrir al pedido de su propia quiebra, fenómeno en constante crecimiento en los Tribunales santafesinos.

Dos proyectos de ley presentados por la senadora Negre de Alonso sobre prevención de insolvencia de familias y consumidores no han sido sancionados.

---

<sup>1)</sup> Artículo 1385.-Publicidad. Los anuncios del banco deben contener en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo, información sobre las operaciones que se proponen. En particular deben especificar:

- a) los montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas;
- b) la tasa de interés y si es fija o variable;
- c) las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación;
- d) el costo financiero total en las operaciones de crédito;
- e) la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios;
- f) la duración propuesta del contrato.

El Proyecto de la Comisión integrada por los Dres. Vítolo, Chomer, Juyent Bas y otros notables especialistas, que data de 2015, propuso un régimen de concurso, simplificado en cuanto a los requisitos para su apertura, destinado a personas humanas sobreendeudadas que no realicen una actividad económica organizada ni resulten titulares de empresa o establecimiento comercial, sean empleados públicos o privados sin relación de dependencia, o ejerzan una profesión liberal, o actividad autónoma e independiente, fundamentalmente destinado a determinar el pasivo del deudor y facilitar acuerdos con sus acreedores. El proyecto incorpora normas para promover soluciones para las crisis económicas y financieras que afectan a las pequeñas y micro empresas, proponiendo herramientas legales que les permitan recomponer sus pasivos y reinsertarse en el mercado del crédito y del consumo.

Pero, reitero, hasta el momento, carecemos de soluciones legislativas para sanear la situación de insolvencia del consumidor.

## **2.- Un nuevo fresh start. Modificación del régimen de gastos y honorarios**

Una quiebra sin culpa del deudor, ningún efecto debería producir sobre la persona del fallido que, como se pregona en el Derecho anglosajón, ante la imprevisión propia de sus negocios, tiene derecho a un nuevo inicio “fresh start”.

En general, en este tipo de quiebras por sobreendeudamiento, el único bien a liquidar consiste en los ingresos del fallido, conformado con las retenciones porcentuales de sueldo, a lo largo del año que dura la inhabilitación. Transcurrido ese año, la norma del art 236 impone el cese de pleno derecho de la inhabilitación y, correlativamente, de la retención, con lo cual queda conformada una masa a liquidar entre los acreedores verificados que por lo común no alcanza ni siquiera a cubrir los honorarios y gastos del proceso.

Pueden encontrarse alternativas que importen soluciones más justas a este tipo de procesos y que los gastos del proceso mismo puedan solventarse con los recursos que surjan de esta situación?

A) Si bien, luego de operada la rehabilitación del fallido, el embargo de sus haberes no puede mantenerse para cancelar deudas de

carácter preconcursal o acreencias posteriores que no han redundado en beneficio del concurso porque la ley marca un límite temporal a la inhabilitación, no obstante, la jurisprudencia ha aceptado que ese embargo prosiga para afrontar los gastos de conservación y justicia (LCQ 240) insatisfechos <sup>(2)</sup>,

B) Admitir la ejecución de honorarios en contra del fallido rehabilitado por el pago de los honorarios regulados al síndico en la quiebra clausurada por falta de activo. El desapoderamiento tiene a la rehabilitación como límite temporal, pero ello no incluye a los gastos de conservación y justicia previstos en el art. 240 LCQ. La manda del art. 104 LCQ no se extiende a los gastos del Art.240 pudiendo cobrarse de los bienes desapoderados, y dado que son una categoría ajena y extraconcursal, por ser posconcursoales, quedan también garantizados por los bienes que no fueron objeto de desapoderamiento que conforman la masa post rehabilitatoria <sup>(3)</sup> En la práctica tribunálica se admite la posibilidad de que un acreedor del concurso (como lo es el Síndico en virtud de sus honorarios insatisfechos, art. 240 LCQ) procure el cobro del saldo impago mediante la ejecución de los bienes habidos por el fallido, luego de su rehabilitación. La jurisprudencia ha hecho lugar a la vía individual para la satisfacción de su crédito no cubierto, mediante la agresión de bienes que el fallido adquiera luego de su rehabilitación.

No parece que deba sostenerse que la garantía patrimonial de los créditos del concurso tenga que resultar la misma que la que ampara a los créditos anteriores a la quiebra, esto es, sólo los bienes desapoderables, teniendo en cuenta, además, que esos créditos (los del concurso) pueden surgir con posterioridad a la rehabilitación del fallido". <sup>(4)</sup>

---

<sup>2)</sup> CAM NAC COM, Sala D, "SCALSO, María Rosa s/ quiebra", Expte. 30584/2013/CA1;" MANZI, Adriana Libertad s/ quiebra", 62878/2008/CA2.-

<sup>3</sup> ) TERCERA CÁMARA DE APELACIONES CIVIL DE MENDOZA,"DORIA, Rosa Patricia c/ CONTI, Claudia Rosana s/ Ejecucion Honorarios", 28/12/15; "IZQUIERDO, Fernando Jose c/ GOMEZ, Luis Tomas s/Apremio" 21-01960451-6, Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 11ma. Nom. SANTA FE.; "BONAPARTE, Adriana Raquel c/PRENDES, Maria Elizabeth s/Apremio por Honorarios" 21-01025583-7 Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 9na. Nom., SANTA FE.-

<sup>4</sup> ) GARCIA, Silvana, "Regimen de las inhabilitaciones por quiebra", La ley, Bs.As., 2002

### 3.- La prórroga de la inhabilitación

Las estadísticas de las causas que ingresan en el poder judicial santafesino nos muestran que un altísimo porcentaje de quiebras pertenecen a esta categoría de deudores “sobreendeudados” que recurren al proceso falencial careciendo de activos realizables en búsqueda de una rápida solución liberatoria de sus deudas impagas. Generalmente estos procesos tienen una duración de alrededor de tres años o más, dependiendo de la mayor o menor duración, de la existencia de algún activo liquidable, embargo de sueldo o retención de haberes jubilatorios, diligenciamientos de oficios de inhibición e inhabilitación, a lo que debe añadirse luego el tiempo posterior a la clausura por falta de activo, trasuntándose ello en plazos vigentes en la ley no adecuados a la quiebra de una persona física sobreendeudada.

Un nuevo proceso simple y ágil “debería priorizar la reestructuración del pasivo mediante un plan de pagos con razonable afectación de los ingresos futuros, y establecer restricciones para obtener el beneficio de la exoneración automática del pasivo pendiente” <sup>(5)</sup> porque los costos procesales en estas quiebras terminan siendo irrecuperables.

La ley concursal vigente no contiene previsión legal expresa que libere al fallido de los saldos insatisfechos en la quiebra, motivo por el cual, la mayoría de la doctrina nacional ha entendido que la rehabilitación permite la liberación del fallido de lo que queda adeudando en la quiebra, respecto de los bienes que adquiera después de ser rehabilitado.

Es claro que las acreencias anteriores sólo pueden ser satisfechas con el producido de los bienes desapoderados (moneda de quiebra) y sus saldos insolutos se extinguen frente a la inexistencia de ellos; mientras que las posteriores, es decir aquéllas que se generan luego de la falencia y que no benefician al concurso, -por ejemplo los gastos del art. 240 LCQ- pueden ser satisfechos también con los bienes desapoderados, pese a ser de génesis posterior a la declaración de quiebra. En otras palabras, el responsable del pago de todas las acreencias -las anteriores y posteriores a la sentencia de quiebra- será siempre el fallido; sólo que, respecto de los acreedores verificados, de causa o título anterior a su falencia, sólo responderá con los bienes objeto de desapoderamiento y se pagará con el dividendo

---

<sup>5</sup> ) DE CESARIS, María Cristina, en “Régimen concursal” Ley 24.522 actualizada y comentada, obra colectiva dirigida por GRAZIABILE, Darío, T° IV, Abeledo-Perrot, pág. 937.-

falencial, mientras que, respecto de los gastos de conservación y justicia, lo hará no solamente con los bienes desapoderados sino también con los otros bienes habidos con posterioridad a la rehabilitación.

Está resuelto que “Los haberes de la fallida devengados con posterioridad a la rehabilitación, no continúan afectados al pago de la totalidad del pasivo, en consecuencia las sumas embargadas sobre los sueldos devengados con posterioridad a la rehabilitación del fallido deben ser restituidas”<sup>(6)</sup>

Siendo así y, por ello, el régimen de la inhabilitación, debería desvincularse de la extensión temporal del desapoderamiento de los bienes que el fallido adquiere con posterioridad a la quiebra, pues el término de un año para permitir la agregación de bienes a la masa activa, parece irrisorio, teniendo en cuenta incluso que ese plazo se cumple a veces, antes de que quede conformado el pasivo falencial. Además, en los casos de los pequeños deudores, cuyos “bienes desapoderados” no resultan mas allá que un porcentaje de sus ingresos mensuales, no resulta desacertado establecer una prórroga del período de inhabilitación, a pedido del Síndico <sup>(7)</sup>, más allá de la previsión del art 236 -sujeto sometido a proceso penal-, aunada a la retención o embargo proporcional correspondiente, hasta la culminación del pago de los gastos de la quiebra. Ello, porque la inhabilitación contemplada en la ley 24.522 no tiene un carácter represivo, sino que tiende a tutelar el crédito, y siendo que la falta de activo implica una presunción de fraude, puede interpretarse el mantenimiento de la inhabilitación oportunamente decretada en la declaración de quiebra hasta que el fallido sea sobreseído o absuelto en la causa respectiva.<sup>(8)</sup>

Si se dispusiera el cese de la inhabilitación y, más aún y conjuntamente el levantamiento de la inhibición general, se estaría habilitando al fallido a administrar y disponer de sus bienes que conforman aún la masa activa liquidable (si la quiebra aún no ha concluido) permitiéndose así vulnerar los derechos de los acreedores.

<sup>6</sup> ) CAM. NAC. COM., sala A, “PIASEK, Sergio Adrian s/Quiebra” 02/09/2.010; CAM. NAC. COM., sala E “FERNÁNDEZ, María V. s/Quiebra”, 23/02/1999; CAM. NAC.COM., sala E, “BALBI Antonio s/Quiebra”, 09/02/2.000).

<sup>7</sup> ) Si el síndico de la quiebra pretende que se extienda la inhabilitación del fallido por sobre el plazo legal, corresponde que así lo solicite y que justifique su procedencia para obtener resolución judicial que lo autorice. CCC 3<sup>a</sup>, Córdoba, Córdoba; 03/09/2013; Rubinzal Online; 907873/36 RC J 18674/13.-

<sup>8</sup> ) CAM NAC COM, Sala A, “LIEHR, Oscar s Juan s/Quiebra”, 09/12/2009.-

## El pago por tercero en la quiebra

*Ricardo Ruiz y Juan Pablo Orquera*

### 1.- Ponencia

#### 1.1.- Marco teórico:

El proceso falimentario tiene por objeto, la liquidación de activos para con su producido cancelar los pasivos que pesan sobre el fallido; ese procedimiento culmina con la cancelación de los pasivos indicados, sea total o parcialmente, pero también puede culminar por otros mecanismos “atípicos”; el deudor es el legitimado para cancelar sus deudas, pero ello no excluye a otros eventuales “pagadores”<sup>1</sup>.

Un tercero puede hacer efectivo el pago de una obligación ajena, excepto: a) cuando se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor, o b) hubiere oposición conjunta de deudor y acreedor.

---

<sup>1</sup> Si el pago es de origen “extraconcursal” (por el fallido o terceros) no hay razones que autoricen a dispensar a los depositantes de las reglas comunes sobre integridad del pago, que exigen la inclusión de los accesorios, ni para beneficiarlos con los institutos típicos de la solución falencial como la suspensión de los intereses. (Dictamen del Sr. Fiscal de Cámara). El supuesto de conclusión de la quiebra por pago total se configura cuando alcanzan los bienes para el pago a los acreedores verificados, los pendientes de resolución y los gastos y costas del concurso; por lo cual, si existe remanente, deben pagarse los intereses suspendidos a raíz de la declaración de quiebra, considerando los privilegios, en caso de existir saldo, éste se debe entregar al deudor. Corresponde confirmar la sentencia de grado, en base a que resulta improcedente la conclusión de la quiebra por pago total cuando sólo se deposita el valor nominal de las acreencias verificadas sin ajuste alguno. No resulta procedente la subrogación pretendida por cuanto los acreedores en ningún momento prestaron conformidad a ello (conforme art. 729 del Cód. Civ.), por lo cual, no puede el juez de grado obligar a aquellos a aceptar dicha subrogación, cuando el pago no ha sido íntegro -al no contemplarse los intereses posteriores a la quiebra-. (Pitto, Luis M. s/Quiebra; Cám.Nac.Apel.Com.; Sala A; 15-02-2007; IJ-XIX-19)

También, el tercero a quien el incumplimiento del deudor pudiere menoscabar, puede igualmente pagar, aún contra la oposición conjunta o individual de acreedor y deudor. En este último supuesto, y ante la declaración de quiebra del deudor principal, el tercero podrá cumplir la prestación adeudada pagando el importe del crédito verificado por el acreedor, en cuyo caso, si bien el crédito no se extingue, el tercero pasará a ocupar el lugar del acreedor originario en la quiebra, subrogándose en sus derechos.

#### 1.2.- Moción:

Entonces, el tercero, puede cancelar el pasivo falimentario y subrogarse en los derechos de los acreedores concurrentes siempre, salvo, a) condiciones personales del deudor o, b) oposición conjunta de deudor y acreedor, y aún en este caso puede igualmente cancelar pasivo, sí la falta de pago, lo menoscabare patrimonialmente.

En este supuesto, el pago será íntegro en la medida del monto verificado.

## 2.- Desarrollo

### 2.1.- El pago como medio de extinción de las obligaciones.

Siguiendo el camino jurisprudencial, vemos que *para que exista pago, su objeto ha de coincidir con el de la deuda; ser completo, de modo que ni el deudor puede desobligarse por partes ni el acreedor puede ser obligado a recibir pagos parciales*<sup>2</sup> y con esas condiciones cumplida, el pago pasa a tener plenos efectos liberatorios, lo que *supone consumir el vínculo obligatorio mediante la ejecución de la finalidad para la cual había sido constituido, pues el efecto liberatorio del pago sólo se deriva del cumplimiento exacto de la prestación debida* (art. 88o CCC)<sup>3</sup>. Lo dicho, porque *en una acepción técnica, adoptada por nuestro codificador, pago quiere decir “cumplimiento específico de la prestación debida”*<sup>4</sup> (art. 865

<sup>2</sup> CC. arts. 742 y 673) C. Nac. Cont.-Adm. Federal, sala 2a., 18/4/85 - Corporación Arg. de Productores de Carne v. Gobierno Nacional). JA 1985-IV, síntesis.

<sup>3</sup> en los términos del art. 725 CC. (hoy, art. 88o CCC)C. Nac. Civ., sala B, 8/9/81 - Capo, Julián J. y otra v. Del Sol Construcciones S.A.; también: RICHARD, Efraín H.: Perspectiva del derecho de la insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2012, libro que también puede consultarse en versión electrónica en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

<sup>4</sup> C. Nac. Civ., sala F, 13/10/82 - Galeotti, Alberto P. v. Gesualdo, Benjamín D.. JA 1984-I-535.

CCC); efectivamente, y en el mismo rumbo: *El pago deber ser “completo”, es decir, abarca toda la cuantía del objeto debido, porque ni el deudor puede desobligarse por partes, ni el acreedor puede preferir unilateralmente la recepción de una parte de la deuda, postergando el cobro del resto para un momento ulterior*<sup>5</sup> (art. 868 CCC).

## 2.2.- Sujetos legitimados para hacer y recibir el pago.

Es imprescindible que el pago sea liquidado al legitimado (art. 883 CCC) y según el régimen general este puede ser: a) al acreedor o a su cesionario o subrogante, pero si hubiere varios acreedores, el derecho al cobro de cada uno de ellos se rige por las disposiciones correspondientes a la categoría de su obligación; b) a la orden del juez que dispuso el embargo del crédito<sup>6</sup>; c) al tercero indicado para recibir el pago, en todo o parte; d) al poseedor del título de crédito al portador, o endosado en blanco, salvo sospecha fundada de ilegitimidad en la tenencia; en suma entendemos que pago válido es aquel efectuado al acreedor, su representante o tercero habilitado para recibirlo<sup>7</sup>.

## 2.3.- Terceros legitimados para pagar.

Efectos que produce la ejecución de la prestación por un tercero. La ejecución de la prestación por un tercero no extingue el crédito. El tercero tiene acción contra el deudor con los mismos alcances que: a) el mandatario que ejecuta la prestación con asentimiento del deudor; b) el gestor de negocios<sup>8</sup>; c) quien interpone la acción de enriquecimiento sin causa, si actúa contra la voluntad del deudor. Puede también ejercitar la acción que nace de la subrogación por ejecución de la prestación por un tercero (art. 882CCC), porque el pago por un tercero es absolutamente válido y eficaz para extinguir una obligación siempre que no se trate del supuesto contemplado por el art. 881<sup>9</sup>. Pero advertimos que, si bien el pago puede hacerse por un ter-

<sup>5</sup> C. Nac. Civ., sala K, 20/4/90 - Maenja S.A. v. Colombo S.R.L., JA 1993-I, síntesis.

<sup>6</sup> Situación esta que en materia concursal, no nos parece que podría darse;

<sup>7</sup> C. Nac. Civ. y Com. Federal, sala 2a., 30/6/82 - El Roll S.A. v. Entel). JA 1983-II-663; con ese criterio se estableció en el art. 731 inc. 1 CC, y lo expresó la C. Nac. Civ., sala B, 6/3/85 - M. B. de F. L., C. F. y F. L., J. A. *El representante del acreedor es persona habilitada para recibir el pago* (CC. art. 731 inc. 1). (C. Civ. y Com. Junín, 25/7/85 - Herrero, José R. v. Lombardi de Pederzoli, Mirta; JA 1985-IV-216).

<sup>8</sup> Es que el Gestor de Negocio Ajeno, obra con ignorancia del deudor, pero el pago es igualmente válido.

<sup>9</sup> O sea, condiciones especiales del deudor, u oposición conjunta de acreedor y

ceros, ello es siempre con relación al deudor y no al acreedor<sup>10</sup>, y en este contexto, resulta razonable que puedan hacer el pago todos los que tengan algún interés en el cumplimiento de la obligación (arts. 875 y 879 CCC), precisamente porque *el primer derecho del deudor es a pagar*, por consiguiente, tercero interesado en realizar el pago es quien, no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo de un derecho si no se paga la deuda, tal como ocurre en el caso del cónyuge del deudor.<sup>11</sup> Y en contrapartida, no es aceptable la oposición infundada del deudor, al pago por tercero.<sup>12</sup> Es que el tercero interesado le asiste el derecho de pagar aun en el caso de la oposición conjunta de acreedor y deudor que pretendiera hacer imposible la defensa de sus intereses<sup>13</sup>, pues la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.<sup>14</sup>

#### 2.4.- Objeto.

El objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización (art. 867 CCC); porque *el acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor*<sup>15</sup> (868 CCC), *ni a recibir a recibir pagos parciales* (869 CCC)<sup>16</sup>, excepto dis-

---

deudor; (v. art. 730 CC, derogado); Sup. Corte Bs. As., 2/4/85 - Díaz, Pedro L. v. Mazzotta, Carlos y otras -Ac. 34224-; JA 1986-I, síntesis.

<sup>10</sup> v. nota de Luis Moisset de Espanés-. (C. Nac. Civ., sala D, 5/10/78 - Carabasol Sociedad Civil v. Gize, Edward Arthur y otra). JA 1979-II-97.

<sup>11</sup> C. Nac. Civ., sala C, 10/4/80 - Fernández de Fidalgo v. De Paoli, Mario. JA 1981-I, síntesis, v. toda la doctrina allí citada;

<sup>12</sup> El deudor que no paga no puede pretender que tampoco lo haga otro si la falta de pago puede perjudicar al tercero. (C. Nac. Com. sala C, 4/7/77 - Amuchástegui Astrada, Armando v. Tricerri, Silvio C.). JA 1978-II-69.

<sup>13</sup> C. Nac. Com., sala B, 4/8/76 - HaurigotHixen, Arkel v. Distilo, Cayetano R. y otro. JA 1977-I-596.

<sup>14</sup> C. Nac. Com., sala C, 4/7/77 - Amuchástegui Astrada, Armando v. Tricerri, Silvio C.). JA 1978-II-69.

<sup>15</sup> *El art. 740 CC. consagra el principio de identidad del pago. Al cambiarse el objeto en forma total o parcial, se conmueve la identidad. Si se da en pago otra especie o calidad de moneda, hay una modificación del objeto. (C. Nac. Esp. Civ. y Com. sala 1a., 22/12/82 - De Stéfano, Miguel A. v. Elías, Horacio L. M. y otra). JA 1984-I-534. El efecto cancelatorio del pago requiere que éste haya consistido en el cumplimiento "exacto" o "serio" de la obligación, con sujeción a todo lo que en orden a su forma y sustancia disponen las leyes vigentes en la oportunidad del acto. (Sup. Corte Bs. As., 23/7/80 - Paico S.A. v. Dir. Nac. de Vialidad). En el mismo sentido: Id., 2/6/81 - Pérez y Paradell S.A. v. Prov. de Bs. As.*

<sup>16</sup> *El principio de integridad del pago apunta a que el mismo sea "completo", vale decir, que abarque toda la cuantía del objeto debido. (C. Nac. Com., sala A, 29/11/84 - Nelamet Frei, Hersch y otra v. Squassini, Alejandro A. J.). En prin-*

posición legal o convencional, y sí la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, el deudor puede pagar la parte líquida.

#### 2.4.1.- Deuda líquida, Deuda ilíquida.

Deuda líquida es *aquella cuya existencia es cierta y cuya cantidad se encuentra determinada, cumpliéndose este último requisito en los casos en que sea fácil y prontamente liquidable*. O sea, aquella en la cual *se infiera el monto de la liquidación, aun cuando no estuviese expresado numéricamente*<sup>17</sup>. Lo que en lo sustancial<sup>18</sup> implica la posibilidad de segregar lo líquido de lo ilíquido a efectos del pago y, en consecuencia, también el deudor, en su propio interés podría tomar la iniciativa de hacer efectiva esa separación pagando lo líquido y liberándose de responsabilidades por lo que a esa prestación refiere<sup>19</sup>. La norma que impone como obligación al acreedor la percepción de la parte líquida de una deuda, hasta que la ilíquida no esté liquidada, no resulta aplicable si la segunda es fácilmente liquidable por medio de una simple operación aritmética<sup>20</sup>; lo cual, no implica modificar la naturaleza intrínseca del pago, esto es, que, aunque la prestación debida sea fraccionable, el pago ha de ser íntegro, en un todo conforme con la regla “el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales, ni el deudor a hacerlos” (art. 673 in fine CC. –derogado-, hoy 807 CCC).

#### 2.5.- Obligación con intereses.

Si la obligación es de dar una suma de dinero con intereses, el pago sólo es íntegro si incluye el capital más los intereses.

---

*cipio y por aplicación del art. 742 CC. –derogado-, el actor no se encuentra obligado a recibir pagos parciales, salvo que lo ofrecido guarde identidad con la última suma líquida obrante en el expediente.* (C. Nac. Com., sala B, 13/2/85 - Riggi y Cabanne v. Brignolo, Carlos A.). *Nadie está obligado a percibir si se le ofrece una suma menor que la adeudada, por el principio de integralidad del pago* (art. 742 CC. ). (C. Apels. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 18/9/92 - Robles, Víctor T. v. Di Pano, Raúl G. y otros). JA 1993-III, síntesis.

<sup>17</sup> C. Nac. Civ., sala F, 1/10/87 - Obras Sanitarias de la Nación v. Galvalizi, José V. y otros); En libro colectivo Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y La empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat - Marcelo Barreiro - Carlos Roberto Antoni Piossek - Ramón Vicente Nicastro.

<sup>18</sup> de la norma contenida en el art. 743 CC., hoy el art. 869 CCCN

<sup>19</sup> C. Nac. Civ., sala B, 6/2/90 - López González v. Sánchez de Ramírez. JA 1993-I, síntesis

<sup>20</sup> C. Nac. Com., sala C, 16/2/79 - Maturin Soc. Coob. de Crédito Ltda. v. Otero, Héctor J. y otros. JA 1980-II, síntesis

Aun después de constituido en mora, el deudor conserva el derecho a satisfacer la prestación debida, pero de ahí no se sigue que no deba soportar la indemnización de los daños moratorios que sufre su acreedor. Para liberarse de su deuda debe abonar el capital y sus accesorios, pues el pago no se estima íntegro si no los incluye, supuesto en el cual el acreedor no está obligado a recibirlo. (C. Nac. Civ., sala E, 15/4/80 - Kaceka, Wolf v. Bertone, Roberto R. y otros). *Aun cuando el deudor moroso conserva el derecho de pagar su prestación, ello es así entre tanto el acreedor no ha hecho uso del derecho a resolver el contrato o evidenciado que aquélla -la prestación- carece de interés para él, desinterés que bien puede originarse en una ulterior y profunda alteración de la ecuación económica y del contrato.* (C. Nac. Com., sala C, 28/8/78 - Herrero, Dionisio v. Luva S.A.). JA 1980-II-623. *El pago de un cheque rechazado por quien no siendo librador lo entregó a cuenta de precio, se juzga por las normas que regulan el pago por tercero* (arts. 726 a 730 y concs. CC.). (C. 1a. Civ., Com. y Minas San Luis, 20/4/77 - Tulumaya S.A. v. Páez Becerra, Daniel). JA 1978-I-347.

## 2.6.- El pago por tercero en la quiebra del deudor principal.

En la quiebra del deudor principal, el tercero (interesado o no) podrá igualmente pagar el importe del crédito verificado, aún en contra de la voluntad del acreedor, ya que su sola oposición no es válida para deslegitimar el pago. La hipótesis de la oposición conjunta del deudor y el acreedor la descartamos de plano, atento a que resulta irrazonable que el deudor pueda oponerse al pago de un tercero que lo estaría liberando de dicha obligación.

Ahora bien, en dicho supuesto la *integridad* del pago estará dada en la medida del monto verificado, atento a que los intereses post-falenciales constituyen un crédito subordinado a una condición suspensiva, que es la existencia de remanente una vez liquidados los bienes y cancelados los créditos preferentes.

De tal manera, de no existir remanente después de liquidados los bienes, o aún en caso que el fallido logre las conformidades necesarias para proponer el avenimiento, o acompañe cartas de pago; la falta de pago de los intereses post-falenciales a los acreedores desinteresados por el tercero no será obstáculo para ordenar la conclusión de la quiebra.

## Un importante avance en el avenimiento respecto a los intereses fiscales

María Cristina Osso

### Sumario

*“A lo largo de los años es interesante observar como la A.F.I.P ha presionado en las quiebras con activo con total inequidad, y por otro lado, ha otorgado a otra serie de contribuyentes beneficios que importan la condonación de intereses y multas impositivas a lo largo del tiempo.*

*Un caso digno de análisis se presenta cuando convergen estos dos elementos como en el fallo expuesto en el cual la jueza pone un freno a la inoperancia y dilaciones de **la AFIP**, que pretende extender su ineficiencia sometiendo y atropellando a quienes no pueden superar los escollos impuestos por ella misma, validando el acogimiento a un plan con notables beneficios que se venía dilatando desde hace años, apuntalando el derecho adquirido en el avenimiento por un fallido que no había podido formalizar el mismo por motivos atribuibles pura y exclusivamente al Organismo fiscal. No obstante, sí, consideró los intereses por el paso del tiempo desde la consolidación del plan a la fecha.*

*Es necesario que **la potestad judicial deba imponerse en estos casos**, para resguardar que un beneficio conferido por la Ley del Congreso de la Nación, no pueda ser denegado por un funcionario interviniente, **sin violentar el principio de la legalidad y la garantía de igualdad.***

*Dicho fallo ha sentado un ejemplar precedente que pone una cota a las arbitrariedades y deficiencias de la AFIP, aunque se espera la resolución de la Cámara Comercial”*

## **I. Consideraciones preliminares**

La AFIP, a través de sus distintas moratorias, planes de facilidades de pago, presentaciones espontáneas y blanqueos a lo largo del tiempo ha establecido en líneas generales la condonación de los intereses resarcitorios y/o punitivos, multas y demás sanciones, firmes o no, siempre que no hayan sido pagados o cumplidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de cada uno de los decretos<sup>1</sup>.

*Es importante resaltar que en todas ellas se ha excluido expresamente a los contribuyentes y responsables que a la fecha que se establezca para el acogimiento, hayan sido declarados en estado de quiebra, conforme a lo establecido en las LCQ.*

## **II. Un fallo interesante en el avenimiento de una quiebra indirecta<sup>2</sup>.**

La fallida había presentado en AFIP la solicitud de conformidad en los términos de la R.G. 970/01, vigente a esa fecha. Dicho organismo a fin de no dilatar el trámite de avenimiento prestó su conformidad mediante la solicitud de una reserva a su favor que excedía el monto del crédito, operaría como una garantía sin que ello significara una convalidación del monto adeudado y que debería mantenerse hasta tanto se dictara la resolución de avenimiento. Dicha suma debía transferirse a una cuenta a abrirse en el incidente de revisión e invertirla a plazo fijo, mientras que la cesante debía proceder a cumplimentar en un pago la cancelación de la moratoria cuya adhesión debería formular en los términos exigidos, con los beneficios de la Ley 26.476<sup>3</sup> y RG 2650/09, bajo el entendimiento de que ello no causaba perjuicio alguno a la masa concursal.

El pago sólo podría efectivizarse mediante débito bancario con in-

---

<sup>1</sup> Dec. 493/95, Dec. 93/2000; Dec. 1384/2001, adecuado por el Dec. 1462/01, la Ley 26.476, promulgada el 22/12/2008, la reciente Ley N° 27.260 B.O. 22/07/2016, reglamentada por la RG (AFIP) 3919 B.O. 29/07/2016

<sup>2</sup> Juzgado Comercial 18 - Secretaría 36, COM 20716/2006/4, 29/6/2017, Valeria Perez Casado, Juez de 1° Instancia, en el marco del Incidente N° 4- Incidentista: Distribución Art.183 LCQ S/incidente.

<sup>3</sup> Con la correspondiente condonación de intereses que establecía el régimen

dicación de CBU y número de cuenta, imprescindible para que el sistema practicare la operación o bien mediante la generación de un VEP, bajo los códigos de los impuestos mencionados.

La fallida había destacado en varias oportunidades las dificultades para efectivizar el pago, por ende, se le requirió a la sindicatura que con su CUIT y clave fiscal completara las planillas y lo formalizara, pero ésta informó que para ser aceptado el acogimiento al plan de facilidades, debía ingresar al sistema de la AFIP con el CUIT y clave fiscal de la fallida mediante el aplicativo pertinente. El tribunal requirió a la cesante que realizara las gestiones necesarias en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires a fin de corroborar si era posible el pago del VEP como lo había propuesto la AFIP y se le requirió también que cumpliera con los requisitos formales para la adhesión al plan, bajo su exclusiva responsabilidad. Es importante resaltar que en aquel momento *no se había impuesto plazo alguno* para el acogimiento a la moratoria y que el crédito se encontraba garantizado.

Lo cierto es que al cargar la información al sistema aparecía una leyenda de “*error por inconsistencias*”, reconocido por el departamento de sistemas de la AFIP como una falla de funcionamiento y si bien el Organismo fiscal no había desconocido las circunstancias que impidieron formalizar el acogimiento, por las sucesivas reuniones entre las partes que alertaron de dicho inconveniente y que obviamente no eran atribuibles a una inacción o negligencia de la fallida.

La AFIP, sorpresivamente esgrimió la “*frustración del avenimiento*”, aunque sin dejar de reconocer la existencia de los inconvenientes del aplicativo, pero lo cierto era que la cesante no había podido perfeccionar con el trámite de obtención de la conformidad de la AFIP para lograr concluir la quiebra por avenimiento, quien dio un sorpresivo revés y recordó en esa oportunidad, ***que el plan de pagos previsto en la Ley 26.476 sólo estaba permitido para contribuyentes in bonis***, por lo que debía levantarse la quiebra antes de continuar avanzando, y *tan particular situación implicaba, en la especie, la existencia de un círculo vicioso, pues para concluir con la quiebra era menester el acogimiento a la moratoria y para ello requería a su vez, la conformidad del acreedor tributario*<sup>4</sup>, por lo que la fallida rechazó el planteo esgrimido por el fisco.

---

<sup>4</sup> *In re*, Juzgado Comercial N° 11 de la Capital Federal, a cargo del Dr. Miguel F. Bargalló en *Ateneo Popular de Versailles Asociación Civil s/ concurso preventivo*, 28 de Abril de 2000.

La cuestión se centraba en determinar si resultaba procedente ahora, aplicar los beneficios de la moratoria que se tuvo en consideración al momento de disponerse la reserva.

Lo cierto es que la quiebra estaba en condiciones de ser levantada y habían transcurrido varios años desde que la fallida había efectuado la reserva de acogerse a los beneficios previstos por la Ley 26.476 (año 2009), pero para que ello fuese viable se requería la conformidad de la AFIP para la conclusión de la quiebra por avenimiento a fin de poder cancelar parte de ese pasivo mediante el plan aludido, pese a que a la fecha ya no estaba vigente, por lo que la Jueza de primera Instancia evaluó que:

- La AFIP nunca había exteriorizado que sólo prestaría la conformidad con la conclusión por avenimiento hasta una fecha determinada o por un tiempo máximo;
- La fallida había cumplido todos los trámites necesarios y la actitud del organismo de retirar su intención de prestar conformidad, cuando se habían alcanzado todos los requisitos para levantar la quiebra, no la consideró fundada en la ley ni en el regular ejercicio de un derecho;
- Tuvo en consideración el Art. 7 de la reglamentación de la Ley 26.476 -R.G. AFIP 2650/09- según el cual los sujetos en estado falencial podrán adherir al régimen en tanto observen las condiciones que se encontraban cumplidos:
  - *Manifestación de incluir en el régimen las obligaciones devengadas con anterioridad a la fecha de declaración de la quiebra o vencidas al 31 de diciembre de 2007.*
  - *Formalización de la adhesión al régimen cumpliendo los requisitos y condiciones dispuestos por la presente resolución general.*
  - *La Resolución judicial que declara concluido el proceso falencial por avenimiento notificada con posterioridad al 31 de julio de 2009 y/o pendiente de dictado al 31 de agosto de 2009, inclusive: dentro de los 30 días corridos inmediatos siguientes a aquel en que se produzca la respectiva notificación. El beneficio aplicable será el establecido en el inciso b) punto 3. del Artículo 4º de la ley Nº 26.476<sup>5</sup>, con*

<sup>5</sup> Art. 4º — Se establece, con alcance general, la exención y/o condonación:

a) De las multas y demás sanciones, que no se encontraren firmes;

*independencia de la fecha de manifestación de voluntad de acogimiento.*

La norma reglamentaria, admitía que la resolución de conclusión por avenimiento esté pendiente, porque no indicaba una vigencia temporal determinada; y para finalizar, el Art. 8 de la citada reglamentación, establece que “...a los fines de facilitar la adhesión al régimen de la Ley N° 26.476 de los sujetos en estado falencial respecto de los cuales no se haya dispuesto la continuidad de la explotación, este Organismo prestará la conformidad para el respectivo avenimiento, pudiendo el interesado formular la propuesta de pago en los términos de la citada ley”. Por ende, es también harto dudoso que la AFIP tenga la potestad de no prestar esa conformidad si los requisitos estaban cumplidos.

Con anterioridad, la Excm. Cámara de Apelaciones resolvió que la fallida debía instar la conformidad de la AFIP para la conclusión por avenimiento, según lo establecido en el Art. 1 de la RG 970/01, antes de obtener la resolución judicial de levantamiento de la quiebra, además de considerar que los asentimientos prestados por los acreedores para el avenimiento no resultan retractables, mientras que los alcances de esas expresiones de la voluntad de las partes no se desvanecen por el solo paso del tiempo.<sup>6</sup>

La AFIP, no había manifestado expresamente su conformidad con

b) De los intereses resarcitorios y/o punitivos y/o los previstos en el artículo 168 de la Ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, en el importe que supere:

...3. El cincuenta por ciento (50%) del capital adeudado, cuando el acogimiento se efectúe en el quinto o sexto mes de su vigencia.

<sup>6</sup> En este último pronunciamiento, el Superior explicó que el principio de la autonomía de la voluntad y el efecto obligatorio de los contratos, establecido por el anterior Art. 1197 del Código Civil (*Art. 959 del CCCN*), no permite a los sujetos liberarse de sus compromisos contractuales aun cuando haya resultado un mal negocio pues los contratos conforman una regla a la cual sus contrayentes deben ajustar su proceder y, por ende, nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ni contrariar la buena fe que preside el cumplimiento contractual. Agregó el Superior que la conformidad con el avenimiento prestada hace más de 10 años por algunos acreedores representa una voluntad conclusiva que no puede retrogradarse ya que el deudor adquirió el derecho a que esas expresiones afirmativas sean mantenidas, produciendo los efectos jurídicos que las partes previeron con sus otorgamientos, cualquiera que sea el tiempo que trascorra entre el momento en que esa voluntad fue exteriorizada y el momento en que, por las circunstancias del devenir del proceso, pueda llegar a tornarse operativa.

la conclusión por avenimiento, aunque sí había acordado que lo haría si obtenía la garantía solicitada -que la obtuvo- más otros requisitos que, al parecer, no pudieron cumplirse pero por una imposibilidad material y no por inobservancia de la fallida. Así, la

doctrina sentada por el Superior en el fallo citado resulta aplicable analógicamente al caso, pues el organismo público comprometió su conformidad y autorizó a la fallida a acogerse al plan previsto en la Ley 26.476, sin evaluar el hecho de que por diversas circunstancias, hubiera transcurrido un tiempo extenso que justifique volver sobre ese proceder sin más.

La jueza estimó que si bien la decisión de un acreedor de prestar su conformidad hace a su propio ámbito de libertad, en el caso, el Organismo Fiscal se rige por un ordenamiento legal determinado que exige a los contribuyentes el cumplimiento de ciertos recaudos para obtener esa conformidad, no previéndose que si los mismos están cumplidos, el Organismo pueda rechazar esa posibilidad, excepto razones fundadas que en el caso no se habían dado (Art.8 R.G.2560/09) y si bien no soslayó la enorme cantidad de tiempo transcurrido desde que la fallida fue autorizada a acogerse a los beneficios de la Ley 26.476 en el que, finalmente, por vía de avenimiento y de pago logró la atención total del pasivo verificado, incluyendo intereses postfalenciales, tampoco podía perderse de vista que no había elemento probatorio alguno de una actitud omisiva, dilatoria o de abandono por parte de la fallida respecto a su intención de abonar el crédito de la AFIP, con el plan de pagos referido. Consideró además que si bien el organismo no había cobrado importe alguno hasta el momento, se mantuvo la reserva del dinero que exigió como garantía, por ende tampoco la fallida pudo utilizarlo para cancelar otras deudas, ni obtener réditos superiores a la tasa de interés pasiva pagada por el plazo fijo de la cuenta judicial. Lo cierto es que si hubiera contado con la resolución definitiva del crédito de AFIP, el levantamiento de la quiebra, mediante el avenimiento o pago hubiera ocurrido hace años. La exteriorización de la “frustración del avenimiento” se produjo a mediados del año 2015, cuando el fin del proceso estaba ya definitivamente encaminado y sólo pendiente de alguna resolución judicial. Valoró que la fallida contaba con bienes que eran más que suficientes para abonar el crédito del fisco sin los beneficios de la Ley 26.476 y que la fallida había obtenido la conformidad de la AFIP otorgando las garantías exigidas, cumplió con todos los requerimientos y por lo tanto, tenía el derecho de que se le respete el beneficio previsto en el orde-

namiento legal, en consecuencia la impugnación efectuada por la AFIP no fue admitida.

No obstante en cuanto a la oposición de la fallida, al pretender que pese al transcurso de tantos años desde la consolidación de la deuda -2014-, no deberían continuar devengándose intereses pues la Ley 26.476 establecía un techo (50% del capital), la consideró inconsistente, ya que la moratoria databa del año 2007 y sostener que, pese a que se está pagando 10 años después, no devengara intereses era prácticamente abusivo, resolviendo que:

- el saldo consolidado al año 2014, debía continuar generando intereses ya que si bien el dinero de la garantía había estado invertido a plazo fijo, a un interés menor al que ahora deberá pagar la fallida, no podía negarle a la AFIP su derecho.
- *“Es de toda justicia que, si se reconoce ultractividad a los acuerdos celebrados entre la fallida y la AFIP y efectos a todos los actos que se fueron cumpliendo en su ejecución, también se reconozca al organismo la retribución por el paso del tiempo”.*

En razón de ello, rechazó la impugnación así plasmada por la cesante.

### III. Reflexión Final

La jurisprudencia con distintos fundamentos ha sido conteste en las distintas Salas de la Cámara en forma prácticamente unánime respecto a la morigeración de los intereses y multas fiscales sin que ello implique no dejar de reconocer las funciones públicas que el Estado debe ejercer en atención al bien común.

Pero el control de legalidad hace necesario extender dicho control para el caso de una quiebra con activo, en las cuales se puede observar como el fisco deniega la conformidad a un avenimiento como en el fallo expuesto, sentando un verdadero precedente, que celebraremos seguramente, al poner un freno a la inoperancia y a las dilaciones de la AFIP, que pretende hacer rehén a un fallido, como lo ha hecho y hace a su vez con numerosos contribuyentes, por su propia ineficiencia sometiendo y atropellando por no poder superar

los escollos impuestos por ella misma, como es la simple carga de un aplicativo y las meras formalidades imposibles de sortear.

Un fallo verdaderamente ejemplar que pone una cota a las arbitrariedades y deficiencias de la AFIP, aunque se espera aún la resolución de la Cámara Comercial de Apelaciones, descontando y esperando que falle positivamente.

## Que pasa con la conclusión del concurso preventivo, ante la inexistencia de acreedores

*Mabel Cecilia Toniutti y Gabriela Verónica Trivisonno*

### 1. Introducción

En la presente ponencia abordaremos algunas de las diferentes situaciones que se pueden presentar ante el pedido de la conclusión del concurso por inexistencia de acreedores tempestivos, o inadmisibles que no optaron por la revisión del art 37 LCQ, como así también en casos de Inexistencia de Acreedores quirografarios y existencia de acreedores privilegiados con garantía real.

### 2. Conclusión del Concurso Preventivo

#### A- Inexistencia de acreedores tempestivos y Acreedores inadmisibles que no reversionaron

Se aplica analógicamente el art 229 <sup>1</sup>LCQ, ordenando la conclusión del concurso, previa cancelación de los gastos concursales (Art 240 LCQ.).

Si el deudor no deposita dichos gastos, el Juez del concurso deberá clausurar el proceso por inexistencia de acreedores., y los profesionales intervinientes podrán ejecutar el patrimonio del concursado para cobrar los gastos del concurso..

#### B- Inexistencia de Acreedores quirografarios con existencia de

---

<sup>1</sup> Torres, Raúl Ceferino. Tercer juzgado de Procesos Concursales y Registros de Mendoza, 04/04/2005.

Riofrio, Diario Roberto. Tercer juzgado de Procesos Concursales y Registros de Mendoza, 04/04/2005.

Migone, Silvia Beatriz. Primer juzgado de Procesos Concursales y Registros de Mendoza, 28/11/2005

CPN Juan Marcelo Villoldo. Ciclos de Actualización Colegio de Graduados Ciencias económicas Santa Fe,

### acreedores privilegiados con garantía real.

En este tipo de procesos se puede declarar la conclusión, porque solo existen acreedores privilegiados con garantía real, ya que los mismos cuentan con la posibilidad de cobrar con el producido del bien, que es asiento de su privilegio.<sup>2</sup>

### C-Clausura del procedimiento ante Inexistencia de Acreedores concurrentes

Corresponde declarar la clausura del procedimiento y no su conclusión, hasta que trascurra el plazo de prescripción del art 56 LCQ, de manera de tener certeza que no concurrirá ningún acreedor, por encontrarse los créditos prescriptos. De esta forma los acreedores, no pierden el derecho de concurrir tardíamente al proceso concursal.<sup>3</sup>

## **3. Conclusión**

En el desarrollo del presente trabajo abordamos distintas formas en la cuales pueden concluir los concursos, debiendo la Sindicatura expedirse al respecto, no existiendo en la norma un tratamiento tan específico de las distintas situaciones que se nos presentan.

## **4. Bibliografía**

- CPN Villoldo, Juan Marcelo, “Ciclo de Actualización Colegio de Graduados en Ciencias Económicas Santa Fe. 2015.
- 5to Congreso Provincial de Síndicos Concursales. UNLZ. 25,26,27 Agosto 2011.
- Pesaresi, Guillermo Mario. Ley de Concursos y Quiebras Anotada con Jurisprudencia, Primera Edición. Bs As: Abeledo-Perrot,2008.
- Rouillon, Adolfo. Régimen de Concursos y quiebras Ley 24.522. 15° Edición actualizada y ampliada.

<sup>2</sup> Pisacane, Rosa Beatriz. s/ Concurso preventivo. JNCom. 23- Secretaria 45, 08/11/2005.

CPN Juan Marcelo Villoldo. Ciclos de Actualización Colegio profesional de Ciencias económicas Santa Fe,

<sup>3</sup> Agüero Luis Ricardo. Primer Juzgado de procesos Concursales y Registros de Mendoza,26/04/2007.

Bazan, Roberto Victor. Primer Juzgado de procesos Concursales y Registros de Mendoza, 02/07/2007 CPN Juan Marcelo Villoldo. Ciclos de Actualización Colegio profesional de Ciencias económicas Santa Fe,

#### 4. Los privilegios en el concurso. Tratados internacionales

---

### Tratamiento de los intereses postconsursales de los acreedores laborales. Propuesta de lege ferenda

*Gabriel Marcelo Ail*

Nuestra Ley de Concursos y Quiebras, nunca ha sido un ejemplo de Técnica Legislativa y hemos encontrado que la reforma del año 2011 (proviene del Art. 14 de la Ley N° 26.684 que modifica el Art. 129 de la Ley N° 24.522 mediante un agregado a dicho artículo, estableciendo que, frente a la declaración en quiebra, tampoco se suspenden los intereses compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos laborales), claramente bajo la influencia del lobby laboralista, ha incluido reformas de dudosa consistencia y que claramente vulneran la Par Conditio Crediturum.

En esta ocasión me referiré al artículo 129 de la Ley concursal. Este artículo 129, suspendía a partir del decreto de quiebra, el devengamiento de todos los intereses por los créditos del fallido, y ponía una única excepción, que era la de los intereses de los créditos garantizados con prenda o hipoteca, pero para evitar que dicha excepción afecte a los demás acreedores, limitaba dicha excepción a que los mismos solo podrán existir, si del producido del bien asiento del privilegio especial real, existieran fondos disponibles para su pago, después de haber pagado las costas, los intereses anteriores a la quiebra y el capital, en ese orden.

Sin embargo, en esta reforma hecha por la ley 26684 en el año 2011, a mi entender en forma desprolija, agregó al final del artículo 129: “Asimismo, tampoco se suspenden los intereses compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos laborales.”

¿Que nos dice este párrafo?

- a) No se suspenden los intereses compensatorios de ningún crédito laboral que se seguirán devengado hasta el día anterior al informe de distribución final

- b) ¿Se seguirán devengando los intereses solamente de los créditos laborales con privilegio especial y general?
- c) ¿Se seguirán devengando solo los de privilegio especial? ¿Y en ese caso, hasta el límite del producto del bien asiento del privilegio especial?

Estos intereses, ¿son quirografarios?, pues si seguimos lo que dice el art. 242 de la ley "ARTICULO 242.- Los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo en los casos que a continuación se enumeran en que quedan amparados por el privilegio:

1) Los intereses por DOS (2) años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inciso 2 del Artículo 241;

2) Las costas, todos los intereses por DOS (2) años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el Artículo 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inciso 4 del Artículo 241. En este caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden.

Este artículo no ha sido modificado y por ello solo le da privilegio a los intereses posteriores a la quiebra a los enumerados en el inciso 4 del art. 241. Conclusión, todos los intereses devengados de créditos laborales después de la quiebra, **son de carácter quirografario.**

¿Pueden observar que la mala redacción de esta adenda al artículo 129, deja muchas opciones libradas a quién? A lo que decida el síndico cuando presenta el informe de distribución de fondos, al Juez, ¿a quién?

## Conclusion

Consideramos que cuando se realizan modificaciones parciales a un texto legislativo, debe revisarse el impacto que la misma tiene para con todo el articulado y en este caso en concreto, establecer que se deberían ajustar los intereses de los créditos laborales, en la misma forma que a los del art. 241 inc. 4 y con las mismas limitaciones.

**El impacto de la ley 26.994 del nuevo Código Civil y Comercial en el régimen establecido por el art. 127 de la L.C.Q. y en particular respecto de las obligaciones contraídas en moneda extranjera por el fallido. El principio del nominalismo absoluto.**

*Alejandro Argento*

**Objeto**

La presente ponencia pretende desentrañar si es concordante el régimen de obligaciones en moneda extranjera previsto por los artículos 765 y 766 del Código Civil y Comercial de la Nación conforme ley 26.928 - y en especial la última de las normas citadas que establece "Que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada" - con la previsión del artículo 127 de la ley 24.522.

El presente tratará la evolución que la teoría jurídica del dinero ha tenido en nuestro sistema legal tanto en el régimen general como en el especial de concursos y quiebras. Para concluir, por último, si se mantiene la concordancia entre ambos regímenes buscada y sostenida con la sanción de la ley 24.522 o si, por el contrario, hoy en día esa concordancia ha sido derribada por la ley 26.994.

A modo de descripción del tema central de esta ponencia, corresponde mencionar que los acreedores en moneda extranjera frente a la situación de quiebra de su deudor, sufren en forma flagrante la licuación de sus créditos.

En tal sentido al sancionarse la ley 23.928, se introdujo una modificación sustancial al sistema de las obligaciones del entonces código civil, que disponía la distinción entre obligaciones de valor y las de sumas de dinero. Así con la reforma se introdujo el principio del nominalismo mediante la nueva redacción del artículo 617 del Código Civil

Luego al sancionarse la ley 24.522 su artículo 127, hoy vigente, esta-

bleció que en situación de quiebra las obligaciones en moneda extranjera debían convertirse a moneda de curso legal al momento del auto de declaración de falencia.

Ambas normas resultaron concordantes en el punto de adopción del principio del nominalismo, originado en el sistema denominado uno a uno.

En este contexto el acreedor en moneda extranjera no se perjudicaba por la conversión de su crédito en moneda extranjera a moneda de curso legal, ello más allá del tiempo que transcurriera desde el auto de quiebra hasta el momento que percibiera su acreencia.

Ello por cuanto, si bien el pago se realiza en moneda de curso legal, por imperio de la ley de convertibilidad, podía volver a adquirir idéntica cantidad de moneda extranjera a la convertida por imperio del auto declarativo de la quiebra (art. 127 L.C.Q.)

Este cuadro de situación no se mantuvo con la derogación de la ley 23.928 al sancionarse la ley 25.561 por el solo hecho de la derogación de la paridad uno a uno.

La norma innova en la situación pues convierte en perjudicial para el acreedor en moneda extranjera el impacto que, sobre él, causa el art. 127 ya citado. Ello al exponer a la depreciación de la moneda de curso legal por el paso del tiempo, que impacta en el demérito del crédito en moneda extranjera al momento del cobro de la acreencia. La situación descrita motiva la presente ponencia.

## **Introducción**

### **i. Evolución de la teoría jurídica del dinero.**

Esta ponencia tratara la evolución que la teoría jurídica del dinero ha tenido en nuestro sistema legal, tanto en el régimen general como en el especial de concursos y quiebras. Los invito a desentrañar, si se mantiene la concordancia entre ambos regímenes buscada y sostenida con la sanción de la ley 24.522, o si por el contrario, hoy en día esa concordancia ha sido derribada por la ley 26.994. Para ello analizare el trazo que en nuestra historia ha tenido la mencionada teoría jurídica.

### **ii. Deudas de valor y deudas de dinero: Dentro del marco la teoría**

jurídica del Dinero, según nos enseña el maestro LLambías la distinción entre las deudas de valor y las de dinero. En efecto, conforme Ascarelli<sup>1</sup> las ultimas se refieren a un valor abstracto, constituido por bienes, que luego habrá que medir en dinero, para que el deudor se libere entregando dinero. Pero esta posibilidad de cancelación no convierte la obligación que sigue siendo de valor, que podrá traducirse en dinero mediante acuerdo de partes o decisión judicial, mediante la cual se liquide la deuda y establezca la cantidad de dinero suficiente para la cancelación de la deuda de valor *“a las obligaciones en moneda extranjera no se aplica el régimen peculiar de las obligaciones de dinero, sino las disposiciones relativas a las obligaciones de cantidad. Es que, en nuestro país, las monedas extranjeras no son dinero<sup>2</sup>, sino simplemente cosas, en cuanto objeto corporal susceptible de tener un valor (art 2311 Código Civil), y más precisamente, por ser cosas indiferenciadas”*<sup>3</sup> Así es que en el sistema del Código de Vélez las obligaciones en moneda extranjera eran obligaciones equivalentes a entregar cantidades de cosas.

En tal sentido, según el nominalismo, las obligaciones deben cumplirse del modo en que fueron originalmente acordadas, no admitiéndose modificaciones vía ajustes de ninguna especie que alteren la cuantía de la deuda.

Por tal motivo es que el tratamiento de las deudas en moneda extranjera merece un análisis diferente a las deudas en dinero, pues las primeras no son dinero, sino cantidades de cosas, y su liberación debe realizarse en la misma especie que se constituyó la obligación.

**El principio del nominalismo** vino a cambiar el sistema por imperio de la sanción de la Ley de Convertibilidad que reemplazó el art. 617 CC por el siguiente texto: “Si por el acto que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

De este modo, la obligación de dar moneda extranjera fue tratada como si fuera una obligación de dar dinero y no como una obligación de dar cantidades de cosas.

---

<sup>1</sup> Ascarelli “ I debiti de valore” in Saggi giuridiche 1949 p. 361.

<sup>2</sup> Busso E. T iv p.211 n° 30

<sup>3</sup> LLambías J.J: Tratado de Derecho Civil T II A p.170 II 886 Ed. Perrot.

Aplicando el principio del nominalismo, el deudor se libera pagándole al acreedor la suma de dinero que figura en el título constitutivo de la obligación, cualquiera que sea su valor real en ese momento.

En tal sentido las obligaciones deben cumplirse del modo en que fueron originalmente acordadas, no admitiéndose modificaciones vía ajustes de ninguna especie que alteren la cuantía de la deuda.

Ello, independientemente de la depreciación que pudiere haber sufrido la moneda durante el lapso existente entre el acto constitutivo y la fecha de cumplimiento de la obligación.

Al negocio, el principio nominalista aplicado al tráfico jurídico, le otorga seguridad no solo a este sino principalmente al primero.

Lo descripto puede resultar injusto en determinados casos, ello, sobre todo, en economías de altos índices inflacionarios con devaluaciones cíclicas. Pues los créditos se licúan con el paso del tiempo.

Empero, el sistema derivado del principio de nominalismo, encontró su razón de ser en nuestro sistema legal por imperio de la ley de convertibilidad que dispuso por el lapso de su vigencia que un peso era igual a un dólar. Las licuaciones de pasivos no se configuraban

A mayor abundamiento, el artículo 127 de la ley 24.522 era neutro en cuanto al impacto que generaba en los créditos en moneda extranjera.

Ahora bien, al sancionarse la ley 25.561, el mantenimiento del principio nominalista importa situaciones de inequidad donde se genera la licuación de pasivos frente a contextos inflacionarios.

Vale recordar que nuestro país ha sufrido índices anuales de inflación de 401,7% entre julio de 1982 y diciembre de 1983, y sin ir tan atrás en nuestra historia económica la inflación llegó al 25,2% anual desde 2007 a 2015, mientras que en la actualidad se estima un índice de inflación no menor al 27% anual para el año 2018. Cabe destacar que estos tres guarismos no resultan casos aislados al menos desde 1943 a la fecha, habiéndose registrado en ese período solo tres de ello con inflación negativa o cercana a cero, a lo largo de las Presidencias de Ramírez, Lonardi Campora y de De La Rúa, pero en estos últimos dos casos en contextos de recesión o estanflación.

**¿La ley 26.994 ha mantenido el sistema del nominalismo vigente a partir de la ley de convertibilidad, y el sistema de estar vigente con la derogación del comúnmente llamado uno a uno?,**

El Código Civil y Comercial de la Nación se aparta de la solución del Anteproyecto de ley, en cuanto mantenía la solución consagrada por el art. 617 CC – nominalismo absoluto-, y al igual que el Código de Vélez e introduce el nominalismo relativo.

El tema vinculado a las obligaciones en moneda extranjera se encuentra contemplado en los artículos 765 y 766 del Código Civil y Comercial de la Nación y con relación al texto del primer artículo citado, dispone:

“Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

Según sostiene Pizarro: *Es decir que, frente a una obligación de dar moneda que no sea de curso legal, el deudor puede liberarse mediante la entrega de la moneda pactada o bien de su equivalente en moneda nacional. La solución luce orientada a incentivar el pago en moneda nacional de deudas pactadas en moneda extranjera, tratándose del criterio que con matices y variantes prevalece en el derecho comparado*<sup>4</sup>.

Según afirman Pablo Trípoli y Rodrigo Silva , *se ha expresado que cuando alude al régimen de obligaciones de dar cantidades de cosas, se efectúa una remisión a un vacío legal, puesto que estas obligaciones que existen en el CC (arts. 606 a 615), no han sido contempladas por el Código;*<sup>5</sup> *y que el error en que se incurre consiste en suponer que tratando a una obligación en moneda extranjera como dineraria, se impide que pueda ser pagada en moneda nacional, pues el legislador puede determinar que toda obligación de dar una suma de dinero que deba cumplirse en territorio argentino, cualquiera sea la moneda que se hubiese determinado, puede hacerse efectiva en moneda nacional.*<sup>6</sup> *Para algunos, la solución*

<sup>4</sup> Pizarro, Ramón D., “Clases de obligaciones”, en Julio César Rivera y Graciela Medina, Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.

<sup>5</sup> Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Herrera Caramelo Picasso Directores Tomo III libro tercero artículos 724 a 1250 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación

*que consagra el artículo tiene carácter dispositivo y permite que, salvo pacto o disposición legal en contrario (por ejemplo, art. 1390 C.C.y C.), el deudor se libere de una deuda en moneda extranjera pagando el equivalente en dinero nacional.*<sup>7</sup>

Ahora bien, el sistema de cancelación de las obligaciones en moneda extranjera, con moneda de curso legal, incluye una serie de excepciones que llevan a relativizar el principio nominalista contemplado en el artículo 765 del C.C. y C.

Las excepciones son, a saber: los depósitos bancarios (art 1390 C.C.y C.), el préstamo bancario y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie conforme con lo pactado (art. 1408), los contratos de apertura de crédito (art 1410), y el contrato de mutuo dinerario (arts. 1527 y 1532).

Así es que, en mi opinión, el nuevo ordenamiento civil y comercial mantiene el principio del nominalismo del artículo. 765 pero no en forma absoluta sino relativa, ello tanto por la vía de lo dispuesto por el artículo 766 como también por la serie de excepciones mencionadas en el párrafo anterior.

**Frente a la situación de concurso o quiebra:** Rige en la materia el artículo 127 de la ley 24.522 que establece para la situación de concurso preventivo la conversión a moneda de curso legal se produce al solo efecto del cómputo de las mayorías, resultando así una conversión provisoria de la obligación.

Ahora bien, en situación de quiebra la acreencia en moneda extranjera se convierte a moneda de curso legal, establecido el cambio, a la fecha del auto declarativo de quiebra ello en función de lo normado por el artículo 127 de la L.C.Q.

Ello por cuanto, si bien en el concurso preventivo las obligaciones en dólares se convierten a moneda de curso legal, exclusivamente para el cómputo de las mayorías – en el caso se trata de una suspensión temporal-, en situación de quiebra la conversión de las obligaciones en moneda extranjera, a curso legal, opera en forma definitiva.

Consecuentemente, corresponde analizar el impacto que eventualmente se produzca en el régimen establecido por el artículo 127 de la L.C.Q., ello por imperio de lo normado por el artículo 766 siguientes y concordantes del C.C.y C.

En apoyo a la falta de concordancia entre los dos sistemas civil y comercial corresponde citar al maestro Heredia quien en su tratado exegético sostiene en torno al impacto de la reforma introducida por la ley 25.561 que: *“el régimen sufre una sustancial alteración cuando el deudor en moneda extranjera resulta declarado en quiebra pues esta última contrariando el régimen del Código Civil, le permite desobligarse sin pagar la especie comprometida.”*<sup>8</sup>

Chomer y Frick afirman respecto del fundamento del artículo 127 de la L.C.Q. que *dada la naturaleza liquidatoria del proceso, la norma impone la expresión de las prestaciones no dinerarias (obligaciones de dar una cosa, en moneda extranjera o de hacer) en moneda de curso legal. La exigencia prevalece respecto de cualquier estipulación en contrario, aunque se trate de un crédito con garantía real, (Conf. Cámara Nacional de Comercio Sala C 1/07/1983).*<sup>9</sup>

Corresponde apuntar que toda la jurisprudencia invocada en apoyo de la validez de la conversión establecida por el art 127 LC.Q. Se pronunció en el marco de la legislación de emergencia dictada en 1991 y de su constitucionalidad y su concordancia con la solución del artículo 127 de la ley 24.522. La conclusión a la que se arriba en la obra citada, se funda entonces en fallos dictados vigente el régimen de emergencia y la ley 23.982 de convertibilidad – en los que se hallaba vigente el nominalismo absoluto-. Esta última ha sido modificada por las leyes 25.561, 26.739 y 26.076.

En efecto los fallos tenidos en cuenta para la postura de soporte del principio nominalista en forma absoluta se fundan en la vigencia de la ley 23.928 y 25.561 pero no abordan el impacto que sobre la ley 24.522, genera la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y en especial el abandono que a través de su sanción de produce el principio nominalista absoluto.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Herrera Caramelo Picasso Directores Tomo III libro tercero artículos 724 a 1250 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación

<sup>7</sup> Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Herrera Caramelo Picasso Directores Tomo III libro tercero artículos 724 a 1250 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación página 57.

<sup>8</sup> Heredia Tratado Exegético de Derecho Concursal Tomo IV p.693 Ed. Abaco.

<sup>9</sup> Héctor Osvaldo Chomer y Pablo Frick Concursos y Quiebras Ley 24.522 Comentada Anotada y Concordada complementaria del Código Civil y Comercial Tomo II art.127 p.597 Ed. Astrea.

<sup>10</sup> C. N. Com Sala C 31-8-04, C.N. Com Sala A 8-6-05, C.N. Com Sala E.16-2-01, LL 2004 D 843, C.N. Com. Sala D 24-5-07 LL 2007 E 211 C.N.Com. Sala B 27-06-05 LL 2006 A 200, CN.Com. Sala D 26-4-04 LL 2004 D 658, C.N.Com. Sala A 8-5-05 entre muchos otros.

Ahora bien, abandonada la postura absoluta y adoptando en el régimen general el principio nominalista relativo corresponde repensar la lógica del artículo 127 de la ley 24.522. Pues de no hacerlo nuestro sistema tendría, según la materia que se trate, la vigencia del principio nominalista en forma absoluta, en la ley de quiebras, y relativa en el código civil. Alguna solución para esa falta de concordancia estimo corresponde proponer.

Consciente estoy que un planteo judicial en tal sentido se encontraría con la valla del régimen especial por encima del general. Es por ello que entiendo que se impone una reforma legislativa que dentro del marco de nominalidad relativa del código civil y comercial contemple una nueva redacción del artículo 127 de la ley 24.522, donde el proceso liquidatorio no licúe la deuda en moneda extranjera en detrimento de los acreedores, y en beneficio del deudor, en especial en el caso del crédito hipotecario.

Otorgándole al acreedor el derecho a optar por la conversión a moneda de curso legal o la preservación de la deuda en la moneda de origen evitándose así la licuación de su crédito.

## **Diálogo de fuentes y flexibilización del numerus clausus de los privilegios y preferencias en el cobro**

*Gabriela Fernanda Boquin*

### **Ponencia**

*El sistema de privilegios y preferencias para el cobro de la ley concursal ha sufrido cambios estructurales producto de los tratados de derechos humanos y de la constitucionalización del derecho privado.*

*Así podemos afirmar que el criterio de “numerus clausus” ha perdido vigencia*

### **1. Introducción**

La incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales ha producido una transformación en el campo de las fuentes del derecho interno desde el año 1994 habiéndose profundizado con la sanción del Código Civil y Comercial y su norma interpretativa del derecho del art. 2. Todo ello entraña para dichos ordenamientos, la recepción de nuevos principios y valores, la asunción de correlativas obligaciones estatales frente a los individuos y frente a la comunidad internacional, y la inserción en sistemas supranacionales con competencia para controlar. Estas circunstancias repercuten en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales e infraconstitucionales.

A la luz del derecho internacional y de la jurisprudencia de los órganos supranacionales, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda*), al tiempo que no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno, incluso las constitucionales, como justificación del incumplimiento de un tratado.

Es imposible agotar, ni mucho menos tratar, todas las consecuencias que la concurrencia normativa, de principios y valores implica en el sistema concursal; pero tomando como modelo el instituto de los privilegios pretendo demostrar con ciertos ejemplos que por sobre la letra expresa del articulado de la ley 24. 522, los principios y valores comprometidos en el propio sistema concursal, se encuentra la protección de la persona humana, quien sujeto de preferente tutela, según su estado de vulnerabilidad y los Tratados suscriptos en ese sentido harán que la interpretación del juzgador sea diferente en cada caso considerando la posible colisión y desplazamiento de normas y derechos, teniendo en cuenta la integración de todo el ordenamiento jurídico.

Más allá del sistema de privilegios cerrados de la ley 24. 522 (ley de concursos y quiebras), existen muchos presupuestos que nos demuestran que de acuerdo al diálogo de fuentes propuesto al intérprete debe considerarse desterrado el concepto de “*numerus clausus*” que surge del art. 239 LCQ, por varias razones:

- a) La misma letra del artículo 2574 CCCN que dispone el origen legal de los privilegios ( pero de cualquier ley, no sólo de la concursal)
- b) Previsiones contenidas en el Libro Sexto Título II del Código Civil y Comercial de la Nación
- c) Cláusulas de Tratados Internacionales .

## **2. Adulto mayor, menores y creditos laborales**

Por ejemplo, un acreedor menor con discapacidad tiene una preferencia de cobro respecto del resto de los acreedores en virtud de los derechos reconocidos por arts. 4, 5 y 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; los arts. 1, 6, 23, 24 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; los arts. 5, 7, 10, 17, 19, 25 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el art. 7 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad; el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civi-

les y Políticos y los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Ello a pesar de que por la fría letra de la ley con una mirada simplemente exegética se lo pueda considerar quirografario pues deben compatibilizarse las normas concursales (ley 24.522) con las normas y principios que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos receptados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 y 23) además de las leyes que reglamentan dichos derechos y principios en el orden interno. La interpretación en cuanto considera como un departamento estanco a la ley concursal implica oponer restricciones al ejercicio del derecho de preferencia o prioridad que se le reconoce a un menor en su condición de tal, pudiéndose entonces vulnerar un principio que surge del art. 31 de la C.N y del art. 75 inc. 22 y 23. El interés superior del niño determina que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (ley 26.061, art 3) y que “la prioridad absoluta implica” - entre otras, “la prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas” (ley 26.061, art. 5). Es que en un contexto falencial es justamente donde la cláusula de preferencia del niño cobra especial virtualidad, imponiéndose su aplicación: el patrimonio del deudor no es suficiente y resulta necesario establecer un orden y preferencias en el cobro.

Debe por ende reconocerse la prioridad del derecho del menor, aunque su crédito por la fría letra de la ley concursal sea quirografario, frente a otros derechos de contenido patrimonial que nace de una ley especial y que reglamenta las disposiciones que consagra un tratado internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional, subordinando la ley de concursos y quiebras, desplazando toda regla de la LCQ que se oponga o no se ajuste a sus disposiciones. Para arribar a esta conclusión debo destacar que la preferencia que el bloque de convencionalidad reconoce en favor del menor no se encuentra condicionada a que el acreedor se encuentre in bonis. La preferencia legal es “absoluta” y en caso de colisión con otros intereses igualmente legítimos, rige sin condicionamientos ni mermas. Así la consecuencia directa de la cláusula de atención prioritaria absoluta es que el crédito en cuestión debe ser satisfecho con los primeros fondos disponibles. Por ello, debe analizarse el supuesto a la luz del principio de “interés superior del niño”, recordando que los principios tienen una función de integración y control axiológico (y

así volvemos al diálogo de fuentes impuesto por el artículo 2 CCCN).

En otros casos la protección será al mayor adulto. Así, como consecuencia de los principios que surgen de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores<sup>1</sup>, ratificada por la ley 27.360, integrada con el instituto del pronto pago<sup>2</sup> ya se ha reconocido el derecho a un cobro anticipado sin esperar el proyecto de distribución<sup>3</sup>.

Como otro ejemplo de la muerte del criterio del “*numerus clausus de los privilegios*” a manos del art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación pareciera a por simple cotejo que entran en colisión normas relativas a privilegios laborales del Código Civil y Comercial respecto de otras contenidas en la ley de concursos. Veamos: el artículo 2582 inciso b) CCCN crea por primera vez como asiento de un crédito laboral con privilegio especial un inmueble para determinadas acreencias de esa naturaleza disponiendo “...cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre estos...”; y si bien el mismo Código establece que resulta de aplicación al sistema de privilegios lo dispuesto en la ley de concursos ( art. 2579 CCCN) y estos no están específicamente contemplados, no podemos eludir su aplicación justamente fundándonos en el principio de favorabilidad, progresividad y pro homine que rige en materia laboral. Por otro lado sería un verdadero contrasentido apreciar que el trabajador goza de privilegio especial respecto del inmueble, cuando su empleador esta in bonis pero lo pierde ante el concurso o quiebra del mismo.

En la integración de las cláusulas ajenas al régimen de la ley 24.522 tampoco podemos olvidar el valiosísimo precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Pinturerías y Revestimientos”<sup>4</sup> por el cual se dio cuenta que el Convenio de la OIT 173 se encuentra

<sup>1</sup> Durante la 45ta. Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015

<sup>2</sup> Art. 16 en cuanto dice: “Excepcionalmente el Juez podrá autorizar, dentro del régimen del pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras”

<sup>3</sup> CNCom Sala C “La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito de Tules, Yolanda Ermina” 10 de mayo del 2018.

<sup>4</sup> Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/ quiebra CSJN 26 de Marzo de 2014

operativo y es norma supra legal respecto de las normas falenciales como también lo sería la Recomendación 18o . Este Convenio no solo implica el desplazamiento del crédito fiscal respecto del laboral al momento del proyecto de distribución (conforme cuestión tratada por el Máximo Tribunal), sino que amplía los rubros protegidos con privilegio especial y general como lo son los salarios, por doce y no solo por seis meses como refiere la ley de concursos en sus artículos 241 y 246 ( ver art. 3.1 Recomendación 18o OIT) .

En suma, la solución está dada por el análisis que debe hacerse respecto de la inclusión de un crédito para su pago preferente, sin “divorciar” la pretensión debida del derecho vulnerado- que es causa del crédito- y considerando que la ratificación de un tratado internacional o de una ley más favorable produce el desplazamiento de las pautas legales vigentes. Sólo a la luz de esa integración normativa es que se encuentra la respuesta jurídica adecuada ante cualquier colisión normativa.

### **3. Conclusiones**

Las notas características del nuevo texto legal, entonces, participan de la noción de que el derecho privado debe considerarse constitucionalizado. Eso significa que en lugar de apreciar al mismo como aislado o fuera del alcance de los principios constitucionales, se encuentra plenamente atravesado por estos.

Mientras que la idea tradicional era que el derecho privado tenía su propia dinámica, y sus principios típicos como consecuencia de ello se desprendía que los derechos fundamentales (reconocidos en los textos constitucionales) sólo obligaban al Estado pero no a los particulares en las relaciones entre sí.

La situación ha mutado de acuerdo a esta nueva concepción, pues los principios constitucionales, los valores supralegales resultan operativos también respecto a las relaciones entre particulares siendo un supuesto de ellas la relación acreedor-deudor, en un proceso concursal.



## **El pago preferente que se reconozca a los llamados acreedores involuntarios no conlleva el otorgamiento de privilegio al crédito verificado.**

*María Cristina De Cesaris*

### **Sumario**

A partir del concepto de privilegio del art. 2573 del Nuevo Código Civil y Comercial y atendiendo a las razones legales y personales que sostienen el reconocimiento de una tutela especial y justifican un pago preferente, consideramos que el “mejor derecho” de los llamados acreedores involuntarios no califica su crédito como “privilegiado” ni requiere, por ende, declarar la inconstitucionalidad del sistema de privilegios de la ley concursal. Los pagos preferentes de los créditos titularizados por personas vulnerables deben ser autorizados por los jueces mediante decisiones razonablemente fundadas (art. 3 CCyCN), atendiendo a las condiciones personalísimas de los mismos, con sustento en el bloque constitucional federal integrado por la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos, y teniendo en cuenta los principios y valores jurídicos (art. 2 CCyCN), en especial el principio “pro homine”.

En el Nuevo Código Civil y Comercial se define al privilegio como “la calidad que corresponde a un crédito para ser pagado con preferencia a otro”, zanjando así las diferentes opiniones existentes sobre su naturaleza jurídica durante la vigencia del Código velezano que definía al privilegio como “el derecho del acreedor a ser pagado con preferencia a otro” (art. 3875 CC). Hoy, el privilegio no es derecho personal ni real sino simplemente una cualidad que la ley estima conveniente atribuir a ciertos créditos por distintos motivos. El legislador (los privilegios tienen origen legal exclusivamente) tiene en cuenta la naturaleza del crédito que ampara con el privilegio y no la persona del acreedor de ese crédito (objetividad del privilegio).

gio). Aquellos motivos, que pueden ser de distinta índole (equidad, interés público, conveniencia económica, etc.) constituyen el fundamento de cada privilegio<sup>1</sup>. Congruente con dicho concepto, en el art. 2576 se establece que la transmisión del crédito incluye la del privilegio, disposición lógica si se parte de la base de que es una “calidad que corresponde al crédito”.

La reflexión que motiva esta ponencia parte de la base de considerar, a partir de la riquísima elaboración del concepto de “acreedor involuntario” efectuada por la doctrina concursal y la jurisprudencia, que el crédito de dicho acreedor es un crédito “intuito persona”. En efecto: de una detenida y repetida lectura de los fallos que han abordado la cuestión y han concedido un tratamiento diferente con fundamento en normas supraconstitucionales<sup>2</sup>, surge que los jueces han ponderado aspectos “subjetivos del acreedor”, y todas las razones de fundamentación del tratamiento preferente otorgado (vía pago directo, pronto pago, etc.) no se sostienen tanto en la naturaleza de la acreencia sino fundamentalmente en la persona del acreedor. Así en “González, Feliciano” se sostuvo que el principio de igualdad no es aplicable cuando está comprometido el derecho a la vida de un acreedor mientras que a los demás solo se les menoscaba el derecho de propiedad (del voto de la Dra. Graciela Medina) y en el voto del Ministro Roncoroni, con remisión a Aida Kemelmajer de Carlucci, que “al haberse dado entrada a doce documentos internacionales relativos a derechos humanos, con la reforma constitucional, se desprende que la salud encuentra su posicionamiento más elevado, incluso que la propiedad privada...” y que no existe razón alguna para que determinada ley soslaye el orden jerárquico constitucional”; en “Obra Social Bancaria” se dijo que no es menester declarar la inconstitucionalidad del régimen de privilegios del ordenamiento concursal para reconocer el derecho prioritario del menor discapacitado pues basta aplicar la ley vigente integrándola

<sup>1</sup> Mariani de Vidal, Marina “Los privilegios en el Proyecto de Código” en La Ley 2012-D-1240 y sus remisiones en notas 9 y 10.

<sup>2</sup> CCC San Isidro, Sala I, 18/5/2004, “González, Feliciano c/ Micrómnibus General San Martín”, confirmado por SCJPcia. Buenos Aires que rechazó el recurso de inaplicabilidad de ley mediante fallo del 5/4/2006 publicado en LLBuenos Aires 2006-1309; Juzgado Nacional de Comercio N<sup>o</sup> 20, 24/5/2007, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ Incidente de Verificación por Fava, R. y otra”, publicado en LLLitoral 2007-1104 (revocado); CNac. Comercio, Sala B, 1/10/2013 “Obra Social Bancaria s/ concurso preventivo s/ Incidente de Verificación” en LL 2014-B-91; misma Sala el 28/12/2015 en “Obra Social del Personal Gráfico s/ concurso preventivo s/ incidente promovido por Instituto Armonía de Educación Especial”.

de acuerdo al orden jerárquico establecido por el art. 31 CN, que bajo el prisma del art. 75 inc. 22 dota a la Convención de los Derechos del Niño de fuerza normativa de innegable proyección en el caso; y en “Obra Social del Personal Gráfico” que lo que se decida en materia de atención y asistencia integral de la discapacidad compromete los tratados de derechos humanos, con especial mención de la ley 26.061 que establece el deber de garantizar con “prioridad absoluta” el derecho de los niños, niñas y adolescentes cuando sus derechos colisionan con los intereses de los adultos y personas jurídicas públicas o privadas (del dictamen de la Dra. Gabriela Boquin).

Consideramos que ese mejor derecho que es imposible desconocer a la luz del régimen de Derechos Humanos que tiene jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN; y todos los instrumentos específicos y complementarios, entre ellos: leyes 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes-; 26.657 –Ley Nacional de Salud Mental-; 27.044 que otorga jerarquía constitucional a las Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; 27.360 que aprueba la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores), y que debe ser “respetado” por los jueces conforme arts. 1 y 2 del CCyCN, no requiere para su tutela la reforma del régimen de privilegios contenido en la ley 24.522 ni la declaración de inconstitucionalidad del sistema de preferencias organizado en el estatuto concursal. Sin duda el titular de ese derecho goza de una legítima causa de preferencia que viabiliza se autorice el pago directo y “pronto” del crédito pero la “preferencia” está adherida o adosada al crédito en función de la situación de su titular, de sus condiciones personalísimas. Así vg. la eventual transmisión del crédito como consecuencia de un pago por subrogación, no implicará la necesaria transmisión de la “preferencia” pues –insistimos- no es un privilegio en los términos del art. 2573 del nuevo Código Civil y Comercial.

La protección de las personas en condición de vulnerabilidad<sup>3</sup> es un mandato constitucional en nuestro país, y como dice Garrido Cordobera<sup>4</sup> “al ser el derecho evolución, es aplicable el principio *pro*

---

<sup>3</sup> La Regla 3 de Brasilia determina que se consideran en situación de vulnerabilidad aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

<sup>4</sup> Garrido Cordobera, Lidia “Aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine” en La Ley 2014 –F, 1199.

*homine*<sup>5</sup> como plataforma de acción de los derechos fundamentales involucrados en la calidad de vida, que tiene su proyección en el principio protectorio, e incluye los principios de prevención y precaución, que tanto desarrollo han tenido en las últimas décadas y se irradia hoy en la tutela de los sujetos considerados vulnerables”.

Con estas breves reflexiones he pretendido poner a consideración de los asistentes a este Congreso mi opinión sobre la necesaria valoración de la situación de los denominados “acreedores involuntarios” conforme al principio “pro homine” y con criterio de progresividad – o no regresividad –, sin que sea el régimen de privilegios un obstáculo para la atención prioritaria de su crédito. Cabe recordar que el “principio de progresividad” está consagrado en el art. 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos –llamada Pacto de San José de Costa Rica y aprobada por nuestro país mediante ley 23.054- que establece que “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Serán los jueces quienes deberán decidir, en un contexto de escasez, el modo más razonable y equitativo de distribución de esos recursos escasos, a fin de excluir o limitar los efectos que puedan producir en acreedores en situación de vulnerabilidad (por enfermedad, discapacidad, etc.), la aplicación estricta de las normas previstas en la ley concursal para la superación de la insolvencia, la tutela del crédito y la conservación de la actividad productiva (arts.2 y 3 CC y CN).

---

<sup>5</sup> Según Mónica Pinto, el referido principio es “un criterio hermenéutico que informa todo el sistema de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (citada por Garrido Cordobera, en trabajo nota anterior).

## Aplicación de tratados internacionales al estado de distribución

*Gabriel de las Morenas*

**Ponencia de Lege Lata:** *“Los jueces solo deben declarar la inconstitucionalidad del esquema de privilegios concursales cuando se verifique una infracción directa, indudable y gravosa a una norma supra legal y siempre que*

*Los Tratados Internacionales deben ser aplicados por el síndico al confeccionar el proyecto de distribución en base a jurisprudencia consolidada emanada de la Corte Provincial, Federal o de la Cámara de Apelaciones correspondiente”*

1. El proyecto de distribución frente a la creciente porosidad del sistema de privilegios. La constitucionalización del derecho privado.

La tradicional división entre derecho público y privado ha perdido hoy la nitidez que tuvo otrora. El derecho privado tradicionalmente regulaba las relaciones entre los ciudadanos; y el derecho público las fijaba entre los ciudadanos y el Estado.

No obstante, la Constitución de 1994 amplió decisivamente el plexo de derechos con amparo constitucional merced a las normas que contienen los arts. 41, 42 y 43 y con la inserción de los tratados internacionales de derechos humanos. Se persigue una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado. De este modo, el derecho constitucional habría abandonado el molde publicístico donde actuaba limitando el poder estatal para incidir directamente en las relaciones de los particulares. El art. 1 CCC *in capit* brinda un espaldarazo importante a esta línea de pensamiento en tanto impone interpretar el derecho privado en clave constitucional. Esta pauta interpretativa tasada legalmente supone que la letra de todo el orden jurídico privado debe ser reexaminada

en procura de hallar aquella renovada coherencia.

La última interpretación de todo ese nuevo sistema recaerá sobre los jueces quienes someterán a examen las leyes del Congreso para determinar si congenian con la textura constitucional derivada de los nuevos derechos incorporados en 1994.

La interpretación para no ser abrogatoria deberá efectuarse con pautas de coordinación, y en búsqueda de los fines últimos del ordenamiento más que en la resolución de supuestos conflictos normativos porque, de otro modo, es predecible que los derechos vivenciados como primordiales verán ampliada su aplicación en desmedro de otros considerados menos importantes. Por lo general los derechos patrimoniales puros quedan en este segundo lugar.

El derecho concursal es prolífico en la adopción de criterios para distribuir lo escaso. Particularmente el régimen de privilegios impone una distribución de riesgos entre los actores de la insolvencia **que está lejos de ser perfecto pero, eso sí, es previsible**.

Este sistema de privilegios ha sido siempre incidido por otras normas y sufrido una influencia de otros sistemas por expresa delegación legal, como acontece con los privilegios especiales regulados en el art. 241 LCQ y sus reenvíos de los incisos 4 y 6. Empero, desde que la constitucionalización del derecho privado que principió en el año 1994, se fue asentando en el orden jurídico argentino, los privilegios concursales han perdido su presumida estanquidad y han ganado una porosidad creciente .

Esto impone efectuar de manera regular un control de constitucionalidad y de convencionalidad que siempre se consideró una *ultima ratio*, una tarea de frontera. La Corte Federal ya ha generado una línea de jurisprudencia sólidamente cimentada en ese sentido<sup>1</sup>.

Ha sostenido el Alto Tribunal que si bien los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de peti-

<sup>1</sup> CSJN, 27-11-2012, "Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino", Fallo R. 401. XLIII. REX, Voto del juez Carlos S. Fayt; criterio sostenido en su disidencia en "Peyrú" -Fallos: 310:1401-; delineado en "Mill de Pereyra" - Fallos: 324:3219- y finalmente adoptado por la mayoría del Tribunal en "Banco Comercial de Finanzas S.A"-Fallos: 327:3117.

ción expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente *-iura novit curia-* incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Constitución Nacional) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, la constitucional, desechando la de rango inferior .

De modo que, todo intérprete debe efectuar el trabajo de someter la normativa aplicable al caso al test de constitucionalidad y convencionalidad. Los privilegios no son la excepción y en el caso del proyecto de distribución, el síndico es el intérprete que los aplica. Esto impone una recarga de complejidad jurídica a los ya cargados hombros de la sindicatura concursal.

La cuestión ha tenido una creciente y debatida implicancia en los procesos concursales, y ya existen pronunciamientos del más Alto Tribunal Federal que han abonado la aplicación de normas supra legales en los privilegios concursales. Esta tendencia viene jalónada por precedentes de los tribunales inferiores como “Institutos Médicos Antártida”<sup>2</sup>.

Ahora bien, esta aplaudida inclusión del derecho constitucional en la esfera cotidiana, representa un desafío que es difícil de resolver para quien es el operador jurídico no especializado.

Es que, en el esquema tradicional la subsunción del caso en la normativa constitucional se daba automáticamente operada por la sanción de la norma general por el Congreso de la Nación. Y de ahí que la revisión constitucional se consideraba una facultad judicial de excepción que se ejercía ante una indudable infracción a la Ley Superior. Este funcionamiento es el propio del sistema lógico deductivo que es consustancial a un régimen jurídico continental como el de la Argentina.

---

<sup>2</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 20, 24-5-2007, “Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.”, comentado por JUNYENT BAS Francisco, “Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales”, Rev. LL, 24-9-2007, 5, LL-2007-E-552; y luego el fallo fue revocado en apelación: CNCom, Sala A, 16-7-2010. También se puede referir con mayor antigüedad: C. 1º, Civ. y Com., San Isidro, 18-5-2004, “Gonzalez Feliciano c/ Microomnibus Gral. San Martín s/ inc. Verificación tardía”; CNCom, Sala B, 1-10-2013, “Obra Social Bancaria Arg s/conc. prev. s/pronto pago por R.C.”,

Hoy la matriz del control de constitucionalidad se ha ampliado y esparcido de modo que las leyes que dicta el Congreso quedan todas sometidas al escrutinio oficioso y explícito de los jueces que han ganado así un poder notorio.

El control difuso de constitucionalidad, que siempre ha existido en el sistema constitucional argentino, ahora se ve ampliado en su aplicación y eso importa una implícita pero real transferencia de poder hacia los magistrados quienes pueden remover o reemplazar más fácilmente los privilegios en función de normas supra legales.

Esto resulta particularmente preocupante en una materia, como los privilegios concursales, donde cualquier afección al sistema redundaría en una modificación novedosa al rango de cobro. Y decimos que es novedosa, no en un sentido positivo sino en uno negativo. En efecto, los privilegios de base legal tienen la particularidad de generar previsibilidad en los operadores económicos.

El cambio de reglas de juego es refractario del crédito. Y tal afectación es indiferente si esos cambios provienen de interpretaciones jurídicas de los tribunales. No es que se pretenda un mutismo absoluto de los jueces, o una inmovilidad paralizante, pero en materia tan delicada como los privilegios donde unos ven esfumar las chances de cobro a manos de otros, una discrecionalidad ilimitada o excesiva importa abrir una puerta que quizás no pueda ser cerrada fácilmente. Sobre todo en un país federal con control difuso de constitucionalidad como la República Argentina. El riesgo de una anarquía de precedentes que transforme el bloque de privilegios en una lista de meras recomendaciones es una posibilidad cierta.

## 2. Algunas ideas para conjugar los nuevos tiempos con la seguridad jurídica desde la visión del síndico y del juez concursal.

No obstante, las aprensiones que referimos en el párrafo anterior, es preciso brindar herramientas que permitan dotar de cierto grado de certeza la labor sindical.

En tal sentido, postulamos que el síndico debe en el proyecto de distribución aplicar los privilegios tal y como están prefigurados en la ley concursal. Podrá hacer excepción a este principio cuando existan fallos de la Corte Federal o de la Corte Provincial correspondiente que indiquen una interpretación diferente de lo que la letra escrita de la ley indica.

La tarea del síndico se verá así, en cierto modo, simplificada porque podrá basarse en elementos presumiblemente estables como son la jurisprudencia del superior tribunal federal o de los supremos tribunales provinciales.

De lo dicho se colige, a modo de ejemplo, que a la fecha luce indudable que es jurisprudencia consolidada de la Corte Federal que los acreedores laborales por los rubros remunerativos y por los derivados de accidente de trabajo deben ser atendidos con preferencia a los privilegios fiscales. Esto importa modificar la textura legal puesto que, según el fallo, el crédito laboral por indemnización derivada de un accidente de trabajo no debe aplicarse la limitación del 50% establecida por el art. 247 LCQ y, al contrario, debe conferírsele mejor rango que el detentado por la acreencia del Fisco Nacional con privilegio general. En otras palabras, merced a la aplicación de esta norma supra legal, el rubro crediticio laboral del accidente de trabajo queda comprendido en la excepción del art. 247 primer párrafo *in fine* LCQ. Los síndicos en este contexto difícilmente podrán prescindir del patrocinio letrado tal como los faculta el art. 257 LCQ puesto que su labor profesional será evaluada también por su conocimiento y aplicación de estos precedentes jurisprudenciales que al aplicar las normas de rango superior modifican el orden de privilegios concursales.

Los jueces, de su lado, deben evitar los cantos de sirena que claman la justicia del caso para apartar los siempre molestos privilegios. Nunca se tratará de resolver conflictos normativos, o de establecer una mera atribución de prioridades jurídicas de diferente rango, y menos de transformar el régimen de privilegios en una cenicienta jurídica por su naturaleza estrictamente patrimonial<sup>3</sup>. Se tratará, al contrario, de una interpretación finalista que contemple no solo el derecho subjetivo afectado con tutela supra legal sino también la afectación al interés general que pueda provocar un quebrantamiento al régimen de privilegios.

---

<sup>3</sup> Toller Fernando M., "Interpretación constitucional", t. II, pág. 1206, coord. Eduardo Ferrer Mc Gregor, Ed. Porrúa, DF México, 2005.



## **Los Acreedores Involuntarios. (Aquellos que nunca quisieron asistir a una cena empobrecida).**

*Alfredo Alesio Equiazu<sup>1</sup>*

### **Sumario**

La satisfacción de los acreedores involuntarios en los procesos falenciales no puede esperar a la distribución final y sus necesidades amparadas por el derecho convencional y constitucional hacen que el juez deba encontrar la forma más rápida para lograr la consecución del valor justicia frente al justiciable. El régimen cerrado de privilegios que impone la ley falencial no alcanza a satisfacer la situación de éstos acreedores cuando su crédito no tiene un privilegio que le permita su cobro en tiempo oportuno al cristal de sus necesidades particulares. Por ello, frente a la excepcionalidad de cada caso el juez debe adecuar la ley a los principios generales del derecho y a la norma convencional que protege al acreedor en situación extrema y satisfacer con ese carácter excepcional el crédito, sin necesidad de crear nuevos privilegios, so pena de violar la manda convencional y constitucional.

### **Ponencia**

El juez de la quiebra debe disponer la satisfacción del acreedor involuntario, en la medida que salvaguarde sus derechos consagrados convencional y constitucionalmente, en caso de no tener privilegio concursal que lo ampare, so pena de violar la manda convencional y constitucional aplicable, sin necesidad de la creación pretoriana de privilegio alguno, sino por el hecho del amparo mismo y el carácter excepcional de la situación fáctica, debiendo en el

<sup>1</sup> Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial con competencia Laboral con asiento en la ciudad de Villaguay, Entre Ríos, Magister en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral) Profesor Pro titular de la Universidad Católica Argentina Sede Paraná.

proceso de quiebra indicar la procedencia de los fondos afectados a dicho crédito, pudiendo ordenar su pago en la medida de la urgencia con fondos afectados a las reservas de gastos del art. 244 LCQ.

La consagración doctrinaria y jurisprudencial de los llamados acreedores involuntarios, traída a nuestro país a instancias del profesor español Dr. Angel ROJO por el año 2006 en la ciudad de Rosario en ocasión de exponer en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, resulta una calidad excepcional de pretensores que, sin voluntad negocial, han llegado a un proceso falencial y que en su mayoría no cuentan con privilegio alguno de los previstos por la ley.

Dicha carencia de preferencia les impide, por circunstancias particulares de cada caso, que la percepción de sus créditos llegue en tiempo oportuno, más allá de las quitas o esperas a las que se vería condicionada la categoría de acreedores en la cual resulte incluido en el caso del concurso preventivo.

Sin embargo, la situación particular del acreedor, considerando sus características individuales de edad y salud han merecido por la jurisprudencia otorgarles el amparo que los derechos convencionales y constitucionales le otorgan, recurriendo, en los precedentes mas conocidos a su reconocimiento a través de diversas figuras (“González, Feliciano c/ Microomnibus” del año 1999, “Instituto Médicos Antartida” del año 2007, hasta el más reciente fallo en “Obra Social Bancaria” en el año 2014).

En tales casos, éstos acreedores se hacen merecedores de atención de sus créditos por fuera del sistema de los privilegios que la ley de quiebras establece, debiendo el magistrado interviniente procurar la satisfacción del mismo, en la medida de salvaguardar la protección de sus derechos reconocidos por la manda convencional y constitucional, sin necesidad de recurrir a la creación pretoriana de categoría preferencial alguna o declaración de inconstitucionalidad del régimen de preferencias, sino por la sola existencia del reconocimiento de su situación excepcional y su amparo supra concursal. Dentro de la comunicación de fuentes del derecho, las normas convencionales guardan su supremacía sobre las leyes locales en cuanto afectan los derechos por ellas reconocidos.

La Corte Suprema de Justicia en el caso “Barbarella” ( fallos 300:

1087 DEL AÑO 1982), dijo: “El principio “concursal de la par conditio creditorum no “implica necesariamente una mera proporción “matemática calculada sobre las relaciones “conmutativas previas al estado concursal sino un “criterio orientador del reparto basado en una “justa distribución de bienes; en ello ha de “reconocerse amplitud de acción a la prudencia “legislativa, habida cuenta de que depende un “conjunto de factores que pueden insinuar “distintas soluciones posibles, o incluso variar “de acuerdo a circunstancias sociales o económicas...”

El problema más que teórico resulta práctico al arribar a la situación de hacer efectivo el pago en los procesos liquidativos, en que los fondos escasean y que el pago de unos implica la disminución de los demás.

En el concurso preventivo se puede recurrir a la figura del pronto pago, haciendo uso del texto del art. 16 introducido por la ley 26,684, y en caso de arribar a una propuesta abusiva o en fraude a la ley, el juez puede no homologarla respecto al acreedor involuntario o la categoría que integre, según las facultades que el confiere el art. 52 LCQ.

En la quiebra la situación es distinta. En aras de salvaguardar tales derechos reconocidos al acreedor involuntario, y con las limitaciones que fije el juez del proceso, no contando el acreedor involuntario con privilegio alguno, podrá afectarse parte de la reserva de gastos a satisfacer al acreedor que se ampara, no significando que se le otorgue dicha calidad al crédito protegido, sino afectando parte dicha reserva, con la limitación a considerar respecto la urgencia temporal y magnitud que se requiera, y en tal proporción afectar parte de dicha reserva de gastos y créditos previstos por el art. 244, los que serán satisfechos con otros fondos de la masa, lo que no significa su desconocimiento sino su postergación temporal, fundado en que su situación cede frente a otras extremas de humanidad, consagradas convencional y constitucionalmente.



## ¿Qué graduación corresponde a los intereses de los créditos laborales posteriores al concursamiento del deudor?

*Silvana Mabel García*

### **Ponencia**

No hay disposición expresa en nuestro ordenamiento concursal que refiera a la graduación de los intereses de los créditos laborales *posteriores* al concursamiento del deudor.

Atento al nuevo sistema de fuentes que impera a partir de la vigencia del CCyC, no puede sostenerse como único argumento para calificar de quirografarios a los intereses posteriores de los créditos laborales, la pauta general emergente del artículo 242, primer párrafo, de la LCQ.

Con sustento en reglas de jerarquía supralegal, y principios generales, debe admitirse la condición privilegiada de esos intereses por cualquier lapso posterior a la situación concursal.

### **Fundamentación**

1- La LCQ asigna carácter privilegiado especial (art. 242 inc.1) y general (art. 246 inc.1) a los accesorios de los créditos laborales por un período de dos años “desde la mora”.<sup>1</sup>

Antes de la reforma operada por la ley 26.684, no cabía duda de que los dos años referenciados eran siempre de índole pre-concursal porque los intereses de los créditos laborales se cristalizaban al momento de la presentación en concurso o declaración de quiebra. Al admitirse desde entonces el devengamiento de intereses post-concurso o quiebra, se presenta la duda respecto de si podrán existir intereses con graduación privilegiada con posterioridad a esos hi-

<sup>1</sup> RIVERA, Julio: “Instituciones de derecho concursal” - 2ª ed. - Bs. As. - 2003 - T. 2 - pág. 274. GRAZIABILE, Darío: “Concursos y quiebras. Preferencias” - LL - Bs. As. - 2002 - pág. 57

tos. Por caso, si la mora hubiera sucedido seis meses antes de la situación concursal, los intereses posteriores a tal fecha (que siguen corriendo hasta el pago) ¿son quirografarios o privilegiados?

2- En doctrina y jurisprudencia se han propuesto diversas soluciones:

a) Un lapso temporal de dos años desde la mora -producida esta antes del concurso o quiebra- tendrá carácter privilegiado, aun cuando en ese tiempo queden incluidos períodos posteriores a la situación concursal.

Significa así que siguen devengándose intereses privilegiados luego del concurso o quiebra, pero con tope temporal en dos años desde la mora. Los intereses que se generen que excedan los dos años desde la mora serán quirografarios.<sup>2</sup>

Cabría agregar aquí, que esa extensión temporal privilegiada podría resultar mayor. Ello en dos supuestos. Pensamos que cuando la quiebra concluye por pago total con remanente (art.228 LCQ), dado que la distribución se hará con consideración del privilegio asignado a los respectivos créditos principales, los intereses posteriores podrán resultar satisfechos de modo preferido por una extensión mayor a dos años desde la mora. Asimismo, tomando en cuenta la regla de acumulación de privilegios (art.239 LCQ) el lapso privilegiado podría extenderse al doble de tiempo, al sumarse la preferencia por el período correspondiente al concurso preventivo y a la quiebra.

b) Todos los intereses que se generan con posterioridad al concurso o quiebra son siempre quirografarios<sup>3</sup>, dado que no hay norma expresa que asigne privilegio a los intereses posteriores de los créditos laborales y la interpretación sobre la extensión de los privilegios debe ser restrictiva. La reforma de la ley 26684 no modificó los artículos 241, 242, 246 y 247 de la LC.

---

<sup>2</sup> GRAZIABILE, Darío: "Régimen concursal" - Ed. AbeledoPerrot - Bs. As. - 2014 - T. IV - pág. 482. MOIA, Ángel y Prono, Mariano: "Vicisitudes de los intereses moratorios de los créditos laborales, posteriores a la presentación en concurso preventivo del empleador" - DCCyE - N° 1 - febrero/2013 - págs. 33 y ss.

<sup>3</sup> "Minetti y Cía. Ltda. SACI - concurso preventivo - ley 19551 - verificación tardía (arts. 260 y 56, LC) Cabrera, César Hugo y otros" - Cám. 3ra. Civ. y Com. Cba. - 6/3/2014. BOQUIN, Fernanda y D'Albano Torres, Patricia: "Las reformas de la ley 26684 respecto a los intereses de los créditos laborales" en "Perspectivas del derecho mercantil" - Ed. Legis - Bs. As. - 2011 - pág. 247

c) Los intereses posteriores a la presentación en concurso preventivo no deben ser calificados como quirografarios, pero ello no significa que deban graduarse como privilegiados, esto último porque “privilegio” es una noción técnica de la cual se ha valido el legislador para reconocer preferencias a créditos que tengan génesis preconcursal. No revistiendo los réditos laborales en cuestión esa calidad, no deben ser objeto de verificación -se trata de un derecho reconocido directamente por la ley- ni de ninguna graduación.<sup>4</sup>

Confesamos que esta interpretación nos desconcierta.

No resulta claro si se está asignando condición “extraconcursal” a los intereses. Por otra parte, tampoco se afirma que resulten créditos de conservación y justicia (art. 240, LCQ). Pero ninguna de las dos tesis parecería viable, pues estos intereses son *accesorios* de acreencias principales de origen preconcursal, con lo que no se entiende cómo es posible desvincularlos y conferirles un tratamiento diferente, como créditos autónomos.<sup>5</sup>

3- Disímiles son las derivaciones de una u otra de las posturas expuestas en cuanto al régimen a que quedarán sometidos esos intereses, cuando de concurso preventivo se trate.

Si resultará o no obligatoria su categorización, si serán afectados por la novación concursal, si gozarán o no de pronto pago y cómo continuará su devengamiento son cuestiones todas que dependerán de la concreta graduación que se les asigne.<sup>6</sup>

4- Desde hace un tiempo se observa cierta conmoción en el modo de interpretar y aplicar el régimen de privilegios de la LCQ, promovida fundamentalmente desde nuestro Más Alto Tribunal Nacional y otros de inferior grado.

Coadyuva que el CCyC ha incluido en su título preliminar reglas respecto de las fuentes y la interpretación, partiendo de la base de que en un sistema de fuentes complejo, se presenta la necesidad de recurrir a un diálogo entre ellas, que impone utilizar no solo reglas, sino principios y valores. El gran cambio radica en que se admite una

<sup>4</sup>“Aceros Zapla SA s/concurso preventivo. Incidente de verificación por Maizares, Calixto” - CNCom. - 22/5/2014

<sup>5</sup>“Bruno Armando A. c/Instituto de Servicios para el Personal de la Industria de la Carne y afines s/despido” - CNCom. - Sala B - 4/8/2009

<sup>6</sup> Hemos ampliado el análisis de estas consecuencias en nuestro artículo: “Graduación de intereses de los créditos laborales en situación concursal (con especial referencia a los intereses posteriores)” DSCE, Tomo XXIX, noviembre 2017.

pluralidad de fuentes y que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. La ley es una fuente principal, pero no única.<sup>7</sup>

Se propugna una interpretación “dialógica” que supere los criterios de la ley general, o especial, anterior o posterior, y atienda a todo el sistema de fuentes<sup>8</sup>.

Y, como se afirma, se ha establecido un diálogo de fuentes para que la regla sea siempre la que protege mejor a la persona humana, sea ley general o especial, anterior o posterior. Se trata no solo de subsumir los hechos en las normas, sino ponderar, pesar, conciliar valores, derechos, garantías superiores que pueden entrar en conflicto.<sup>9</sup>

Además, entre esas diversas fuentes a las que cabe acudir, toman trascendental importancia los tratados en los que nuestro país sea parte, más aún cuando refieran a los derechos humanos, estableciéndose así que todos los tratados internacionales suscriptos y que resulten obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso e interpretar una norma.

Como se señala, la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales ha producido una transformación en el campo de las fuentes del derecho interno, receptando nuevos principios y valores, todo lo cual repercute necesariamente en la interpretación y aplicación de las normas.<sup>10</sup>

5- Para nuestro más Alto Tribunal, los Convenios de la OIT si son reafirmados legislativamente<sup>11</sup> tienen carácter suprallegal y, por lo tanto, mayor rango que las leyes locales, por lo que el Convenio (OIT) 173 sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador tiene mayor jerarquía que la propia ley de concursos

---

<sup>7</sup> Título preliminar, fundamentos de la Comisión Redactora

<sup>8</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Pautas para interpretar el Código” en “Código Civil y Comercial” - Ed. Astrea - Bs. As. - 2015 - pág. 6

<sup>9</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Pautas para interpretar el código, en ‘Código Civil y Comercial’” - Ed. Astrea - Bs. As. - 2015 - pág. 8. Conf. VÍTOLO, Daniel R.: “La evolución del régimen de privilegios en la ley de concursos y quiebras. De un orden ‘cerrado’ estable a un ‘orden poroso’ inestable” - ED - N° 13928 - 5/4/2016

<sup>10</sup> BOQUIN, Gabriela F.: “Privilegios laborales en el Código Civil y Comercial unificado” en “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia societaria y concursal” - DyD - Bs. As. - 2015 - pág. 247.

<sup>11</sup> El Convenio (OIT) 173 fue ratificado por la Ley 24285.

y quiebras. No se trata de normas programáticas<sup>12</sup>, sino que pueden ser aplicadas directamente, al decir del propio convenio, “por vía legislativa o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional (art. 2)”.

Según regla el Convenio, en su artículo 5: “En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar **protegidos por un privilegio**, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”. Agregando en su artículo 8: “1. La legislación nacional deberá **atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior** al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social”.

6- Sostenemos que con base en reglas de jerarquía supralegal, y principios generales, debe admitirse la condición privilegiada de los intereses devengados por cualquier lapso posterior a la situación concursal.

Como premisa, consideramos que no es viable desmembrar los intereses (aun posteriores) del crédito principal al cual ellos acceden. Se trata de rubros accesorios de un capital concurrente, por lo que no puede otorgárseles tratamiento como créditos autónomos o extraconcursales, sino que quedan sujetos a los efectos de la concursalidad.<sup>13</sup>

Por otro lado, advertimos que la ley de concursos no prevé expresamente la graduación de esta clase de intereses que siguen generándose; ni en los artículos 19 y 129 de la LC, ni tampoco en las disposiciones sobre privilegios.

Los artículos 242, inciso 1), y 246, inciso 1), de la LCQ (relativos a los créditos laborales) inmodificados pese a las sucesivas reformas, no aluden a intereses “posteriores” a la insolvencia. Los únicos posteriores previstos -y con graduación privilegiada- son los compensatorios de los créditos con garantía real [art. 242, inc. 2), LC].<sup>14</sup>

En función de lo dicho, cabría concluir que frente a la inexistencia de norma expresa que asigne privilegio a los intereses posteriores, la cuestión queda comprendida en la regla general del artículo 242 de

<sup>12</sup> En contra VITOLLO, Daniel R.: “La evolución...” cit.

<sup>13</sup> Conformes con esta posición: MOIA, Ángel y Prono, Mariano: “Vicisitudes...” cit. pág. 36

<sup>14</sup> Esto muestra también que no es del todo exacto que la LCQ solo asigne carácter privilegiado a créditos de origen preconcursal

la LCQ, según la cual, los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, y por tanto su condición resultaría quirografaria.

*No obstante, con sustento en los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país y los principios a los que haremos referencia, pensamos que debe asignarse a los intereses posteriores a la situación concursal el carácter de privilegiados, con independencia del lapso temporal por el cual se devenguen.*

Resultaría inconveniente (y por tanto inconstitucional) calificar como quirografarios a esos intereses cuando la directiva del Convenio (OIT) 173 claramente exige conferir a los créditos laborales un rango superior a los demás y -frente a la liquidación de activos- garantizar la percepción antes que los no privilegiados. En la quiebra, prácticamente no se lograría esa satisfacción, pues sabido es que pocas veces llega a percibirse alguna porción de los créditos quirografarios.

No debe perderse de vista, además, que los intereses reconocidos respecto de un crédito laboral no tienen como finalidad compensar un rendimiento financiero que deja de obtenerse, sino que buscan preservar el poder adquisitivo del crédito, esencialmente alimentario. Como ha sido consagrado por nuestra Corte Nacional, en función de esa naturaleza, los créditos laborales poseen una tutela especial y deben ser preservados de las consecuencias desfavorables originadas en las demoras de su percepción, correspondiendo ser reajustados para mantener su valor<sup>15</sup>. De allí el derecho al devengamiento de intereses posconcurso. Y por eso mismo gozan de la prerrogativa al pronto pago, para evitar el mayor daño que resultaría de un cobro tardío.

Limitar el privilegio de los intereses posteriores de los créditos laborales a un plazo, o directamente no reconocerlo, en los hechos, por la postergación (y/o frustración) en el cobro que origina importa coartar el derecho a la satisfacción del crédito en su real valor, expectativa que debe ser procurada. Más aún cuando subsiste en nuestro derecho la prohibición de actualizar créditos. Sin perjuicio de señalar que el mismo Convenio impone la necesidad, en determi-

<sup>15</sup> “Clínica Marini SA s/quiebra - recurso de hecho” - CSJN - 1/8/2013 - Cita digital EOLJU167733A. “Chaparro Enrique A y otros c/Petro Rivas SACIFlyA s/ejecución de crédito verificado” - STJ Entre Ríos - Sala III - 9/4/2008 - Expte. 3164. Conf. Raspall, Miguel: “La participación en los acreedores laborales en el concurso preventivo y el equilibrio. Régimen de la ley 26684. Primera parte” - ED - 19/8/2011

nados supuestos, de reajustar los créditos para mantener su valor (art. 7, pto. 2).<sup>16</sup>

Quizás en ese sentido es que puede interpretarse la calificación legal de “compensatorios” que se asignó a los intereses en el artículo 129 de la LCQ. Como se afirma, la aplicación de intereses sobre los créditos originados en las relaciones del trabajo cumple un doble carácter compensatorio de la eventual pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y por la privación del uso del capital. Privación de uso que no es ponderada con criterio financiero, sino en orden a la condición alimentaria del crédito y su función social.<sup>17</sup>

Por lo demás, si se los cataloga como quirografarios, tampoco gozarán de derecho al pronto pago (en la quiebra no hay duda de que los intereses privilegiados lo tendrían)<sup>18</sup> con lo cual vuelve a conculcarse el derecho a la percepción “anterior” de todo crédito laboral que el Convenio garantiza.

A lo sustentado no se opone, según entendemos, el artículo 6 del mencionado Convenio que detalla los rubros que “al menos” debe cubrir el privilegio del crédito laboral frente a la insolvencia del empleador<sup>19</sup>. Ello por cuanto esa expresión, como lo ha puesto de re-

<sup>16</sup> Art. 7 - “1. La legislación nacional podrá limitar el alcance del privilegio de los créditos laborales a un monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable. 2. Cuando el privilegio de los créditos laborales esté limitado de esa forma aquel monto se deberá reajustar cuando proceda, para mantener su valor”

<sup>17</sup> ZULLO, Nicolás S.: “Los intereses de los créditos laborales” - Suplemento Especial LL - julio/2004 - pág. 133

<sup>18</sup> Diferentes son las interpretaciones en cuanto a qué rubros gozan de derecho al pronto pago en el concurso preventivo y en la quiebra. Compartiendo doctrina, entendemos que en caso de quiebra, los intereses privilegiados de los créditos laborales resultan también prontopagables (ver por todos: Rouillon, Adolfo; Alonso, Daniel y Tellechea, Delinda: “Incautación, conservación y administración de los bienes” en “Código de Comercio comentado y anotado” - LL - Bs. As. - 2007, comentario al art. 183 - pág. 450. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Primera aproximación a las modificaciones producidas al régimen de las prioridades concursales por la ley 24522” - Revista Derecho y Empresa - N° 4 - 1995 - pág. 310

<sup>19</sup> En sentido concordante se ha dicho: “De todas maneras, es evidente que si el Convenio 173 impone mínimos, ello no obsta a que su espíritu sea, como es, la protección más amplia posible de los créditos laborales, y si bien ello no implica que todos los créditos laborales deban gozar de un privilegio que los anteponga en el pago a cualquier otro crédito -al menos en los términos de las disposiciones del Convenio 173-, sí claramente sería deseable que todos

salto la CSJN, deja abierta la posibilidad de extender el privilegio a otros créditos laborales.<sup>20</sup>

7- Ciertos principios generales convergen en la interpretación que proponemos. La doctrina viene postulando la aplicación de este recurso en materia de privilegios de créditos laborales en situación de insolvencia<sup>21</sup>, lo cual tiene apoyo en el nuevo sistema de fuentes que impera en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer término, el llamado “*principio de progresividad*”, consagrado por nuestra Constitución Nacional [art. 75, inc. 19)] y diversas normas de fuente internacional. Según este principio, en caso de una reforma legislativa en materia de derechos sociales, no debe hacerse una interpretación en sentido más estricto y menos favorable, propugnándose progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos e invalidando toda medida que, contrariamente, signifique afectar el grado de realización de los derechos ya alcanzados. Es innegable que la reforma de la ley 26684 propendió a dar mayor protección a los créditos y relaciones laborales. Si a ese norte se dirigió, una interpretación conteste con tal propósito, que refleje la exigencia de progresividad, impone reconocer el carácter privilegiado de los intereses posteriores.

Asimismo, el *principio de favorabilidad* manda adoptar en materia de interpretación de normas de protección de derechos laborales la que resulte más favorable a su efectiva vigencia y la que mayor

---

los créditos laborales gocen de un privilegio, motivo por el cual, dicho de otro modo, no deberían existir créditos laborales sin la protección de un privilegio, como es el caso, en el derecho interno argentino, de todos aquellos que, aún con naturaleza alimentaria como cualquier otro crédito laboral, no gozan de privilegio especial o general, por no disponerlo expresamente la legislación vigente”. DÍEZ SELVA, Manuel: “Impacto del Convenio 173 de la OIT en el régimen argentino de privilegios de los créditos laborales” - Tesis de doctorado - UCA - 2010 - Disponible al 8/5/2018 en [www.bibliotecadigital.uca.edu.ar](http://www.bibliotecadigital.uca.edu.ar). El autor propone asimismo no limitar temporalmente la extensión del privilegio de los intereses de los créditos laborales (pág. 239)

<sup>20</sup> “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/quiebra” - CSJN - 26/3/2014 - Cita digital EOLJU170639A

<sup>21</sup> BOQUIN, Gabriela F.: “Privilegios laborales en el Código Civil y Comercial unificado” en “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia societaria y concursal” - DyD - Bs. As. - 2015 - págs. 257 y ss. Cabe aclarar, sin embargo, que la autora no relaciona, en ese artículo, los principios que citamos con el tema de la graduación de los intereses posteriores.

extensión confiera a los derechos reconocidos, descartando así una tésis restrictiva. Y también en función del principio pro persona (*pro homine*) que en similar sentido, y en caso de que sea jurídicamente posible más de una interpretación de la ley, manda escoger la que mejor proteja a la persona humana, en este caso, el trabajador.



## **Los acreedores involuntarios y la crisis del sistema de privilegios concursales. La necesidad de comprender el Derecho Concursal desde la Teoría General del Derecho: el diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Concursal**

*Germán E. Gerbaudo*

### **Sumario**

En la actualidad es necesario interpretar las normas del ordenamiento concursal en sintonía con los textos constitucionales. Se deben comprender las relaciones que el Derecho Concursal presenta con otras ramas jurídicas en el complejo jurídico. En ese orden cabe atender al estado actual de las fuentes del Derecho donde la Constitución ya no se presenta como en el Derecho Decimonónico tan solo como un programa político sino que se exhibe con un contenido sustancial y material de aplicación directa a las relaciones privadas. Los acreedores involuntarios son una manifestación de esta la constitucionalización del Derecho Privado, rompiendo el sistema autosuficiente de los privilegios concursales y colocando en crisis uno de los principios generales del Derecho Concursal como es la igualdad. Si bien en la actualidad no se encuentran receptados en la L.C. se abren paso a través de la jurisprudencia, poniendo de manifiesto la necesidad de su tratamiento en una futura reforma concursal.

### **Ponencia**

1) Es acertada la jurisprudencia que exige interpretar la L.C. en sintonía con la Constitución y los Tratados internacionales; 2) En una futura reforma concursal debe excluirse a los acreedores involuntarios de la liberación por deudas que se produce con la rehabilitación.

## I. Introducción

En las últimas décadas se observa una mayor dialogo entre el Derecho Concursal con el Derecho Constitucional. Ello como consecuencia de un fenómeno propio del siglo XX que es neocostitucionalismo. En virtud del mismo se incorpora “la noción de constitución no solamente como un programa político sino como un contenido sustancial y material de aplicación directa”<sup>1</sup>.

Esta necesidad de dialogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Concursal pone en evidencia la necesidad de comprender las relaciones que esta última rama jurídica presenta en el complejo jurídico. Es decir, percibir el Derecho Concursal no como un compartimento cerrado sino con una mirada integrativa desde la Teoría General del Derecho<sup>2</sup>.

Asimismo, el apuntado dialogo nos vincula con el tema de las fuentes del derecho. La problemática de las “fuentes del derecho” es un tema de vital importancia. Señala Carlos A. Hernández que “constituye una de las cuestiones centrales del mundo jurídico”<sup>3</sup>. Miguel Ángel Ciuro Caldani indica que junto al funcionamiento de las normas “son las realidades más significativas de la vida jurídica, donde esta alcanza su “hora de la verdad”<sup>4</sup>. La postmodernidad refleja el surgimiento de nuevas fuentes -que no pueden ser ignoradas por los juristas y los operadores del derecho- que comienzan a desplazar el predominio que en los tiempos de la codificación moderna presentaba la ley.

En la actualidad, se alude a este fenómeno como un “desbordamiento de las fuentes”<sup>5</sup>, donde la Constitución se presenta con gran trascendencia como fuente de derecho, comportándose más allá de un mero programa político. Transcurrimos en una época de un “Estado

<sup>1</sup> LIMODIO, Gabriel F., *Los códigos y la enseñanza del Derecho*, en E.D. 258, p. 928.

<sup>2</sup> Estudiamos el Derecho Concursal y sus relaciones desde la Teoría General del Derecho en un trabajo anterior, véase: GERBAUDO, Germán E., *Introducción al Derecho Concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018, Capítulo V “El Derecho Concursal en la Teoría General del Derecho”, ps. 115 a 142.

<sup>3</sup> HERNANDEZ, Carlos A., *Las diferentes manifestaciones del plurijuridismo en el ámbito del Derecho Privado*, en Seminarios de Derecho e Instituciones, Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Argentina), Departamento de Derecho. Documento de Trabajo Número 3 (2006), en [www.uns.edu.ar/congresos/DerInstitu/documentos.htm](http://www.uns.edu.ar/congresos/DerInstitu/documentos.htm) (Consulta: 17/08/2006)

<sup>4</sup> CIURO CALDANI, Miguel A., *Las fuentes del Derecho*, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, N° 27, p. 70.

<sup>5</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Madrid, La Ley, 2011.

Constitucional de Derecho” o un “Estado Convencional y Constitucional de Derecho” superador de un “Estado Legal de Derecho”, este último precisamente había surgido juntamente con el proceso de codificación moderna a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, siguiendo los ideales del racionalismo y de la Revolución Francesa<sup>6</sup>.

Este fenómeno de desbordamiento de las fuentes y de constitucionalización del Derecho Privado impactan fuertemente en el proceso concursal, donde los jueces en la interpretación judicial ya no sólo atienden a la letra de la L.C. sino que la ponen en sintonía con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

## II. Los acreedores involuntarios

La problemática de los acreedores involuntarios integra el debate actual en el derecho concursal. Es un tema que conforma lo que se denomina la “agenda del derecho concursal”<sup>7</sup> y tal es la importancia de esta categoría se lo califica como “el último desafío del derecho concursal”<sup>8</sup> o como una de las problemáticas más actuales

<sup>6</sup> Sobre el pasaje de un Estado de Derecho Legal a un Estado de Derecho Constitucional o un Estado de Derecho Constitucional y Convencional véase: VIGO, Rodolfo L., *Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, en L.L. 2010-A, p. 1165; VIGO, Rodolfo L., *Principios Generales del Derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)*, en L.L. 2011-A, p. 1129; VIGO, Rodolfo L., *Fuentes del Derecho. En el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo*, en L.L. 2012-A, p. 1012; VIGO, Rodolfo L., *Los “hechos” en los paradigmas legalista y constitucionalista*, en L.L. 2012-D, p. 679; VIGO, Rodolfo L., *Interpretación y control constitucional: dos caracterizaciones y algunas proyecciones e implicancias*, en J.A. 2007-III, p. 968.

<sup>7</sup> TRUFFAT, Edgardo, *La “agenda” concursal*, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Errepar, Buenos Aires, N° 252, noviembre 2008, p. 1045. GERBAUDO, Germán, *Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del derecho concursal*, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Errepar, Buenos Aires, junio 2012; p. 515; GRANADOS, Ernesto, GERBAUDO, Germán, FRANCAVILLA, Claudia y CHASCO, Martín, *Los acreedores involuntarios. La necesidad de su regulación*, en Microjuris MJ-DOC-6020-AR, 1/11/2012; GERBAUDO, Germán, *El impacto del Derecho de la Salud en las soluciones concursales*, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, N° 52, años 2016/2017, 2017, p. 207.

<sup>8</sup> DASSO, Ariel, *El acreedor involuntario: el último desafío al derecho concursal*, en conferencia presentada al “VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Mendoza octubre de 2009.

que presenta el régimen legal concursal<sup>9</sup>. En definitiva, se presenta como “otro ejemplo de penetración del derecho constitucional en el derecho privado”<sup>10</sup>.

Miguel Ángel Ciuro Caldani afirma que “el concurso y la quiebra significan con gran claridad la “hora de la verdad” del sistema económico”<sup>11</sup>. Ante la quiebra el sistema realiza una elección. Tiende a privilegiar o en otros términos, a “salvar” lo que considera que debe ser “salvado”. Cuando se aprecia en la quiebra que se le paga a algún acreedor en desmedro de otro, es porque el sistema económico ha considerado que ante la crisis debemos defender el interés del tal sujeto y no el de otro. Dicha elección se aprecia con los privilegios. Francisco Javier Arellano Gómez señala que los privilegios constituyen “excepciones o derogaciones a la aplicación de la regla “par conditio creditorum”<sup>12</sup>. En ese contexto, ante la irrupción de la crisis, privilegiar a un acreedor es una decisión del sistema que considera que ese crédito debe ser “salvado”. Es una suerte de escape a la regla de la “par conditio creditorum”. Miguel Ángel Ciuro Caldani señala que “en sus sistemas de preferencias o equivalencias para el cobro, la quiebra evidencia los valores que el capitalismo en crisis pretende salvar”<sup>13</sup>.

Con los acreedores involuntarios “se refleja claramente la iniquidad de las preferencias legales”<sup>14</sup>. De acuerdo al orden cerrado de privi-

<sup>9</sup> ALEGRÍA, Héctor, *El derecho comercial y sus principales problemáticas*, en L.L., Suplemento Actualidad 12/03/2013, p. 1.

<sup>10</sup> BARACAT, Edgar J., *Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario*, en L.L. 2014-B, p. 90.

<sup>11</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado Nacional al tiempo del contrato y la empresa)*, en “Investigación y Docencia”, N<sup>o</sup> 26, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1996, p. 201.

<sup>12</sup> ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier, *Consideraciones de Derecho Civil acerca de la relación existente, en sistemas jurídicos continentales, entre la regla “par conditio creditorum” y los privilegios crediticios*, en “Derecho y Conocimiento”, volumen 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, p. 275.

<sup>13</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Notas para la comprensión capitalista del Derecho Comercial (aportes para la Filosofía del Derecho Comercial)*, en “Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, volumen 18, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1994, p. 31.

Puede verse también: GRANADOS, Ernesto I.J. y GERBAUDO, Germán E., *El orden público y la ley concursal*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007-3, “Orden público y buenas costumbres”, 2008, p. 239.

<sup>14</sup> CHOMER, Héctor, *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Director Héctor O. Chomer, Coord. Pablo D. Frick, Astrea, Buenos Aires, t. III, 2016, p. 446.

legios estos acreedores son quirografarios y con ello las posibilidades de cobro resultan verdaderamente escasas. La debilidad de los acreedores involuntarios también se observa al momento del ingreso al pasivo concursal. Al respecto, Marcelo Gebhardt sostiene que tienen “una posición de clara inferioridad en orden a la acreditación de su derecho, pues, salvo sentencia firme, no pueden ingresar al pasivo (v.gr., así quienes han experimentado las consecuencias de la imprudencia del conductor, empleado o administrador de una empresa, o el consumidor de un producto nocivo o, más ajeno aún, el sujeto afectado por las inhalaciones de un gas emanado de una fábrica)”<sup>15</sup>.

En la actualidad, los acreedores involuntarios rompen el sistema autosuficiente de los privilegios concursales y ponen en crisis uno de los principios generales del derecho concursal como es la igualdad. Los privilegios nacen de la ley y el régimen es autosuficiente. En esta materia rige el principio de legalidad. Su fuente es la ley y no pueden ser creados por la autonomía de la voluntad. Tampoco pueden ser creados por los jueces. No se admiten en la ley concursal otros privilegios que los que ella misma reconoce.

Los acreedores involuntarios amparados en normas constitucionales impactan la idea de un principio de igualdad con carácter absoluto<sup>16</sup>. Esta categoría invita a repensar qué créditos deben ser privilegiados. Los acreedores involuntarios exhiben una forma de humanizar el Derecho Concursal y de poner un límite a la elección legislativa que determina qué créditos deben ser privilegiados. La jurisprudencia basando en normas constitucionales moldeó la figura de los acreedores involuntarios y descartó el orden de privilegios previsto en la L.C. protegiendo a estos acreedores en situación de vulnerabilidad<sup>17</sup>. En definitiva, podemos observar que esta categoría brinda una nueva mirada del principio de igualdad y pone en crisis

En otros trabajos el citado autor puso de manifiesto la insuficiencia del régimen de los privilegios concursales frente a los acreedores involuntarios, véase: CHOMER, Héctor, *Futuro del derecho concursal*, en L.L. 2012-D, p. 1299; CHOMER, Héctor, *El derecho económico social*, en L.L. 2012-F, p. 788.

<sup>15</sup> GEBHARDT, Marcelo, *Prevención de la insolvencia*, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 223

<sup>16</sup> Nos ocupamos del análisis de este instituto en un trabajo anterior: GRANADOS, E., GERBAUDO, G., FRANCAVILLA, C. y CHASCO, M., op. cit.

<sup>17</sup> C. Apel. Civ. y Com., Sala I, San Isidro, “González, Feliciano c/ Microomnibus General San Martín”, 18/05/2004, en L.L. Supl. de Concursos y Quiebras, 2004 (septiembre), p. 30; JNCom., N° 20, “Instituto Médico Antártida quiebra s/ incidente de verificación (Ricardo Abel Fava y de Liliana Rosa Harreguy de Fava)”, 24/05/2007, L.L. 2007-E, p. 552.

el régimen de los privilegios concursales. Si bien en la actualidad no se encuentran receptados en la L.C. se abren paso a través de la jurisprudencia, poniendo de manifiesto la necesidad de su tratamiento en una futura reforma concursal.

### III. Conclusiones

1. En nuestro tiempo se observa un proceso de “constitucionalización del Derecho Privado” El Derecho Privado actual sufre una profunda influencia de parte del Derecho Público, especialmente desde el Derecho Constitucional, presentándose de esta manera como un nuevo Derecho Privado con perfiles diferentes al del siglo XIX que se plasmó en el Código Civil Francés de 1804 y en los demás ordenamientos normativos que siguieron su orientación. El Derecho Privado decimonónico tenía por objeto de protección a la propiedad privada. En el “Code” se exacerbaba la protección de la libertad y de la propiedad. Al respecto, Gioele Solari sostiene que “los dos términos unidos en indisoluble vínculo constituyen por sí solos todo el Código Civil”<sup>18</sup>. En la actualidad, el centro de atención del Derecho Privado se ha desplazado hacia la protección del ser humano, principalmente a partir de mediados del siglo XX con la superación en Europa de los regímenes totalitarios que implicaron una degradación de la persona<sup>19</sup>. Desde entonces se produjo el advenimiento de un fenómeno cuya génesis se encuentra en el siglo XIX y que se denomina “constitucionalización del Derecho Privado”<sup>20</sup>. La incidencia de la Constitución en el Derecho Privado y el fenómeno que se cataloga como la “constitucionalización del Derecho Privado”, aceleraron la crisis de la clásica distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público. Según indica Jorge Mosset Iturraspe “caracteriza a ese vuelco un interés creciente por tutelar de modo prioritario a la persona humana, habida cuenta que ella ocupa un lugar cen-

---

<sup>18</sup> SOLARI, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado*, Depalma, Buenos Aires, trad. de Oberdan Caletti, t. I “La idea individual”, 1946, p. 227.

<sup>19</sup> Véase sobre la evolución de la noción de persona y la degradación de ella en los regímenes totalitarios: RIVERA, Julio César, *Autodeterminación y tolerancia. Ejes del derecho de la persona*, en [www.rivera.com.ar](http://www.rivera.com.ar).

<sup>20</sup> Véase: GERBAUDO, Germán E., *La constitucionalización del derecho privado y su incidencia en el derecho concursal*, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Buenos Aires, Errepar, N° 348, noviembre de 2016, p. 1121; GERBAUDO, Germán E., *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2016, ps. 66 y 67; GERBAUDO, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018, ps. 99 a 101.

tral en la disciplina jurídica, pública o privada. La constitución deja de ser fuente exclusiva de Derecho Público para incorporar normas reguladoras de las relaciones entre los entes privados, interparticulares<sup>21</sup>. Asimismo, la influencia de normas constitucionales constituye una forma de resguardar al ser humano de las tendencias de la economía de mercado. En tal sentido, Ricardo Lorenzetti considera que este fenómeno permitiría que la tendencia económica producto de las actuales orientaciones emergentes del mercado y el Derecho Civil protectorio giren dentro de un círculo que las comprenda y legitime<sup>22</sup>.

2. Con la sanción de la ley 26.994 asistimos a un proceso de recodificación y actualización del derecho privado. Acertadamente se indica que este proceso de recodificación se encuentra constitucionalizado y acrecienta el papel de los jueces<sup>23</sup>. Claramente, se advierte ello desde el art. 1 cuando al referirse a las “fuentes y aplicación” recepta el proceso de constitucionalización del Derecho Privado. Así se recepta el “bloque de constitucionalidad” cuando el precepto expresa que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”.

Comentando la norma se dice que “el Código Civil y Comercial no se ha quedado, entonces, en la actualización de un sistema legal, sino que ha receptado una nueva matriz jurídica, distinta de la anterior, en la que se tiene en cuenta una perspectiva diferente de los derechos y una nueva forma de aplicarlos y, por ende, de protegerlos, confiando esta delicada misión a la labor del juez, quien actúa en colaboración de toda la comunidad jurídica y de la sociedad”<sup>24</sup>.

La constitucionalización del Derecho Privado y el nuevo Código Civil y Comercial incrementan el papel de los jueces, quienes a la hora de resolver un conflicto deben ponderar todas las interpretaciones posibles de una ley y descartar aquellas que vulneren –o sean incompatibles– con la Constitución<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos? La cuestión frente a la reforma constitucional. El rol de los jueces*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, N° 7, “Derecho Privado Constitucional”, 1994, p. 87.

<sup>22</sup> LORENZETTI, Ricardo, *El espíritu del derecho civil moderno (la tensión entre personas, economía y dogmatización)*, en L.L. 1992-C. p. 1098.

<sup>23</sup> CHAUMET, Mario E., *Argumentación*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 237.

<sup>24</sup> GRAJALES, Amós A. y NEGRI, Nicolás, *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 5.

<sup>25</sup> AGUILÓ REGLA, Josep y VIGO, Rodolfo L., *Fuentes del Derecho*, Buenos

3. Los acreedores involuntarios se han abierto camino en nuestro Derecho a través de decisiones jurisprudenciales y vienen a poner en crisis el sistema de privilegios, invitando a repensar qué créditos deben ser privilegiados. De acuerdo al orden cerrado de privilegios estos acreedores son quirografarios y con ello las posibilidades de cobro resultan verdaderamente escasas. La jurisprudencia basando en normas constitucionales moldeó la figura de los acreedores involuntarios y descartó el orden de privilegios previsto en la LC protegiendo a estos acreedores en situación de vulnerabilidad<sup>26</sup>.

4. Los acreedores involuntarios se presentan como débiles jurídicos en los procesos concursales y requieren una tutela especial. En tal sentido, consideramos que en una futura reforma debe excluirse de la liberación por deudas que se produce con la rehabilitación a esta clase de créditos. En definitiva, una solución como la que propiciamos encontrará sus fundamentos en normas constitucionales y tratados internacionales que consagran intereses superiores a los meramente económicos que pueden presentar otros créditos.

## Bibliografía

AGUILÓ REGLA, Josep y VIGO, Rodolfo L., *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 14.

ALEGRÍA, Héctor, *El derecho comercial y sus principales problemáticas*, en L.L., Suplemento Actualidad 12/03/2013, p. 1.

ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier, *Consideraciones de Derecho Civil acerca de la relación existente, en sistemas jurídicos continentales, entre la regla "par conditio creditorum" y los privilegios crediticios*, en "Derecho y Conocimiento", volumen 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, p. 275.

BARACAT, Edgar J., *Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario*, en L.L. 2014-B, p. 90.

CIURO CALDANI, Miguel A., *Las fuentes del Derecho*, en "Investigación y Docencia", Rosario, Centro de Investigaciones de Filosofía

---

Aires, Astrea, 2018, p. 14<sup>o</sup>.

<sup>26</sup> C. Apel. Civ. y Com., Sala I, San Isidro, "González, Feliciano c/ Microomnibus General San Martín", 18/05/2004, en LL, Supl. de Concursos y Quiebras, 2004 (septiembre), p. 30; JNCom., N<sup>o</sup> 20, "Instituto Médico Antártida quiebra s/ incidente de verificación (Ricardo Abel Fava y de Liliana Rosa Harreguy de Fava)", 24/05/2007, LL 2007-E, p. 552.

Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, N° 27, p. 70.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado Nacional al tiempo del contrato y la empresa)*, en “Investigación y Docencia”, N° 26, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1996, p. 201.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Notas para la comprensión capitalista del Derecho Comercial (aportes para la Filosofía del Derecho Comercial)*, en “Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, volumen 18, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1994, p. 31.

CHAUMET, Mario E., *Argumentación*, Buenos Aires, Astrea, 2017.

CHOMER, Héctor, *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Director Héctor O. Chomer, Coord. Pablo D. Frick, Astrea, Buenos Aires, t. III, 2016.

CHOMER, Héctor, *Futuro del derecho concursal*, en L.L. 2012-D, p. 1299.

CHOMER, Héctor, *El derecho económico social*, en L.L. 2012-F, p. 788.

DASSO, Ariel, *El acreedor involuntario: el último desafío al derecho concursal*, en conferencia presentada al “VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Mendoza octubre de 2009.

GEBHARDT, Marcelo, *Prevención de la insolvencia*, Astrea, Buenos Aires, 2009.

GERBAUDO, Germán E., *Introducción al Derecho Concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

GERBAUDO, Germán, *Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del derecho concursal*, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Errepar, Buenos Aires, junio 2012; p. 515.

GERBAUDO, Germán, *El impacto del Derecho de la Salud en las soluciones concursales*, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, N° 52, años

2016/2017, 2017, p. 207.

GERBAUDO, Germán E., *La constitucionalización del derecho privado y su incidencia en el derecho concursal*, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Buenos Aires, Errepar, N° 348, noviembre de 2016, p. 1121.

GERBAUDO, Germán E., *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

GRAJALES, Amós A. y NEGRI, Nicolás, *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

GRANADOS, Ernesto I.J. y GERBAUDO, Germán E., *El orden público y la ley concursal*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007-3, “Orden público y buenas costumbres”, 2008, p. 239.

GRANADOS, Ernesto, GERBAUDO, Germán, FRANCAVILLA, Claudia y CHASCO, Martín, *Los acreedores involuntarios. La necesidad de su regulación*, en Microjuris MJ-DOC-6020-AR, 1/11/2012.

HERNANDEZ, Carlos A., *Las diferentes manifestaciones del plurijuridismo en el ámbito del Derecho Privado*, en Seminarios de Derecho e Instituciones, Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Argentina), Departamento de Derecho. Documento de Trabajo Número 3 (2006), en [www.uns.edu.ar/congresos/DerInstitu/documentos.htm](http://www.uns.edu.ar/congresos/DerInstitu/documentos.htm) (Consulta: 17/08/2006).

LIMODIO, Gabriel F., *Los códigos y la enseñanza del Derecho*, en E.D. 258, p. 928.

LORENZETTI, Ricardo, *El espíritu del derecho civil moderno (la tensión entre personas, economía y dogmatización)*, en L.L. 1992-C, p. 1098.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos? La cuestión frente a la reforma constitucional. El rol de los jueces*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, N° 7, “Derecho Privado Constitucional”, 1994, p. 87.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Madrid, La Ley, 2011.

SOLARI, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado*, Depalma, Buenos Aires, trad. de Oberdan Caletti, t. I “La idea individual”, 1946.

TRUFFAT, Edgardo, *La "agenda" concursal*, en "Doctrina Societaria y Concursal", Errepar, Buenos Aires, N<sup>o</sup> 252, noviembre 2008, p. 1045.

VIGO, Rodolfo L., *Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, en L.L. 2010-A, p. 1165.

VIGO, Rodolfo L., *Principios Generales del Derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)*, en L.L. 2011-A, p. 1129.

VIGO, Rodolfo L., *Fuentes del Derecho. En el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo*, en L.L. 2012-A, p. 1012.

VIGO, Rodolfo L., *Interpretación y control constitucional: dos caracterizaciones y algunas proyecciones e implicancias*, en J.A. 2007-III, p. 968.



## El privilegio laboral - las cooperativas de trabajo

*Mariano Hugo Izquierdo, Ramiro Izquierdo,  
Rodrigo Izquierdo y Mónica Guadalupe Marinero*

### Sumario

En este trabajo haremos una pequeña reseña del tratamiento que la Reforma de la Ley concursal le brinda a las Cooperativas de trabajo, destacando algunos elementos a tener en cuenta y que las colocan en una posición privilegiada con respecto a los demás trabajadores que no formen parte de ella y a otros acreedores, inclusive los privilegiados, datos no menores que deben tenerse en cuenta.

### Concepto y características

**Cooperativa:** Según la Ley 20337, son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios, que reúnen los siguientes caracteres:

- 1º. Tienen capital variable y duración ilimitada.
- 2º. No ponen límite estatutario al número de asociados ni al capital.
- 3º. Conceden un solo voto a cada asociado, cualquiera sea el número de sus cuotas sociales y no otorgan ventaja ni privilegio alguno a los iniciadores, fundadores y consejeros, ni preferencia a parte alguna del capital.
- 4º. Reconocen un interés limitado a las cuotas sociales, si el estatuto autoriza aplicar excedentes a alguna retribución al capital.
- 5º. Cuentan con un número mínimo de diez asociados, salvo las excepciones que expresamente admitiera la autoridad de aplicación y lo previsto para las cooperativas de grado superior.
- 6º. Distribuyen los excedentes en proporción al uso de los servi-

cios sociales, de conformidad con las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 42 para las cooperativas o secciones de crédito.

7º. No tienen como fin principal ni accesorio la propaganda de ideas políticas, religiosas, de nacionalidad, región o raza, ni imponen condiciones de admisión vinculadas con ellas.

8º. Fomentan la educación cooperativa.

9º. Prevén la integración cooperativa.

10. Prestan servicios a sus asociados y a no asociados en las condiciones que para este último caso establezca la autoridad de aplicación y con sujeción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 42.

11. Limitan la responsabilidad de los asociados al monto de las cuotas sociales suscriptas.

12. Establecen la irrepartibilidad de las reservas sociales y el destino desinteresado del sobrante patrimonial en casos de liquidación.

Son sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley.

Son cooperativas de trabajo las que tienen por objeto producir o transformar bienes o prestar servicios a terceros, mediante el trabajo mancomunado de sus socios y cuya retribución debe fijarse de acuerdo a la labor realizada por cada cual.

Los aportes de los socios personas naturales deberán consistir necesariamente en el trabajo que se obliguen a realizar, sin perjuicio de los aportes que hagan en dinero, bienes muebles o inmuebles.

#### **La cooperativa y la ley 26.684**

La ley 26.684 ataca desde adentro toda la teleología de la Ley Concursal, orientando todo el procedimiento a la protección del crédito laboral y al favorecimiento de la continuidad de la empresa, pero no por cualquiera, sino particularmente, por la cooperativa de trabajo.

Siguiendo tal finalidad, la cooperativa de trabajo se encuentra dentro de quienes pueden presentarse al proceso de salvataje según el art 48 LCQ.

La reforma introduce el art. 48 bis, que dispone que al presentarse una cooperativa de trabajadores<sup>1</sup>:

- 1- El Síndico, practicará la liquidación de todos los créditos que corresponderían a los trabajadores que formen parte de la cooperativa por las indemnizaciones adeudadas, para hacerlos valer en el cramdown.
- 2- Homologado el acuerdo con la cooperativa, se producirá la disolución del contrato de trabajo de los trabajadores inscriptos y los créditos laborales se transferirán a favor de la cooperativa de trabajo, convirtiéndose en cuotas de capital social de la misma.
- 3- El Juez fijará el plazo para la inscripción definitiva de la cooperativa bajo apercibimiento de no proceder a la homologación.
- 4- La cooperativa asumirá todas las obligaciones que surjan de las conformidades presentadas.
- 5- El Banco de la Nación argentina y la Administración Federal de Ingresos Públicos, cuando fueren acreedores de la concursada, deberán otorgar las respectivas conformidades a las cooperativas, y las facilidades de refinanciación de deudas en las condiciones más favorables vigentes en sus respectivas carteras.
- 6- Queda exceptuada la cooperativa de trabajadores de efectuar el depósito del veinticinco por ciento del valor de la oferta y, por el plazo que determine la autoridad de aplicación de la ley 20.337, del depósito del cinco por ciento del capital suscrito previsto en el art. 9 de la mencionada ley.
- 7- En el trámite de constitución de la cooperativa la autoridad de aplicación encargada de su inscripción acordará primera prioridad al trámite de la misma debiéndose concluir dentro de los diez días hábiles.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo, "Aproximación al nuevo escenario concursal, Breve comentario a la Ley 26684" recuperado de <http://www.blog-desindicatura.com.ar/2011/07/12/comentario-a-la-ley-26684/> (Octubre 2012)

<sup>2</sup> CASADIO MARTINEZ, Ob. Cit.

Podemos concluir que los ex-empleados de la concursada no pueden participar de la cooperativa que intentará adquirir la empresa.

Al mismo tiempo se da preferencia a los trabajadores frente a otros interesados en participar del procedimiento del art 48, esto estaría afectando el derecho de los demás acreedores y participantes del proceso de salvataje, como también a la garantía del debido proceso, ambos protegidos por la Constitución Nacional<sup>3</sup>

### **Consideraciones de la ley de concursos y quiebras sobre la cooperativa de trabajo**

El nuevo **artículo 187** de la LCQ, faculta a la cooperativa a celebrar contratos sobre los bienes desapoderados de la quiebra, siempre que los cooperativistas sean los trabajadores del mismo establecimiento.

Esto se aplicaría en el caso en que el salvataje no fue satisfactorio o no se concretó. Asimismo se les permite a las cooperativas a ofrecer los créditos laborales de sus asociados como garantía del cumplimiento de esos contratos (en la anterior ley esto era totalmente inviable, ya que los derechos laborales era irrenunciables).

Rubín se plantea los siguientes interrogantes al respecto: si estos créditos se subastarían llegado el caso, o si se promovería un concurso especial para liquidar los bienes asiento del privilegio especial laboral de los créditos dados en garantía y que consisten justamente en las maquinarias y herramientas que son locados a la cooperativa. Por otro lado, se entiende que los que pueden alquilar una sucursal son quienes trabajan en ella y no los pertenecientes a otras sucursales. La sindicatura es la encargada de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. También está autorizada a ingresar al establecimiento para controlar la conservación de los bienes y fiscalizar la contabilidad.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> FONTANA, Gonzalo J. y CAMPBELL, Martín. "Un primer análisis a la Reforma de la Ley de Concursos y Quiebras N° 25522 introducida por la Ley 26684". El Dial Express 12 de julio de 2011. Recuperado de [http://www.eldial.com.ar/nuevo/litetcddetalle.asp?id=5749&base=50&id\\_publicar=&fecha\\_publicar=21/07/2011&indice=doctrina&suple=Laboral](http://www.eldial.com.ar/nuevo/litetcddetalle.asp?id=5749&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=21/07/2011&indice=doctrina&suple=Laboral) [Enero 2013]

<sup>4</sup> RUBIN, Miguel Eduardo, Las Reformas a La Ley de Concursos y Quiebras del año 2011 y el fenómeno de las Cooperativas de Trabajo. Comprobando que más fácil que sacar al genio de la lámpara es volver a meterlo en ella. El Derecho. Buenos Aires. 1 de Agosto de 2011.

El **art. 189** de la LCQ establece “...También la conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos, si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la solicitaren al síndico o al juez, si aquel todavía no se hubiera hecho cargo... la cooperativa en formación, deberá regularizar su situación en un plazo de cuarenta días, plazo que podría extenderse si existiesen razones acreditadas de origen ajeno a su esfera de responsabilidad que impidan tal cometido...”

Este artículo aparte de reiterar la preferencia de la nueva Ley por la continuidad a cargo de la cooperativa de trabajo, genera interrogantes en cuanto a qué sucede en el caso que no todos los trabajadores quieran conformar la cooperativa o se conformen dos cooperativas distintas, como se calcularían los dos tercios; también se cuestiona qué sucede con los trabajadores no registrados o en “negro”, o con los trabajadores que ya estén desvinculados de la fallida a la fecha de quiebra, ¿se tienen en cuenta o no para el cálculo?

Surge también que la cooperativa de trabajo es la única legitimada para solicitar la continuación en función de la conservación de la fuente de trabajo.

Al permitir extender el plazo para acreditar la regularización de la situación de la cooperativa, podemos decir que se daña la regla de la inmediatez, que regía en el proceso concursal.

Los **artículos 190 y 191** establecen el procedimiento a realizar para concretar la continuación de la empresa, el Síndico debe confeccionar un informe y finalmente el Juez decidirá si autoriza o no la continuación.

Podemos destacar la incorporación del art. 191 bis, por medio del cual se autoriza que el Estado le brinde asistencia técnica necesaria a la cooperativa que continúe con la explotación de la empresa; siendo este otro ejemplo de cómo el legislador quiso privilegiar a la cooperativa de trabajo por sobre otros acreedores.

El **art. 192** LCQ le da rango de administrador a la cooperativa de trabajo, equivalente al que tiene la Sindicatura o el administrador judicial.

El **art 195** establece que los acreedores hipotecarios y prendarios deben obtener una resolución firme que acredite su carácter de titu-

lares para poder ejecutar los bienes sobre los que recaen estos derechos reales. Asimismo, **el Juez, a pedido de la cooperativa de trabajo puede suspender esta ejecución por un plazo de dos años, sin determinar las causas que justificarían dicho aplazamiento.** Esto demuestra que se han limitado los derechos de los acreedores con garantías reales.

De esto también deriva que si la continuación de la explotación queda en manos de la Sindicatura, esta no estaría autorizada a solicitar esta prórroga.

El **art 203 bis** habilita a la cooperativa de trabajo (y no a los trabajadores) a participar en la compra de los activos de la fallida, y les da la facultad de compensar los créditos laborales cedidos por los trabajadores a la cooperativa, con el precio de compra de los activos. Las indemnizaciones serán calculadas según el art 245 de la Ley 20744, convenios colectivos y contratos especiales a los fines de la compensación.

La compensación se efectuará con los créditos que le asisten a los trabajadores de la fallida, los que gozan de privilegio especial y general. **El artículo habla de “los créditos adeudados” y no de la porción que corresponda a esos créditos en el dividendo concursal, esta es otra falencia del sistema.**

Este artículo tiene como consecuencias: - que se ignora el sistema de verificación de créditos, - no se respeta el régimen de privilegio especial y - se conceden a algunos acreedores laborales créditos por montos superiores a los que les correspondería.

El **art. 205** analiza los casos de adquisición de la empresa en quiebra, eliminando el triunfo de la oferta con el precio más alto, exigiéndole al Juez ponderar el aseguramiento de la continuidad de la explotación empresarial mediante el plan de empresa pertinente y la magnitud de la planta de personal que se mantendrá en actividad, como tutela de la fuente de trabajo, claramente favoreciendo a la cooperativa de trabajo.

En la reforma también se agrega un nuevo requisito para que proceda la venta directa, y es que la cooperativa de trabajo sea la continuadora de la explotación, convirtiéndola en legitimada exclusiva al efecto.

Esto es en breve resumen lo que ha reformado la nueva Ley, dándole especial atención a la cooperativa de trabajo, como continuadora de la empresa.

## Conclusion

Sin lugar a dudas, podemos decir que la gran beneficiada con la reforma a la Ley concursal, fue la cooperativa de trabajo, evidenciando una clara promoción al cooperativismo.

Esto no se discute de lo importante y valorado que es, solo que podría haberse favorecido a estos actores, sin desmerecer los derechos de los demás y poniendo en riesgo garantías constitucionales como pilares históricos del ordenamiento jurídico nacional.

Entre otros podemos señalar a modo de resumen:

- La ley deja vacíos en cuanto a la forma de llevar a cabo ciertos procedimientos, delegando en el Sindico y por supuesto el Juez del concurso la responsabilidad sobre las medidas a tomar para cumplir con lo establecido.
- Se daña el principio de inmediatez y rapidez concursal, en cuanto a la realización de los bienes desapoderados, en beneficio de los acreedores del concurso y al permitir extensión de plazos especiales para las cooperativas de trabajo.
- Se eliminan los derechos de los trabajadores que opten por renunciar a la cooperativa de trabajo, continuadora de la fallida.
- Se trastocaron pilares de la normativa concursal, desprotegiendo al crédito no laboral y maltratando a la garantía real, históricamente resguardada.

Consideramos que quedan muchos aspectos por retocar y analizar en mayor detalle, pero en última instancia, “será la sana crítica del juez la que equilibrará la balanza de la justicia a la hora de aplicar la normativa, teniendo como premisas básicas, la excepcionalidad de la continuidad de la explotación para aquellos supuestos en que la empresa sea viable y, la finalidad de enajenarla y proceder al reparto del dividendo concursal, sin seguir en el statu quo in eternum”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Miconi Florencia y García Mona Susana. “La reforma a la LCQ por la ley 26684: cooperativismo y revolución tecnológica”. Tu espacio Jurídico. 17 de mayo de 2015.



## ¿Superación del régimen de privilegios?

*Marisol Martínez*

### Sumario

La irrupción de un régimen de privilegios dentro de un sistema de comunidad de pérdidas bajo el principio de la igualdad de tratamiento, tuvo su fundamento en valores tales como la necesidad de satisfacer la concreción del bien común, la equidad, el bien público.

El régimen, en medio de la enorme puja de intereses que lo genera y conforma, ha constituido desde siempre el instrumento a través del cual, a despecho de la pretensión de un régimen colectivo para el tratamiento de la insuficiencia patrimonial bajo normas teóricamente equitativas, determinados intereses han ejercido el poder por sobre los otros. Las diversas preferencias contempladas en el sistema jurídico, en los tratados y convenciones internacionales traccionan el presunto principio de la par conditio creditorum, hasta su total desaparición en la realidad material de la aplicación del derecho.

Es ostensible un vuelco del carácter público y patrimonial con que se originara el régimen de privilegios, hacia una privatización o humanización del derecho en general, y de los privilegios en particular.

El régimen de privilegios, por definición, se encuentra imposibilitado de componer los diversos intereses en juego en un concurso, constituyendo una paradoja autofrustrante, cuanto más reconocimiento de privilegios, menor resulta la efectividad de los mismos.

Dentro de un cambio de paradigma del Derecho, hacia la centralidad de la persona humana y los derechos fundamentales, con eficacia normativa directa, es decir necesidad de desarrollo legal de disposiciones y efectividad de los derechos reconocidos, *“En este*

*contexto, recobran significado e importancia el respeto, la protección y la defensa de los DH en y desde la cultura jurídica de la sociedad, pues son tales libertades las que definen y orientan ese proyecto de Nación”.*<sup>1</sup>

El fenómeno jurídico, pareciera fluir más que hacia una simplificación, reducción o supresión, siempre insuficientes, hacia una superación del régimen de privilegios, por encima del cual innegablemente se encuentran no sólo preferencias aún concursales, sino derechos extraconcursoales y garantías constitucionales, y convencionales, dentro de un Derecho que debe encontrarse imbuído por la ética de los derechos fundamentales que trasciende la organización estatal y la obliga.

## Tratamiento

La teoría de los privilegios tuvo su origen en Roma, aún antes de perfilarse un procedimiento de quiebra<sup>2</sup>.

Desde un comienzo se reconocieron ciertas preferencias generales nacidas de la calidad del sujeto (el fisco, los municipios, los menores, la dote del cónyuge) o bien la naturaleza del crédito (gastos funerarios, reparación de navíos, construcción, etc).<sup>3</sup>

Entre los principios rectores del proceso concursal, la “par conditio creditorum” implicó la condición de igualdad de los acreedores.

Esta igualdad, empero, se limitó a quienes escasa o ninguna expectativa tuvieran respecto a la distribución final del proceso liquidativo colectivo.

---

<sup>1</sup> Raúl Cervantes Andrade, El Nuevo Régimen Jurídico de los Derechos Humanos, así lo declara para México este catedrático.

<sup>2</sup> Garriguez. J Curso de derecho mercantil, Tomo v reimpresión de la séptima edición editorial Temis Bogotá Colombia 1987: “superado el terrible procedimiento de ejecución sobre la persona del deudor (manus iniectio), la ley Poetelia señala el tránsito de ejecución personal al sistema de ejecución patrimonial (non corpus debitoris sed bona obnoxia). Los acreedores son puestos en posesión de todo el patrimonio del deudor: missio in bonna, se hace en beneficio de todos los acreedores que concurran al procedimiento.” Citado por Jiménez Bolaños, Jorge, “Análisis de la aplicación del principio Par conditio Creditorum en relación con los créditos privilegiados”.

<sup>3</sup> Borda Guillermo Tratado de Derecho Civil, Obligaciones I quinta edición, editorial Perrot, Buenos Aires, pág. 240.

La estructura pretensamente igualitaria, sobre la base de la insuficiencia patrimonial y la comunidad de pérdidas ha sido horadada desde siempre por el régimen de privilegios.

En nuestro sistema, un régimen de privilegios anárquico exhibió multiplicidades e incongruencias, no superadas pese a la pretensión de autosuficiencia de la ley concursal vigente. Las críticas a la pretensión de exclusividad enunciada por el art. 239 LCQ, evidenciaron las remisiones, reenvíos y otras particularidades del sistema, resultando el mismo desbordado por las repercusiones de la reforma constitucional de 1994, por las propias normas sobre preferencias de la misma ley concursal, en particular luego de su reforma por la ley 26684, y por la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

### ***Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación***

Desde los propios “Fundamentos”, la Comisión elaboradora, mantuvo el antiguo anhelo de *simplificación* (reducción de su número y adopción de reglas nítidas) y también de *unificación* del régimen de privilegios.

El nuevo Código unificado dedicó el TÍTULO II del Libro Sexto, a la regulación de los “Privilegios” (arts.2573 al 2583, distribuidos en dos capítulos: 1. Disposiciones generales y 2. Privilegios especiales).

Este cuerpo normativo adoptó el régimen de privilegios de la ley concursal: por remisión en el caso de los procesos universales (exista o no cesación de pagos, art. 2579 CCCN), y reteniendo en el cuerpo unificado una regulación para las ejecuciones individuales, redactada con copia casi literal del régimen concursal, en el caso de los privilegios especiales.

El paso hacia la unificación, y la simplificación del régimen de privilegios con respecto a la normativa del Código Civil, resultó insuficiente en oportunidad de proclamarse la “constitucionalización” del derecho privado desde el propio código unificado, y atenta la vigencia de normas supralegales, ya reconocidas en precedentes, incluso de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

### ***Reenvío a la ley concursal***

La remisión abierta a la “la ley aplicable a los concursos” del artículo 2579 CCCN, y no circunscripta al Capítulo en que se regulan los Privilegios en la LCQ - o bien a sus artículos 239 a 250 LCQ-,

implica el reenvío legal a un régimen que por imperio de sucesivas reformas no sólo ha tergiversado el orden de los privilegios, efectivamente relegados por normas que establecen “preferencias” de mayor rango, y que se sumaran a las clásicas de pronto pago (artículo 16 y 183 L.C.Q.), sumada la - incorporada por la ley 26684- atención de contingencias que no admitan demoras, oponibilidad del boleto de compraventa (artículo 146 L.C.Q.- replicado por el artículo 1171 C.C.C.), exclusión de las consecuencias del concurso para el locador de la vivienda del fallido (artículo 157 L.C.Q.), créditos con derecho a ejecución extrajudicial (arts.23 y 210 L.C.Q.).

Asimismo preferencias surgen de las normas que establecen especiales mecanismos de tutela del trabajador, sea o no acreedor en la quiebra<sup>4</sup>, tales como: - exclusión de la suspensión de intereses que dispone el artículo 19 de la L.C.Q., de los créditos laborales correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral; la exclusión de los intereses compensatorios de los créditos laborales en la quiebra según artículo 129 L.C.Q.; - el especial mecanismo de salvataje agregado por el artículo 48 bis L.C.Q.: con “liquidación” de créditos que corresponderían por indemnizaciones no devengadas, el derecho de “hacerlas valer”, otorgamiento de conformidades en las condiciones más favorables por el Banco de la Nación Argentina y la AFIP, excepción del depósito del 25% del valor de la oferta, y del 5% del capital suscripto por la cooperativa, etc.; - prerrogativa de la cooperativa de trabajo de los trabajadores del establecimiento de garantizar la propuesta de contrato con sus créditos laborales de acuerdo al artículo 187 L.C.Q.; - la habilitación de la continuación inmediata de la explotación de la empresa o alguno de los establecimientos de la fallida toda vez que proceda la “*conservación de la fuente de trabajo*”, según artículo 189 y 191 L.C.Q., tutela que pasa a ocupar el centro gravitacional de la ley concursal, efectivizando el cambio de paradigma de la misma; - conforme lo dispuesto por el artículo 192 bis para el caso que la explotación se continuara a cargo de la cooperativa de trabajo las reglas que establecen serán aplicables con excepción de la de su inciso 3): “*Las obligaciones legalmente contraídas por el responsable de la explotación gozan de la preferencia de los acreedores del concurso*”, es decir que en ese caso se desplaza nada menos que la primera preferencia concursal: la de los acreedores del concurso; - el artículo 195 L.C.Q. otorga derecho a la cooperativa de peticio-

---

<sup>4</sup> La protección directa al “trabajador” con indiferencia de su calidad de acreedor constituye una de las novedades de la reforma introducida por la ley 26684.

nar la suspensión de la ejecución hipotecaria o prendaria por un plazo de hasta dos años; - el artículo 203 bis confiere el derecho de los trabajadores reunidos en cooperativa de trabajo para solicitar la adquisición de la empresa, pudiendo hacer valer la compensación con los créditos que le asisten a los trabajadores de la fallida, artículos 241, inciso 2) y 246, inciso 1) no siendo aplicable en este caso la prohibición del artículo 211 (prohibición de compensación para los restantes créditos).

El cambio de paradigma de la ley concursal hacia la tutela de la fuente de mano de obra, producto de la reforma de la ley 26684, sujeta toda remisión a la ley concursal a estos cánones tuitivos.

Las “preferencias” no son, técnicamente, privilegios, pero ciertamente desplazan a éstos, por lo que la remisión a la ley aplicable a los concursos incluiría su régimen de preferencias.

El juego armónico del microsistema de la ley especial concursal muestra lo inadecuado del simple reenvío que el nuevo código efectúa, particularmente en tanto resulta aplicable fuera de las situaciones concursales.

### ***Control de convencionalidad***

La Comisión Redactora del nuevo código omitió el tratamiento profundo de un régimen que fractura principios de igualdad. Era de esperar que contemplara también para este tema, la constitucionalización del derecho privado que ampliamente pregonara e incluyera paradigmáticamente<sup>5</sup>.

La regulación resulta además anacrónica cuando la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha declarado la inconvencionalidad del régimen de privilegios de la ley concursal, en oportunidad de reconocer la prevalencia de normas emanadas de convenios internacionales.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Fundamentos, p.4: “...toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina... **Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado...**” (el destacado me pertenece).

<sup>6</sup> CSJN, 26/03/2014. “Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra”. El Convenio N° 173 de la OIT, (“sobre la protección de los créditos laborales en caso

El nuevo CCCN en el texto expreso de sus artículos 1º. y 2º., a los que se alude como “diálogo de fuentes”, incluye el deber de resolver “los casos que este Código rige” “...según las leyes que resulten aplicables, **conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos** en los que la República sea parte”... (art. 1º.CCCN) “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”(art.2º.CCCN).

La Constitución Nacional reformada en el año 1994<sup>7</sup> otorgó jerarquía constitucional expresa a una lista de 8 convenciones, 2 pactos y 2 declaraciones, estableciendo asimismo las condiciones de integridad de insolvencia del empleador”), en tanto ha obtenido ratificación legislativa por ley No.24285, se inscribe en la categoría de los tratados del art.75, inc. 22 de la Constitución Nacional con rango superior al de las leyes. Desplaza en el conflicto concreto, las reglas de los arts. 239, párrafo primero, 247 y 249 de la ley concursal, según los cuales al crédito insinuado debía aplicarse la limitación del 50% y conferírsele igual rango que el detentado por la acreencia de la AFIP; esto en tanto, la norma internacional establece que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deben quedar protegidos por un privilegio con cargo a los activos del empleador insolvente sobre los acreedores no privilegiados, y deben contar con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados y, en particular, a los del Estado y de la Seguridad Social (art. 8).

<sup>7</sup> Artículo 75, inc. 22, es función del Congreso de la Nación: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre 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 la 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; **en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.** Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

ción con igual jerarquía de nuevos tratados y convenciones sobre derechos humanos.

La jurisprudencia, en consecuencia, reconoció tal jerarquía de disposiciones internacionales, en particular, por sobre el régimen legal de privilegios vigente, declarando en algunos casos la inconstitucionalidad o la inconvencionalidad de las normas sobre privilegios, en alguno de los casos<sup>8</sup>.

La influencia del régimen de derechos humanos, una opción cualitativamente distinta que surge de un consenso mundial y que se apoya en las nociones de dignidad y libertad comunes a todas las culturas y civilizaciones<sup>9</sup>, con la obligación de los Estados<sup>10</sup> de respetarlos, y garantizarlos, adoptando las medidas necesarias a tales fines, con fundamento en las convenciones internacionales y respaldo en fallos de los organismos judiciales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En sentido corroborante opera en nuestro derecho la aplicación del principio pro homine (o “a favor del hombre”), de progresividad y favorabilidad, claramente recogido en los dictámenes del Ministerio Público Fiscal de la Nación, y amplia jurisprudencia que los recepta.

Desde el punto de vista concursal, la administración del fenómeno de sobreendeudamiento de la persona humana, con respaldo en la aplicación de estas pautas convencionales, se perfila hacia una humanización del derecho concursal.

Se impone la revisión de la materia a la luz de los intereses y derechos encubiertos como fundamentales, imprimiendo una necesaria “moralización” del sistema jurídico.

<sup>8</sup> “González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C; C1<sup>a</sup>CC San Isidro, sala I, 18-5-04y SC Buenos Aires, 5-4-06; “Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.” JN 1<sup>a</sup> Inst. Com.N<sup>o</sup> 20, 24-5-07; “Obra Social del Personal Gráfico s/concurso preventivo”, CNCom., Sala B, 2015; entre otros.

<sup>9</sup> Pinto, Mónica, Temas de derechos humanos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

<sup>10</sup> “El precepto, en consecuencia, da cuenta de un “principio evidente” (allant de soi/self-evidente), en palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1925, según- el cual “un Estado que ha válidamente asumido obligaciones internacionales, está obligado a introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de dichas obligaciones” (Echange des populations grecques et turques / Exchange of Greek and Turkish Populations, opinión consultiva, 21- 2-1925, serie E, n<sup>o</sup> 10, p. 20, itálica agregada).” CSJN, 26/03/2014. “Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra”.

La irrupción de un régimen de privilegios tuvo su fundamento en valores tales como la necesidad de satisfacer la concreción del bien común, en el caso de los gastos de justicia, la equidad, en orden a los gastos realizados para la conservación de la cosa, el bien público, en el caso de gastos funerarios y de última enfermedad, o bien el sustento del acreedor y su grupo familiar, en cuanto a los privilegios laborales o previsionales.

Un orden impuesto que irrumpe dentro de un sistema presuntamente regido por la regla de paridad de tratamiento, no puede menos que plantear un tema polémico por antonomasia.

El régimen de privilegios, más allá de su tortuosa interpretación y aplicación, en medio de la enorme puja de intereses que lo genera y conforma, ha constituido desde siempre el instrumento a través del cual, a despecho de la pretensión de un régimen colectivo para el tratamiento de la insuficiencia patrimonial bajo normas teóricamente equitativas, determinados intereses han ejercido el poder por sobre los otros y han logrado la dominación de los unos sobre los otros, particularmente en el procedimiento falencial.

Esta tensión creciente doblega la consistencia misma del procedimiento colectivo.

El quiebre de la paridad presupone una razonabilidad a priori, que exige la coherencia del sistema, su consistencia.

Si bien el conflicto de intereses es connatural al derecho, en oportunidad de la aplicación del régimen de privilegios donde alcanza nivel crítico, reflejo del esquema de poderes con que se lograra la sanción de las normas protectoras.

Es ostensible un vuelco del carácter público y patrimonial con que se originara el régimen de privilegios, hacia una privatización o humanización del derecho en general, y de los privilegios en particular.

El Estado dispone de herramientas a fin de prevenir las situaciones de insolvencia, de evitar el otorgamiento de créditos o limitar la morosidad o incobrabilidad, no disponibles para los particulares.

El régimen de privilegios, por definición, se encuentra destinado a la imposibilidad de componer los diversos intereses en juego en un concurso, constituyendo una paradoja autofrustrante, cuanto más reconocimiento de privilegios, menor resulta la efectividad de los mismos.

Considerado tradicionalmente como régimen cerrado, el de privilegios, en la evolución, se le ha atribuído la mutación hacia un régimen “poroso”<sup>11</sup>.

Dentro de un cambio de paradigma del Derecho, hacia la centralidad de la persona humana y los derechos fundamentales, con eficacia normativa directa, es decir necesidad de desarrollo legal de disposiciones y efectividad de los derechos reconocidos, *“En este contexto, recobran significado e importancia el respeto, la protección y la defensa de los DH en y desde la cultura jurídica de la sociedad, pues son tales libertades las que definen y orientan ese proyecto de Nación”*.<sup>12</sup>

Estos fenómenos que despiertan el interés de la comunidad jurídica, parecieran fluir más que hacia una simplificación, reducción o supresión, probablemente insuficientes, hacia una superación del régimen de privilegios, por encima del cual innegablemente se encuentran no sólo preferencias aún concursales, sino derechos extraconcursoales y garantías constitucionales, y convencionales, dentro de un Derecho que debe encontrarse imbuído por la ética de los derechos fundamentales que trasciende la organización estatal y la obliga.

---

<sup>11</sup> Vítolo, Daniel Roque, “La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un “orden cerrado” estable a un “orden poroso” inestable”, ED, 05/04/2016.

<sup>12</sup> Raúl Cervantes Andrade, El Nuevo Régimen Jurídico de los Derechos Humanos, así lo declara para México este catedrático.



## **El costo de los derechos. ¿Por qué la vivienda única no está protegida frente a la quiebra?**

*Alicia Susana Pereyra*

### **1. Introducción**

Estudiar los costos de los derechos no significa restar importancia al derecho, a la política y la moral. La importancia de reflexionar sobre este tema radica en la necesidad de analizar la relación que existe entre los derechos, por un lado, y la democracia, la igualdad y la justicia distributiva por el otro.-

Cass Sunstein y Stephen Holmes<sup>1</sup> son dos profesores norteamericanos, con una larga trayectoria académica, que se han dedicado a investigar el derecho constitucional y la historia del pensamiento político moderno.-

En el libro - a partir del cual reflexionamos acerca del derecho de la vivienda única a ser protegida frente a la quiebra del deudor -, plantean una tesis por demás de atractiva. Se preguntan: ¿de qué depende la eficacia de los derechos? Y se responden: depende de los impuestos.-

Para sostener su tesis, parten de un caso concreto: un incendio ocurrido en el estado de Nueva York, en la región de Westhampton. Los costos materiales del incendio habrían ascendido a 2,9 millones de dólares de no haber sido por la acción eficiente y decidida del cuerpo de bomberos. Al final, los costos materiales ascendieron a 1,1 millones de dólares, menos de la mitad de lo que habrían costado en otras circunstancias. ¿De qué dependió la acción vigorosa y eficiente del cuerpo de bomberos de Westhampton? ¿De su nobleza, de su generosidad, de su altruismo? No: dependió de los recursos con los

---

<sup>1</sup> Reflexiones sobre el libro de Cass Sunstein y Stephen Holmes

que contaban. Porque si no hubieran tenido los recursos necesarios, no habrían podido controlar a tiempo el incendio.-

Con este ejemplo Sunstein y Holmes buscan dejar en claro que los derechos no son independientes de sus costos; que los unos están asociados intrínsecamente con los otros. Y lo plantearon en los años 90 en Chicago, cuya escuela de pensamiento económica considera que cuando hay menos presencia del Estado hay más libertad.-

Entonces, ¿de qué depende la protección efectiva de la vivienda frente a la quiebra del deudor?

## 2. ¿Cuánto cuestan los derechos?

Se suele distinguir entre derechos civiles y derechos sociales, considerando que los derechos civiles son más valiosos que los derechos sociales. Sin embargo, todos los derechos comparten una estructura en común, que no depende de la moral, ni de la ética, sino de la economía.-

S y H definen a los “derechos” *“como intereses importantes que pueden ser protegidos de manera confiable por individuos o grupos usando instrumentos de gobierno”*. “Costos”, significa los costos incluidos en el presupuesto.<sup>2</sup>

Todos los derechos le cuestan al Estado, aunque sea extendida la creencia de que nuestros derechos más fundamentales no tienen costo alguno. Si no se invierten recursos en un derecho, éste no pasará de ser una mera declaración sin efectos concretos. Es por ello, que todos nuestros derechos – sin distinción alguna -, dependen de los impuestos recaudados por el gobierno, Y la afectación que se haga de ellos en el presupuesto. Eso significa que no es posible pedir, al mismo tiempo, que la política reduzca impuestos y dé garantía plena a nuestros derechos. Pero si se puede pedir que se haga una distribución responsable y equitativa de los mismos.-

Los derechos y las libertades individuales dependen fundamentalmente de una acción estatal vigorosa.-

### 1.1. Los derechos protegidos por nuestra Constitución Nacional:

El artículo 14 de la C.N. establece que

*“todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a la Leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar,*

---

<sup>2</sup> *Ibíd*em, pág. 34.

*de petitionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.*<sup>3</sup>

El artículo 14 bis de la C.N. establece que

*“el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en el registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho a huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social. Que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”*<sup>4</sup>

## 1.2. ¿Cuándo y cómo existen los derechos?:

A partir de este reconocimiento en nuestra Constitución Nacional, los derechos “interesan” porque hay un sistema legal efectivo que los trata como tal y que debiera utilizar recursos colectivos para defenderlos. Interesan porque debiera existir una capacidad creada y mantenida por el Estado para evitar o compensar daños, para acortarse y restringirse para velar por su correcto uso, evitando el uso abusivo de los derechos.-

Pero no es todo: **el derecho sólo existe cuando tiene un costo presupuestario, cuando está incluido en el presupuesto del Estado.-** La educación, la protección de la propiedad privada, la libertad de

<sup>3</sup> Constitución Nacional, República Argentina, artículo 14.

<sup>4</sup> Ibídem, artículo 14 bis.

expresión, la seguridad social, el debido proceso, el voto, son algunos de los derechos que más valoramos. Y no son gratuitos, sino que cuestan dinero. Es decir, que requieren la permanente inversión estatal.-

Los derechos existen a partir de la decisión política del Estado de protegerlos y garantizarlos. No obedece a un atributo intrínseco de los derechos, sino a que es el Estado, a través de sus órganos administrativos, el que decide qué derechos proteger y con qué intensidad, por lo que es imperativo poner énfasis en la forma en que se toma esa clase de decisiones.<sup>5</sup>

### 1.3. ¿Qué derechos protege el Estado?:

Imaginemos que una persona pone en peligro el orden interno y la seguridad pública. El Estado, de manera inmediata tratará de evitarlo. Esta actuación no implica un gasto oneroso extra y, por lo tanto, puede ser asumido por el Estado. Al Estado no le cuesta mucho, en términos económicos, evitar que un vecino altere el orden interno y la seguridad pública, porque ya hay una estructura montada para ello: un cuerpo de policía cuya función es garantizar el orden interno y la seguridad pública.

Imaginemos también, que una persona no tiene donde pasar la noche y demanda al Estado que le proporcione una vivienda. No obstante a que el artículo 14 bis de la C.N. dice que *"El Estado otorgará ...el acceso a una vivienda digna"*, no goza del derecho a que el Estado le proporcione inmediatamente una vivienda. Porque garantizar este derecho es muy costoso para el Estado. Y porque, dado que tiene recursos limitados, elige dar prioridad a los derechos que considera más urgentes (como la seguridad), y gastar en ellos.-

Interpreta Campos Bernal - acerca de la tesis de Sunstein y Holmes - que, en el primer ejemplo, al Estado no le cuesta mucho, en términos económicos, evitar que una persona ponga en peligro el orden interno y la seguridad pública *"porque ya hay una estructura montada para ello: un cuerpo de policía cuya función es garantizar el orden interno y la seguridad pública...un policía lo puede detener. En el segundo ejemplo, en cambio, el Estado no puede reaccionar con igual rapidez y eficacia, salvo que lo hubiese previsto"...* *"Si ya hay un cuerpo de policías cuya finalidad es garantizar la seguridad pública y el orden interno es porque el Estado ya destinó recursos públicos para ello. No es el caso de la vivienda donde, como se plantea en el ejemplo, el Estado no ha destinado recursos suficien-*

<sup>5</sup> Campos Bernal, Heber Joel, "El costo de los derechos", Revista de Economía Institucional, Vol 15°, N°29, Segundo Semestre/2013, pags. 343-348.

*tes para su satisfacción inmediata.”<sup>6</sup>*

Todos los derechos cuestan. Y, por lo tanto, su protección y garantía no obedece a un atributo intrínseco de los derechos sino a una decisión política. **Es el Estado, a través de sus órganos administrativos, el que decide qué derechos proteger y con qué intensidad, por lo que es imperativo poner énfasis en la forma en que se toma esta clase de decisiones.-**

*“Los que describen los derechos como absolutos hacen imposible plantear una importante pregunta fáctica: ¿quién decide en qué nivel financiero qué conjunto de derechos básicos para quién? ¿Y, exactamente quién tiene el poder de decidir esas asignaciones? Prestar atención a los costos de los derechos no sólo conlleva cuestiones de cálculo presupuestario sino también problemas filosóficos básicos de justicia retributiva y transparencia democrática” (Cass Sunstein y Stephen Holmes, Siglo XXI Editores, 2011, pág. 153).*

Entonces, ¿qué derechos protege el Estado?

Sólo aquéllos para los que destina fondos en el presupuesto. Respetto de los otros, pareciera que el Estado ha decidido no protegerlos, o lo que es lo mismo, no reconocerlos como tales, ya que no destina el dinero para que se hagan efectivos.-

#### 1.4. ¿Es el mercado una enteleguía que no requiere la intervención estatal?:

Hay una corriente de pensamiento que sostiene que el mercado es una enteleguía que no requiere la intervención estatal. Sunstein y Holmes consideran que esto es una falacia; que el Estado siempre interviene, ya sea por acción o por omisión. Que existen dos tipos de intervención: una positiva y una negativa.

Una intervención positiva es destinar parte de la recaudación de los impuestos a la educación o a la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES), por ejemplo.<sup>7</sup> Una intervención negativa es no asignar una partida presupuestaria para la construcción de las viviendas que necesitan los habitantes del país. O que se decida que determinadas empresas no paguen impuestos y que sea el mercado el que decida de qué manera se van a distribuir los recursos, según el rendimiento de las empresas.-

Todas nuestras libertades dependen del activismo estatal, de su intervención permanente. Necesitamos - en todos los casos -, que exis-

<sup>6</sup> *Ibíd*em, pág. 345.

<sup>7</sup> “Destino de la Recaudación de los impuestos al 31.03.2016”, [www.mecon.gov.ar](http://www.mecon.gov.ar).

tan tribunales abiertos y efectivos (administración de justicia), una policía funcionando (seguridad), mecanismos de controles vigentes (control estatal); sin lo cual aquellas libertades resultarían constantemente amenazadas. Sunstein y Holmes sostienen que la oposición entre mercado libre e intervencionismo estatal está erróneamente fundada, ya que el Estado interviene siempre. Lo que importa es decidir qué intervenciones son apropiadas y justificadas y cuáles no.<sup>8</sup> Aunque no intervenga, el Estado también interviene. En el primer supuesto interviene con mayor intensidad que en el segundo, pues dispone directamente de un recurso en el presupuesto para hacerlo. En el segundo también interviene porque, esa decisión de no hacer nada, tendrá efectos en la economía y ha sido tomada en el marco de un proceso democrático. Antes de así decidirlo tuvo que discutir, plantear razones, escuchar críticas, aprobar una ley, promulgarla, etc. En las propias palabras de Sunstein y Holmes:

*“Todo gobierno liberal debe abstenerse de violar derechos, debe “respetarlos”. Pero este léxico puede inducir a error, dado que limita el papel del gobierno al de un observador no participante. [...] Asociar los derechos de propiedad con la ilusión de verse libre del gobierno tiene tan poco sentido como asociar el derecho a jugar ajedrez con la vana ilusión de eludir las reglas. Los derechos de propiedad existen porque el derecho crea y regula la posesión y el uso de esta” (ibíd., 82)... “Si el gobierno se desentiende por completo de la economía esta no será libre en el sentido que admiramos, y ciertamente no producirá la prosperidad sin precedentes históricos a la que muchos estadounidenses se han acostumbrado. Habrá intercambios voluntarios, como los hay incluso en los países más pobres, y es posible que veamos en funcionamiento versiones rudimentarias de mercados. Pero la inacción del gobierno, propugna por un sistema económico viciado por la fuerza, el monopolio, la intimidación y los localismos estrechos de miras. La libertad del individuo, su “derecho a que [los forajidos y los ladrones] lo dejen en paz”, no puede separarse de su derecho a recibir ayuda del Estado, es decir, a una serie de servicios públicos (provisiones y protecciones legales básicas) proporcionados por el gobierno” (ibid. 94).*-

### 1.5. ¿Sólo son costosos los derechos sociales?

Durante años se ha sostenido en los tribunales como una verdad revelada, que los derechos sociales: los relacionados con la salud, la educación, la vivienda, son más costosos que los civiles. Esto tie-

<sup>8</sup> Roberto Gargarella y Paola Bergallo, Presentación del libro, Siglo XXI Editores, pág.11/13.

ne su explicación en el hecho de que las partidas presupuestarias asignadas para la protección de esos derechos son insuficientes. La negativa a garantizar los derechos socioeconómicos implica desconocer que también los derechos “*de primera generación*” cuestan dinero. Por ejemplo, ¿cuánto cuesta llevar a cabo una elección política?, típico derecho civil. Nadie niega que este derecho deba asegurarse. Sin embargo, muchos resisten la idea que los derechos socioeconómicos también deben ser respaldados y garantizados con las partidas presupuestarias necesarias.-

Los derechos, en cuanto requieren una erogación de recursos para su protección, dependen estratégicamente del cobro de impuestos y su inclusión en el presupuesto nacional. Esta visión es interesante porque incorpora una dimensión estratégica y de justicia social en el ámbito fiscal. Los impuestos no son meras cargas económicas basadas en el principio de solidaridad, sino precondiciones mínimas para la vigencia de nuestros derechos fundamentales.-

#### 1.6. La acción de la justicia para respaldar y hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales no es suficiente:

Los individuos se acercan a los tribunales para pedir que levanten una acción de censura estatal o garanticen las elecciones o el debido proceso; pero resulta hartamente dificultoso que la justicia asegure el derecho a la vivienda o a la salud de alguien, ya que estos últimos derechos aparecen como “muy costosos”, o lo que es lo mismo, no tienen asignadas partidas presupuestarias suficientes para que gocen de ellos todos los ciudadanos.

Nadie niega que los tribunales deben intervenir para hacer posible la vigencia de los derechos civiles (de primera generación). Sin embargo, se resiste a la idea de que los derechos sociales, económicos y culturales deben ser respaldados siempre por los tribunales.

La SCJN en su clásico fallo “*Ekjekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo y otros*” (LL1992 C-340), resolvió que

***“Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”. Y que en el supuesto del artículo 14 bis de la C.N., “La interpretación textual según la cual toda persona “tiene derecho a...” despeja cualquier duda sobre la existencia de la alegada operatividad.”***

Es verdad que los tribunales cuentan con muchas respuestas posibles - más allá de un sí o un no - para asegurar el cumplimiento de un derecho. Ellos pueden, por ejemplo, obligar al Poder Legislativo a satisfacer un derecho en un plazo determinado, sin definir el modo

en que debe hacerlo, o a justificar su negativa, o pueden convocar a una audiencia pública - como sucede para el caso del “tarifazo” que estamos viviendo en nuestro país - para que los poderes políticos diseñen la mejor forma de responder al problema. **Pero la definición y el cuidado de los derechos deben estar a cargo de los poderes políticos.-**

Sunstein y Holmes se preguntan: ¿Es posible que la justicia dependa de partidas presupuestarias para decidir? ¿Y cómo puede un juez, con la escasa información de que dispone y con su inmunidad a las exigencias electorales, decidir de manera razonable y responsable sobre la asignación óptima de recursos públicos escasos?

1.7. Los derechos sólo pueden hacerse efectivos mediante su inclusión en el presupuesto:

La conexión entre su inclusión en el presupuesto y la exigibilidad de los derechos aparece como innegable. El costo de los derechos debe asumirlo el Estado con fondos públicos que provienen, sobre todo, del pago de los impuestos. Si el Estado no tiene recursos suficientes para garantizar los derechos porque cobra muy pocos impuestos o los cobra mal o los asigna de manera equivocada, quienes se benefician con esos recortes serán quienes decidirán cómo y en qué medida se protegerán los derechos, poniendo en riesgo la institucionalidad democrática.

Un Estado no puede decidir entre intervenir o no intervenir en la economía, sino entre intervenir mejor o peor. **El criterio para determinar si es adecuada una intervención no es su rendimiento económico, sino la vigencia de los derechos fundamentales.** El espacio ideal para determinar cuándo es idónea una intervención estatal, es la discusión democrática.

Los derechos exigen gastos públicos Tanto la libertad de expresión como el derecho al sufragio, ambos, suponen decisiones redistributivas y gastos, porque todos los derechos se financian con los presupuestos generales, con impuestos y no con tasas particulares. Todos los derechos, ya sean civiles y políticos o sociales y culturales, dependen de una contribución colectiva, aunque ninguno pueda ser exigido de una manera perfecta y por completo.

Que los derechos tengan un costo, implica un deber de responsabilidad, no sólo para el titular del derecho sino también para el Estado que debe protegerlos. Los derechos no pueden protegerse en un contexto de insolvencia o incapacidad de los gobiernos; tampoco

son los derechos una receta marcada por el egoísmo irresponsable de sus titulares.<sup>9</sup>

Es el poder público el encargado de realizar y desarrollar la inversión pública para llevarlos a la práctica, para concretarlos.- Para lograrlo, es necesario que exista un control democrático de las asignaciones presupuestarias tanto en la protección como en la exigibilidad de los derechos. La deliberación democrática acerca de qué derechos y de qué manera se protege, debe estar sometida al examen y al debate público. La redistribución de los ingresos públicos no sólo debe aplicarse para hacer efectivos los derechos civiles, sino a los derechos económicos, sociales y culturales, ya que estos derechos establecen y estabilizan las condiciones del desarrollo individual y de coexistencia y cooperación colectivas.<sup>10</sup>

### **3. ¿Qué derechos se protegen en la quiebra?**

En la quiebra se protege el derecho de los trabajadores frente a la Seguridad social, porque – no obstante que el deudor haya omitido el pago de los aportes y contribuciones – el sistema jubilatorio asegura al trabajador una jubilación digna. El Estado ha asignado una partida presupuestaria para ello. El Estado actúa por acción.-

En la quiebra se tutela el crédito, porque se entiende que el crédito es uno de los grandes pilares de la economía, ya que la cantidad o magnitud de operaciones crediticias mueve dinámicamente capitales y permite la creación de riquezas y desarrollos de los pueblos. Por lo que el estado siempre busca la manera de proteger y salvaguardar los intereses de aquellos que ponen su capital o bienes ociosos a disposición de otros. El ordenamiento jurídico le atribuye al acreedor un conjunto de facultades y acciones para exigir su interés en la relación obligatoria.-

En la quiebra no se protege el derecho del deudor a proteger su vivienda, porque para ello es necesario que el estado instrumente políticas y destine recursos en su presupuesto. Y, en nuestro país, nin-

---

<sup>9</sup> Liliana Galdámez Zelada, Stephen Holmes y Cass R. Sunstein: “El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos”. Recensión de Liliana Galdámez Zelada. Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, pags 808 y ss.

<sup>10</sup> Holmes y Sunstein, op cit, pag 251.

gún gobierno ni siquiera lo ha intentado. La alegada operatividad que dice la SCJN que tiene el art. 14 bis de nuestra Constitución es sólo una inoperativa expresión de deseo.-

#### 4. Conclusión

La discusión sobre los derechos prioritarios es una discusión filosófica y de justicia social distributiva. La democracia se legitima cuando da a todos los ciudadanos la oportunidad de participar de esa discusión, expresando sus puntos de vista y poniendo de relieve el interés público.-

*“Atender al costo de los derechos plantea una cantidad de cuestiones adicionales, no sólo acerca de cuánto cuestan sino también sobre quién decide cómo asignar nuestros escasos recursos públicos para protegerlos, y para quién. ¿Cuáles son los principios que se invocan habitualmente para guiar esas asignaciones? ¿Es posible defender esos principios? Por último, comprender que los derechos tienen costos permite también entender que es inevitable que exista el gobierno. Prestar atención a los costos de los derechos individuales puede arrojar nueva luz sobre viejas cuestiones, entre otras, las dimensiones apropiadas del Estado regulador de bienestar y la relación entre el gobierno moderno y los derechos liberales clásicos. No habría que tomar decisiones de política pública sobre la base de una hostilidad imaginaria entre la libertad y el cobrador de impuestos, porque si realmente fuesen enemigos, todas nuestras libertades básicas serían candidatas a la abolición”.* (Sunstein y Holmes, Introducción, págs.. 31 y ss).-

Es hora que el Estado implemente políticas públicas que permitan que un deudor en estado de quiebra pueda conservar su vivienda – asiento de su hogar familiar – por sobre el derecho del acreedor a ver satisfecho su crédito, sobreponiendo el derecho a la vida por sobre el derecho de propiedad.-

## El derecho a la vivienda, un derecho humano protegido por la Constitución y los Pactos Internacionales

*Alicia Susana Pereyra*

### 1. El derecho a la vivienda

Desde siempre, tener una vivienda es una condición indispensable para vivir y desarrollarse como ser humano en términos de seguridad, autonomía e independencia.-

A pesar de la importancia que reviste esta problemática, en el ámbito del derecho falencial, la protección de la vivienda es un tema que exhibe claramente una tensión entre la protección del deudor y la tutela del crédito. A modo de ejemplo, sostiene Darío Graziabile que *“el problema radica en lo dificultoso que resulta lograr un equilibrio entre los bienes tutelados, la vivienda y el crédito”*<sup>1</sup>

Esta “tensión” se da porque no se tiene en claro que el derecho a la vivienda es considerado un **“derecho inalienable al individuo”**. Mientras que al crédito se lo tutela porque es el gran motor de la economía que permite generar riquezas.-

El *“derecho a la vivienda”* pretende dar satisfacción a la necesidad que tiene toda persona de tener un lugar adecuado para vivir. Es concebido también, como el resguardo del ser humano y de su familia, que actúa como plataforma para el desenvolvimiento e influye en el progreso individual y colectivo. Es un derecho compuesto, ya que su ejercicio es necesario para la materialización de otros derechos, cuyo fin no se agota con un espacio para dormir, sino que - por el contrario - su vulneración incide en la violación de otros derechos humanos.-

La violación del *“derecho a la vivienda”* amenaza - por ejemplo -, al derecho a la integridad física y mental. Tal es lo que ocurre cuando

<sup>1</sup> GRAZIABILE, Darío, “Manual de concursos”, 1° Edic., Bs. As, Abeledo Perrot, 2016, e-book

se vive ante la imposibilidad de cubrir el monto de un alquiler o frente a la liquidación de la vivienda en la quiebra. Vulnera también el derecho al trabajo. Pone en riesgo el derecho a la salud, a la educación y al libre desarrollo de las personas. El “*derecho a la vivienda*”, el derecho a tenerla y a conservarla cuando se la tiene, es el derecho a la privacidad y a la vida familiar.-

## 2. el derecho a la vivienda en los tratados internacionales

El “*derecho a la vivienda*” es un derecho humano reconocido en las disposiciones internacionales sobre Derechos Humanos como un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, tanto en la Declaración Universal de DD.HH., así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en diferentes instrumentos internacionales de los cuales Argentina forma parte

Según consideraciones del Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para que una vivienda sea la adecuada, debe reunir como mínimo siete (7) criterios, entre los que se encuentra en primer lugar: “*Seguridad de su tenencia*”, es decir, que sus ocupantes cuenten con la protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.-

La doctrina internacional coincide en identificar a los Derechos Humanos como:

*“el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos y garantías de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”<sup>2</sup>*

La clasificación tradicional de los DD.HH. ubica al “*derecho a la vivienda*” como un derecho de primera, segunda y tercera generación. Los de “primera generación” son producto de la Revolución Francesa y del liberalismo burgués; y están contenidos en la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, y tienen que ver con la libertad individual, el principio de legalidad, el derecho a la vida privada y a la seguridad, entre otros. Los Derechos Humanos de “segunda generación” aparecen con la “crisis

<sup>2</sup> ACNUDH, ONU - Hábitat, “El derecho a una vivienda adecuada”, Ginebra, ONU, 2010.-

del Estado liberal”, el advenimiento de revoluciones industriales y el surgimiento del proletariado. Son derechos de contenido social, económico y cultural, representan una actividad positiva del Estado, es decir, que para su satisfacción se requiere la acción del Estado<sup>3</sup>. En esta clasificación se ubica el “*derecho a la vivienda*”. En la “tercera generación”, se encuentran los derechos que se relacionan con las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de primera y segunda generación, tales como el derecho a la paz, a la solidaridad internacional, al desarrollo, entre otros.-

### 3. La protección de la vivienda en la argentina

Si bien es cierto que el artículo 14 bis de la C.N. establece que

*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social. Que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”<sup>4</sup>*

No menos cierto es que nuestra legislación adolece de ciertas inconsistencias que impiden calificar el “*derecho a la vivienda*” en Argentina, como un Derecho Humano, y mucho menos se puede afirmar que sea un derecho fundamental para todos los argentinos. El texto constitucional no establece la obligatoriedad del Estado a garantizar este derecho, como se asienta en el mismo artículo respecto del trabajador y los gremios, quienes sí ven garantizados sus derechos. Tampoco menciona los mecanismos de defensa del “*derecho a la vivienda*” que garanticen su exigibilidad.-

No se debe confundir la obligación del Estado de “garantizar el derecho a la vivienda” con la obligación del Estado de “proveer viviendas para todos los ciudadanos”, ya que esto resulta materialmente

<sup>3</sup> Ver en este mismo congreso una ponencia de mi autoría “El costo de los derechos”

<sup>4</sup> *Ibidem*, artículo 14 bis.

imposible. Pero sí es posible que el Estado arbitre los medios para ser un facilitador de la producción, mejora y mantenimiento de la vivienda.-

#### 4. La vivienda única frente a la quiebra del deudor.-

Sostiene Germán Gerbaudo<sup>5</sup> que la protección de la vivienda en el ámbito falencial, es un tema que exhibe claramente una tensión entre la protección del deudor y la tutela del crédito.-

Nos permitimos disentir con el autor, ya que no se trata de la protección del deudor sino del “*derecho humano a la vivienda*”.-

Mucho se ha escrito durante la vigencia del Código Civil sobre la “inscripción del bien de familia” de la Ley 14.394, y de cómo operaba esta protección frente a la quiebra. Más se está escribiendo ahora sobre las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial en el Capítulo 3 destinado a la vivienda y que el artículo 244 denomina “afectación de la vivienda”.-

La Ley 14.394 exigía la inscripción del bien de familia en el Registro General de la Propiedad. De la misma manera, el artículo 245 CCC exige la inscripción de la afectación en el registro de la propiedad inmueble. Lo que implica que, si el inmueble destinado a vivienda no tiene inscrita su afectación, se encuentra total y absolutamente desprotegido frente a la quiebra.-

Es verdad que este nuevo régimen pone fin a diversos debates interpretativos como el derecho de los acreedores posteriores a la inscripción o el derecho del deudor a cobrar el remanente una vez liquidado el bien en la quiebra. Pero de ahí a considerar que este régimen de afectación tiene una clara finalidad tuitiva es desconocer que el “*derecho a la vivienda*” es un derecho fundamental.-

José Tobías dice que los acreedores posteriores a la constitución no tienen derecho alguna al remanente, “*toda vez que ellos no tuvieron en miras – debido a su estado protectorio – el bien en cuestión al momento de realizar el negocio jurídico*”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> GERBAUDO, Germán, “La protección de la vivienda familiar en la quiebra. Regulación del Código Civil y Comercial”, MJ-DOC -12245 -AR del 09.05.2018.

<sup>6</sup> TOBIÁS, José, “Comentario al art. 249” en “Código Civil y Com. comentado, Trat. Exegético”. 1ra.Edic., T° II, 2015, e-book

Y ESTE ES EL PUNTO EN CUESTIÓN.-

**Si el “derecho a la vivienda” fuera un derecho fundamental, “per se” garantizado por el Estado, ningún acreedor debería tener en miras el inmueble vivienda única al realizar un negocio jurídico.-**

Esto no es ninguna utopía, ya que los inmuebles adquiridos con créditos del Banco Hipotecario nacional son inembargables e inejecutables, aún en las quiebras, en virtud de la protección que le otorga el artículo 35 de la Ley 22.232, que establece la inembargabilidad e inejecutabilidad del bien y que esa protección se encuentra vigente aun cuando el préstamo bancario ha sido cancelado.-

El artículo 35 de la Ley 22.232 contempla una norma de carácter tuitivo, de orden público y con un claro contenido social. Si el Estado destinó recursos para facilitar el acceso a la vivienda de determinados sectores de la sociedad, esos recursos no pueden terminar en el patrimonio de los acreedores, ya que ello implicaría desarticular las políticas públicas para fomentar el acceso a la vivienda en cumplimiento de cláusulas constitucionales<sup>7</sup>

Y, como bien apunta la Fiscal General en la sentencia, el derecho a la vivienda se encuentra protegido por la Constitucional Nacional

---

<sup>7</sup> Cam.Nac. Apel.- Sala F, en “LAHORA, NORBERTO E. S/ QUIEBRA”, siguiendo el dictamen de la Fiscal General, revocó la sentencia apelada. “La Fiscalía expuso que la idea que subyace en esta protección es que si el Estado destinó recursos para facilitar el acceso a la vivienda de determinados sectores de la sociedad, esos recursos no pueden terminar en el patrimonio de los acreedores de aquellos en cuyo beneficio el erario público realizó tal actividad porque ello implicaría desarticular las políticas públicas instituidas para fomentar el acceso a la vivienda en cumplimiento de cláusulas constitucionales. Destacó además que esta línea interpretativa debía profundizarse dado que luego de la reforma constitucional de 1994 han adquirido carácter supra legal diversas normas convencionales que consagran a la vivienda como un derecho humano. Explicó que la actividad desarrollada por el Estado asignando recursos para fomentar el acceso a la vivienda teniendo en cuenta la finalidad de satisfacer una necesidad básica de la sociedad no puede ser dejada sin efecto por la sola circunstancia relativa a que hubiera fallecido la adquirente originaria y a que la hipoteca hubiera sido cancelada. Finalmente, la Fiscalía sostuvo que el derecho a la vivienda se encuentra protegido por la Constitucional Nacional y por diversos tratados internacionales que, de acuerdo al proceso de constitucionalización del derecho privado, los derechos allí consagrados no obligan sólo al Estado sino que rigen también en las relaciones entre particulares y que debía ponderarse la particular situación del fallido que es un adulto mayor con 78 años de edad.”

y por diversos tratados internacionales que, de acuerdo al proceso de constitucionalización del derecho privado, los derechos allí consagrados no obligan sólo al Estado sino que rigen también en las relaciones entre particulares.-

## 5. Nuestra propuesta

Y esta es nuestra propuesta.-

El “*derecho a la vivienda*” es un derecho fundamental, protegido tíbiamente por nuestra Constitución Nacional. Y decimos “tibiamente” porque no garantiza el acceso y permanencia de la vivienda. No obstante lo cual, el derecho allí consagrado no obliga sólo al Estado sino que rige también en las relaciones entre particulares.-

Cuando un particular realiza un “negocio jurídico” con una persona que tiene en su patrimonio un inmueble que constituye su vivienda, debe saber que ese inmueble está protegido y que no deberá tenerlo en miras para garantía de su crédito.-

## 6. Reflexiones finales

Se hace necesario una profunda reforma en materia de vivienda ya que, si bien es cierto que el “*derecho a la vivienda*” es un DERECHO FUNDAMENTAL consagrado en los tratados internacionales, su redacción en el texto constitucional lo reduce a normas jurídicas de ideales sociales o, en el mejor de los casos, a normas meramente pragmáticas, pero muy lejos de calificarse como un derecho humano.-

El Estado debe replantear los instrumentos, mecanismos, y apoyos que garanticen el Derecho Humano a la vivienda y la seguridad en la tenencia.-

## ¿Puede compensarse un crédito otorgado en adelanto con deudas del fallido?

*María Sol Santi*

### 1. Sumario

En el presente trabajo se realiza un breve estudio sobre la posibilidad de compensar la deuda de un fallido con dinero entregado a modo de adelanto por el acreedor. La situación en análisis es la siguiente: la Sociedad 1 (acreedor) realiza adelantos de efectivo a la Sociedad 2 (deudor) a fin de que esta última tenga un flujo de crédito constante para hacer frente a obligaciones dinerarias que se generan en materia aduanera a nombre de la Sociedad 1. Estos adelantos se realizan mediante depósitos en una cuenta bancaria propiedad de la Sociedad 2, y son rendidos con posterioridad a través de comprobantes. De esta manera lo que se busca es que no se frenen procesos o trámites aduaneros por falta de dinero para hacer frente a las mencionadas obligaciones. De esta manera la Sociedad 1 “alimenta” de manera constante la mencionada cuenta para que la misma siempre tenga disponible determinado monto en pesos. Este monto no es aleatorio sino que resulta del promedio de gastos aduaneros que tiene que realizar la Sociedad 2 en representación de la Sociedad 1. Es importante destacar que la cuenta bancaria en la cual se hacen estos adelantos, no es una cuenta bancaria especial de la Sociedad 2. Por el contrario, se trata de la única cuenta que posee la Sociedad 2, en la cual la Sociedad 1 mensualmente paga los honorarios establecidos contractualmente por los servicios de despacho de aduanero contratado. En este contexto, ¿si la Sociedad 2 quiebra, puede la Sociedad 1 compensar el pago de facturas de honorarios que se encuentren impagas con el saldo entregado a modo de adelanto?

### 2. Las figuras contractuales del contrato

Como primer paso, debe encuadrarse jurídicamente el vínculo.

¿Podrían entenderse que hay un contrato de depósito entre la Sociedad 1 y la Sociedad 2? Está claro que no, toda vez que no se cumplen con los requisitos de onerosidad, ni tampoco se reembolsan los gastos en los que incurre la Sociedad 2, así como tampoco hay una devolución por parte de la Sociedad 2 con los frutos correspondientes<sup>1</sup>. Es dable recordar, que en nuestro caso, lo que se entrega es dinero, pero la Sociedad 1 hace un depósito en una cuenta bancaria propiedad de la Sociedad 2, por lo que una vez que es transferida, pasa ser propiedad de la Sociedad 2, cosa que jamás sucede en el depósito porque justamente la finalidad de este contrato es recibir una cosa de un tercero a fin de custodiarla y restituirla junto con sus frutos<sup>2</sup>.

¿Se podría entender que hay un contrato de mandato sobre el cual se le encarga el manejo del dinero que se entrega? Resulta claro que existe un contrato de mandato toda vez que la Sociedad 2 se obliga a realizar actos en interés de la Sociedad 1<sup>3</sup>; pero éste (al igual que el depósito) se presume oneroso, y no se vislumbra remuneración puntual alguna por estas tareas.

Sin embargo, es claro que existe un contrato principal donde se prestan servicios de aduanas, y es dentro o como consecuencia de ese acuerdo es que la Sociedad 1 entrega en adelanto a la Sociedad 2 constantes sumas de dinero para poder afrontar gastos operativos del servicio. Dicho contrato principal, podría ser un contrato de mandato, pero no es de interés en el presente estudio hacer dicho análisis.

En síntesis y a modo de conclusión, nos encontramos frente a obligaciones accesorias a un contrato principal que existe consecuencia de la dificultad operativa que obstaculizaría el cumplimiento de las obligaciones principales.

### 3. La compensación

Conforme el artículo 921 del Código Civil y Comercial (“CCyCN”), la compensación ocurre cuando dos personas por derecho propio reúnen las cualidades de deudor y acreedor recíprocamente, sin importar las causas de las diferentes deudas. Consecuencia de

---

<sup>1</sup> Art. 1358 CCyCN

<sup>2</sup> Art. 1356 CCyCN

<sup>3</sup> Art 1319 CCyCN

ello, se extinguen las deudas recíprocas hasta el valor de la más baja.

Para que la compensación sea legal, es necesario que las prestaciones de ambas partes sean obligaciones de dar, que los objetos que conforman las prestaciones sean homogéneos, y los créditos sean exigibles y disponibles libremente<sup>4</sup>. Sin embargo también existe la compensación judicial (cuando una de las partes le pide a un juez que declare que ha sucedido la compensación de deudas mutuas<sup>5</sup>), y la compensación facultativa (cuando una de las partes por voluntad propia renuncia a un requisito faltante para la compensación legal que juega en su favor<sup>6</sup>. Más allá de que tipo de compensación sea, ésta puede ser excluida siempre que hubiera acuerdo entre las partes<sup>7</sup>. Por último el CCyCN menciona cuáles son las obligaciones que no pueden ser compensadas, a saber: deudas por alimentos, obligaciones de hacer o de no hacer, pago de daños por la no restitución de cosas, deudas del legatario con el causante cuando los bienes de la herencia son insuficientes para hacer frente a las obligaciones, deudas entre particulares y el Estado Nacional, la deuda del obligado a restituir un depósito regular y los créditos y deudas en el concurso y quiebra excepto en los alcances que la propia ley prevé<sup>8</sup>.

Es importante destacar una diferenciación que realiza el Dr. Manóvil quien indica que no puede asimilarse a la compensación con la reparación de perjuicios porque no conlleva una restitución en especie o el pago de una suma de dinero que cubra integralmente los daños, sino solamente el otorgamiento de una ventaja que importe equivalencia con el detrimento derivado de la desventaja, y que puede consistir en cualquier clase de prestación patrimonial. O sea, deberá ser susceptible de apreciación en dinero y activable en el balance<sup>9</sup>.

Consecuencia de la prohibición y consecuente remisión de código de fondo a la ley especial entonces no queda más que analizar el caso concreto y hacer un estudio de doctrina y jurisprudencia.

---

<sup>4</sup> Art. 923 CCyCN

<sup>5</sup> Art. 928 CCyCN

<sup>6</sup> Art. 927 CCyCN

<sup>7</sup> Art. 929 CCyCN

<sup>8</sup> Art. 930 CCyCN

<sup>9</sup> Manóvil, Rafael Mariano, "Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 518.

#### 4. Ley de Concursos y Quiebras

La Ley de Concurso y Quiebras (“LCQ”) establece en su artículo 130 que la compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de la quiebra. La letra de la LCQ es clara, y concisa, por lo que no queda espacio para realizar una interpretación distinta que la literal. Entonces, en caso de quiebra, solamente puede invocarse la compensación cuando las obligaciones fueran recíprocas, y antes de la declaración de quiebra fueran exigibles y compensables, es decir que las mencionadas circunstancias deben existir antes de la quiebra; sin embargo no es necesario que la compensación sea declarada antes de ella<sup>10</sup>. En caso que los vencimientos fueran posteriores a la quiebra, entonces no podrá ejercerse la compensación porque esto afectaría el principio de la *pars conditio creditorum* y la jerarquía o rango de las diversas clases (privilegios).

A primera vista puede verse que el artículo menciona solamente el supuesto de quiebra, pero ¿Qué pasa en los casos de concurso preventivo? Si bien es cierto que no existe norma legal expresa que regule la compensación en él, resultan plenamente aplicable por analogía el art. 130 de la LCQ, pues si estas reglas son operativas en la quiebra, donde el procedimiento está orientado a la liquidación total de los activos de la fallida -objeto del desapoderamiento y la incautación- para distribuir su producido entre los acreedores, con mayor razón deben ser aplicados en caso de concurso, donde el deudor conserva la administración de sus bienes y no hay liquidación de activos como finalidad. Ahora bien, que se aplique esta figura no significa que pueda hacerse “de hecho”, sino que el sujeto *in bonis* sólo estará habilitado para oponer la compensación si la propia acreencia que la sustenta obtiene la verificación en el concurso del sujeto obligado, toda vez que, el pedido de compensación de deudas importa en verdad una forma de cancelación de deuda y un reclamo de contenido patrimonial contra el concursado, reclamo que deberá ser radicado ante el juez que entienda en el proceso universal del deudor, sólo si la deuda se hiciera exigible y líquida después del pedido de apertura concursal<sup>11</sup>.

Entonces resulta claro que por analogía se aplica el art. 130, pero ¿cuál es el hito del momento hasta el cual pueden ser compensados

<sup>10</sup> Rouillon, Adolfo A. N, “Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24522 Comentada”, Editorial Astrea 2016, pág. 247-249.

<sup>11</sup> Moro, Carlos E., “Juicios contra el concursado. Dónde. Cómo. Cuándo”, Revista de las Sociedades y Concursos, IJ-XXV-718, 30-12-2004

los créditos y débitos, es la petición de concurso preventivo o su efectiva apertura? En favor de la segunda postura puede argumentarse que la prohibición de alterar la situación de los acreedores es un efecto de la apertura del juicio, como lo es de esta misma circunstancia, la posibilidad de promover demandas contra el concursado. En sentido contrario cabe reprochar a esa deducción su formalismo exegético, que desatiende la evidente intención legislativa de imponer al convocatario el mantenimiento de igual trato respecto de todos sus acreedores<sup>12</sup>. Desde mi punto de vista y adhiriéndome a la opinión de parte de la doctrina, parece razonable que la presentación en concurso sea el límite contemplado, toda vez que ella se encamina a preservar la paridad de los acreedores. A mayor abundamiento, el concurso preventivo descarga sus efectos sobre la totalidad de los créditos de causa o título anterior a la presentación. En este sentido en el precedente “Southern Winds s/Concurso Preventivo s/Incidente de Compensación por I.A.T.A.” se dijo “La normativa concursal dispone que para que resulten aplicables las reglas de la compensación, resulta imperativo que la coexistencia de acreencias líquidas y exigibles se haya operado antes de la declaración de quiebra (art. 130 LCQ), o de la presentación del concurso preventivo”<sup>13</sup>.

Volviendo a la compensación en la quiebra, la propia LCQ establece algunas excepciones. Tal es el caso del art. 211 LCQ en el cual se establece que no puede alegarse compensación por parte del adquirente que sea acreedor, salvo que su crédito tenga una garantía real sobre el bien que está adquiriendo; si ello sucediera deberá prestar fianza de acreedor de mejor derecho previo a la transferencia de la propiedad<sup>14</sup>. Es decir que para poder aplicar la compensación se deberá ser acreedor con garantía real de primer grado sobre el bien que se intenta adquirir.

Por otro lado, el art 203bis LCQ establece un supuesto de compensación admisible en la quiebra, toda vez que admite a los acreedores laborales que integran la cooperativa de trabajo, ceder a ella sus créditos privilegiados, para que la cesionaria pueda compensar el precio de la adquisición de la fallida con los créditos laborales cedidos.

Pero, ¿cuál es el fundamento por el cuál no se permite la compen-

<sup>12</sup> Alberti, Edgardo M., “Apuntes sobre la compensación en el concurso”, RDCO, 1980-13-323

<sup>13</sup> CCom, Sala A, “Southern Winds s/Concurso Preventivo s/Incidente de Compensación por I.A.T.A.” (25-06-2009), IJ-XXXV-667.

<sup>14</sup> Rouillon, Adolfo A. N, “Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24522 Comentada”, Editorial Astrea 2016, pág. 357-358.

sación salvo las mencionadas excepciones? Cómo mencioné anteriormente, lo que busca la norma es evitar transgredir la igualdad entre los acreedores. Esta igualdad, se ve reflejada en la regla de la prorrata (obligación por medio de la cual, los acreedores de igual clase y rango cobran el mismo porcentaje), consecuencia de ello todos “pierden” el mismo porcentaje de su crédito. Entonces, si un acreedor pudiera compensar sus créditos y sus débitos con la fallida, entonces se estaría afectando la mencionada regla, y en consecuencia afectando de manera directa al resto de los acreedores; o dicho en palabras de la Dra. Lidia Vaiser, “la extinción de las obligaciones del acreedor, por efecto de la compensación legal o convencional operada, constituye una forma de satisfacción del crédito que puede ir en desmedro de la comunidad de acreedores, alterando la igualdad perseguida en nuestro sistema legal”<sup>15</sup>.

Existen innumerables artículos de doctrina y jurisprudencia en los cuales se ha analizado este medio de extinción de obligaciones dentro de la quiebra.

En el caso Moncla, Enrique José c/ concurso preventivo s/Incidente de verificación tardía: Cura Antonio<sup>16</sup>. La Cámara dijo q la compensación se produce desde que coexisten las circunstancias determinantes de tal efecto, y que por lo tanto resulta necesario admitir que los créditos líquidos y exigibles antes del día de la falencia, han sido alcanzados por la extinción. Por lo tanto la compensación no puede operar desde que la quiebra ha sido decretada, pero procede cuando las obligaciones comenzaron a coexistir antes del auto declarativo de falencia con los requisitos de liquidez, exigibilidad, fungibilidad, embargabilidad y expeditibilidad. Y termina sentando que cuando el proceso de quiebra se encuentra en trámite, es lógico que no se pueda operar la compensación, ya que el fallido carece de legitimación procesal para ello y el síndico no tiene las facultades suficientes para llevarla a cabo.

En la causa Paris Herman s/Quiebra s/Inc. de Concurso Especial<sup>17</sup>, se dijo que la compensación entre la suma adeudada a la quiebra y la adeudada por la quiebra -créditos verificados a favor de los apelantes- sólo sería procedente si ambas obligaciones se hubieran origina-

<sup>15</sup> Vaiser, Lidia: “¿Opera la compensación en el concurso preventivo?”, ED, 182-63.

<sup>16</sup> CApel.CC Azul, Sala II, “Moncla, Enrique José c. concurso preventivo s/Incidente de verificación tardía: Cura Antonio”, (28/04/1998), El Derecho 182-62

<sup>17</sup> CNCom, Sala A, “Paris Herman s/Quiebra s/Inc. de Concurso Especial”, (14-02-2008), IJ-XXVI-648

do antes del proceso falencial, lo cual no sucedió en el mencionado fallo porque los recurrentes adeudaban sumas de dinero originadas con posterioridad al decreto de quiebra. En el mismo sentido, en el caso Cedom S.A. s/Quiebra s/Incidente de Revisión por Industrias Publicitarias Cdp. SA se sentenció que no corresponde hacer lugar a la compensación de los créditos de la fallida y de la incidentista, toda vez que no existen elementos concluyentes para afirmar que las obligaciones que pretenden compensarse comenzaran a coexistir antes del auto declarativo de falencia con los requisitos de liquidez, exigibilidad, fungibilidad, embargabilidad y expeditibilidad exigible en el caso<sup>18</sup>.

El Dr. Dubois, haciendo un análisis respecto de las verificaciones de crédito inter grupo económico entiende que una verificación que no atienda previamente a la “consolidación” de los créditos y deudas del grupo sería perjudicial para el resto de los acreedores, y que por eso corresponde determinar la posibilidad de compensar los respectivos créditos y débitos como ejercicio previo a la fijación del monto a verificar computando al efecto el momento anterior a la presentación en concurso.<sup>19</sup>

## 5. Conclusión

A modo de síntesis entonces, toda vez que el dinero se entregue como adelanto a la Sociedad 2 para que ésta pueda afrontar los gastos administrativos complementarios al servicio principal, y que el dinero al ser depositado en una cuenta de la Sociedad 2, ingresa a su patrimonio; entonces solamente podrán compensarse aquellas obligaciones que se encuentren vencidas antes de la declaración de la fecha de quiebra. Para todas las deudas que no estuvieran vencidas, entonces la Sociedad 1 deberá presentarse en la quiebra y verificar su crédito (saldo remanente en la cuenta otorgado como adelanto), y pagar sus deudas a medidas que vayan ocurriendo sus vencimientos.

---

<sup>18</sup> CNCom, Sala A, “Cedom S.A. s/Quiebra s/Incidente de Revisión por Industrias Publicitarias Cdp. SA”, (10-03-2009), IJ-XXXIII-740

<sup>19</sup> Favier Dubois, Eduardo M. (h.) “Recaudos a aplicar en los casos de Verificación de Créditos Intra-Grupo”, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, IJ-XIV-353, 11-06-2004.

## 6. Bibliografía

- Alberti, Edgardo M., “Apuntes sobre la compensación en el concurso”, RDCO, 1980-13-323
- Favier Dubois, Eduardo M. (h.) “Recaudos a aplicar en los casos de Verificación de Créditos Intra-Grupo”, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, IJ-XIV-353, 11-06-2004.
- Garaguso, Horacio, y Zampini, Nélica I.: “La compensación en el proceso. Concurso Preventivo”, II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, t. III, Fespresa, Córdoba, 2000, p. 395.
- Lberti, Edgardo: “Apuntes sobre la compensación en el concurso”, RDCO, 1980-323.
- Manóvil, Rafael Mariano, “Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 518.
- Moro, Carlos E., “Juicios contra el concursado. Dónde. Cómo. Cuándo”, Revista de las Sociedades y Concursos, IJ-XXV-718, 30-12-2004
- Rouillon, Adolfo A. N, “Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24522 Comentada”, Editorial Astrea 2016, pág. 247-249., Editorial AD- Hoc 2006, p. 14-162, 347-349, y 357-358.
- Vaiser, Lidia: “¿Opera la compensación en el concurso preventivo?”, ED, 182-63.
- CNCom., Sala A, “Díaz Cisneros, Adriano y otro c/Agua Argentinas S.A. s/ordinario”, (28/3/2003) ED, fallo 52.442.
- CNCom, Sala A, “Paris Herman s/Quiebra s/Inc. de Concurso Especial”, (14-02-2008), IJ-XXVI-648
- CCom, Sala A, “Southern Winds s/Concurso Preventivo s/Incidente de Compensación por I.A.T.A.” (25-06-2009), IJ-XXXV-667.
- CNCom., Sala D, 7/11/2002, “Tren de la Costa S.A. s/concurso preventivo s/incidente de revisión (por Socho S.A.)”, ED, fallo 52.115.
- CNCont. Adm. Fed., Sala IV, “Astorqui y Cía. S.A. c/Dirección General Impositiva s/repetición DGI”, (22/3/1994), ED, 162-580, fallo 46474.

## Sobre la necesidad de reformular el régimen de privilegios concursales en la legislación argentina

*Daniel Roque Vítolo<sup>1</sup>*

### Ponencia

i) Como lo hemos sostenido en publicaciones y ponencias anteriores,<sup>2</sup> a partir de la reforma constitucional de 1994, el sistema de privilegios contenido en la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 ha dejado de conformar un “orden cerrado” que comprende elementos exclusivamente objetivos y ha pasado a constituir un “orden poroso” —con aristas de subjetividad— en el cual pueden ingresar con carácter selectivo, determinadas excepciones que modifican la regla general dispuesta en la ley concursal.

ii) Adicionalmente, la propia jurisprudencia ha intervenido en el antiguo “orden cerrado” para abrirlo a la luz de la reforma constitucional aludida, y lo ha hecho de manera disímil, tanto dentro del propio mundo de los privilegios —por la porosidad que puede afectar el rango, alcance, extensión o asiento del privilegio legislado— como por la inclusión pretoriana de créditos que la ley no lista ni incluye dentro del mencionado sistema y que —en ambos casos—, acceden a dicho sistema y a sus beneficios por los poros que se han abierto, y se instalan en los huecos del mismo, en razón de circunstancias personales y situaciones subjetivas que afectan a los titulares de los créditos o a terceros vinculados con ellos —y no por el crédito mismo—.

iii) Más allá de que, como lo hemos señalado desde hace tiempo, la doctrina y en la jurisprudencia son quienes —por el momento— deben darle cauce a esta nueva realidad evitando que la ponderación se convierta en un procedimiento irracional, ante la inexistencia de una estructura clara al respecto, lo cierto es que en la búsqueda de

<sup>1</sup> Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor Titular Regular Ordinario de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la UBA.

<sup>2</sup> Véase Vítolo, Daniel Roque, La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un orden cerrado estable a un orden poroso inestable, ED, 5/4/2016.

la realización de un principio de seguridad jurídica, resulta absolutamente necesario y conveniente reformular legislativamente el sistema de privilegios en la legislación concursal.

iv) Finalmente, también debe reformularse el sistema de privilegios en la próxima reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

## 1. Introducción

A diferencia de lo dispuesto originariamente por el Código Civil de Vélez Sarsfield que conceptualizaba al privilegio como un derecho del acreedor otorgado por la ley para ser pagado con preferencia a otro (art. 3875), el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación lo define como “... *la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro...*”, la que sólo podrá invocarse cuando existan por los menos dos acreedores que pretendan cobrarse con el producido de la cosa que están en el patrimonio del deudor -asiento- o sobre los importes que los sustituyan por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. Con esta noción, se zanja la cuestión respecto de las diversas opiniones encontradas en torno a su naturaleza jurídica.

En efecto; cabe recordar que había quienes que, ante la definición de Vélez Sarsfield, lo consideraban al privilegio como un derecho real<sup>3</sup>, por ser de origen legal y por la acción persecutoria en materia de algunas cosas muebles y de inmuebles, mientras que otros<sup>4</sup> —en cambio— sostenían que se trataba de un derecho personal, atento a que no estaba en la enumeración de derechos reales del Código Civil derogado; no creaban una relación directa e inmediata entre el acreedor y la cosa; no importaba un desmembramiento del dominio ni confería como regla general el *ius persecuendi* contra terceros.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Como era el caso de Martou, Segovia y Salvat.

<sup>4</sup> Como era el caso de Molinario, Trigo Represas, Cortés y Llerena —entre otros—.

<sup>5</sup> Véase Iturbide, Gabriela A., Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Julio C. Rivera (dir.), Graciela Medina (coord.), Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Primeras reflexiones en torno a los privilegios en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, LL, 1988-C-797; Mariani de Vidal, Marina, Los privilegios en el Proyecto de Código, LL, 8-8-12; Rivera, Julio C. - Medina, Graciela, El tratamiento de los privilegios en el Proyecto de unificación legislativa, ED, 127-693; entre otros.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse que la postura que consideraba al privilegio como una cualidad, propiedad o modo de ser de un crédito determinado<sup>6</sup> y cuyo efecto era permitirle a su titular ser pagado antes que otro acreedor del deudor común, postura a la que hizo eco el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual —adicionalmente— estableció que “... *en los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación*”<sup>7</sup> de pagos.”<sup>8</sup>

Pero lo cierto es que, en la actualidad, tanto la reforma constitucional de 1994 y —especialmente— el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación<sup>9</sup> han generado en la República Argentina —con sus disposiciones— una ruptura parcial respecto de la naturaleza del sistema cerrado de privilegios consagrado por la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, y modifican —también— los criterios con que debe resolver el juez concursal, el que —a partir de la sanción de la ley 26.994— debe dictar su sentencia verificatoria —arts. 36, 37, 56, 200 y concordantes— ajustada a los parámetros fijados en el art. 3 de dicho Código,<sup>10</sup> y más allá de las disposiciones legales contenidas

<sup>6</sup> Como era el caso de Alterini, Borda, Kemelmajer de Carlucci, Llambías, Mariani de Vidal y nosotros mismos —Vítolo—.

<sup>7</sup> La expresión que “exista o no cesación de pagos” —a que alude el art. 2579 del CCyCN— se vincula con que, en la actualidad, el presupuesto objetivo concursal admite ciertas excepciones, pudiendo advertirse procesos universales sin existir cesación de pagos en el sujeto concursado o fallido, a saber: (i) apertura de un proceso concursal en la República Argentina con causa en una sentencia concursal extranjera (cf. art. 4, primera parte, LCQ); (ii) en la hipótesis del concurso en caso de agrupamiento resultará suficiente para el concursamiento preventivo del grupo que uno de su integrantes se encontrara en estado de cesación de pagos y que dicho estado tenga la virtualidad de afectar a los demás integrantes, por lo que, los mismos, de darse el caso, serían declarados en concurso sin estar en cesación de pagos (cf. art. 66 LCQ); (iii) si el que solicitara -en legal tiempo y forma- su concurso preventivo fuera aquél que ha garantizado obligaciones de un sujeto ya concursado, no tendrá la carga de invocar su estado de cesación de pagos (cf. art. 68 LCQ) (iv) el deudor que pretendiera solicitar la homologación judicial de un acuerdo preventivo arribado extrajudicialmente con sus acreedores no necesariamente debe estar en estado de cesación de pagos atento a que podrá echar mano a este instituto encontrándose en dificultades económico-financieras de carácter general (cf. art. 69 LCQ); (v) en los casos de procedencia del instituto de la extensión de la quiebra, en los cuales el sujeto al cual se le extiende los efectos de la falencia principal no necesariamente debe encontrarse en estado de cesación de pagos (cf. arts. 160 y 161 LCQ).

<sup>8</sup> Véase art. 2579 del CCyCN.

<sup>9</sup> Véase Santarelli, Fulvio G., en Código Civil y Comercial de la Nación, comentado. Tratado exegético, Jorge H. Alterini (Dir.), Buenos Aires, La Ley, 2015.

<sup>10</sup> ARTICULO 3°.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean

en lo arts. 2573<sup>11</sup> y siguientes del nuevo Código y los arts. 239 y siguientes de la ley 24.522.<sup>12</sup>

En efecto; la ruptura del *tipo legal*, a raíz del contenido del Título Preliminar del nuevo Código, como la anterior conformación del Bloque de Constitucional Federal, y la aplicación amplia que del principio *pro homine* —denominado o *a favor del hombre* o *a favor de la persona*— propiciada por el Ministerio Público de la nación y algunos casos jurisprudenciales, han venido a establecer un nuevo modo de resolver en materia de privilegios, frente a los procesos concursales, lo que ha determinado que ese sistema al cual la doctrina y la jurisprudencia, originariamente, habían calificado como un sistema de “orden cerrado”, ha pasado a conformar un mero “orden poroso”, pues dentro del propio sistema se han generado —en el interior del mismo— huecos o espacios intersistemáticos, en los cuales han venido a alojarse tanto *privilegios particulares* que intentan ganar espacio modificando su valor relativo respecto del interior de la *masa privilegiada*, como también se ha intentado permitir que dichos espacios sean llenados por *elementos* —créditos— *externos* —o *extra sistema*— a los cuales la ley concursal no les otorga preferencia alguna —entendido el término preferencia en un sentido lato y no técnico— pero a las cuales pueden acceder en función de otras *normas, principios o valores*.<sup>13</sup>

Así, la ley con su texto, su orden y sus preferencias, no operarán ya en forma *absoluta* sobre el sistema de privilegios, sino que al momento de decidir, el juez concursal, respecto de la calificación que debe otorgar a un crédito cuya verificación se ha pretendido o reclamado por parte del acreedor, deberá ajustar su pronuncia- sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

<sup>11</sup> ARTICULO 2573.- Definición. Asiento. Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro. Puede ejercitarse mientras la cosa afectada al privilegio permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley admite. El privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por la ley.

<sup>12</sup> Respecto de este tema y de un modo más sintético, el autor presentó también una ponencia, sosteniendo esta tesis, ante el III Congreso nacional sobre aspectos empresarios del nuevo Código Civil y Comercial de la nación, organizado por el Instituto de Derecho Económico “Isaac Halperin” de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Mar del Plata, Abril de 2016.

<sup>13</sup> Véase Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

miento a lo dispuesto en el art. 3 del nuevo Código Civil y Comercial de la nación —el cual ha generado una ruptura parcial de los *tipos legales*—, habiendo dejado de constituir la *ley* —por sí misma y en su contenido— una *regla absoluta*, para convertirse en un elemento más de un *conjunto de elementos que deben conformar e integrar la decisión judicial*, dentro de los cuales deben señalarse las *reglas*, los *valores* y los *principios*, en una decisión que también debe ajustarse a los parámetros de *razonabilidad*, *proporcionalidad*, *ponderación*, e *interdicción de la arbitrariedad*.

Todo ello, además, difumina la naturaleza propia del privilegio, concebido legalmente como una *característica o propiedad del crédito*, importando un *instituto de naturaleza objetiva*, para derivar en un instituto en el cual se incorporan *elementos de carácter subjetivo* vinculados al titular del crédito —normalmente el acreedor— o a terceros vinculados al mismo.<sup>14</sup>

## **2. La ruptura legislativa, jurisprudencial y doctrinaria del régimen legal, la reforma constitucional de 1994 y el nuevo Código Civil y Comercial de la nación en su proyección sobre el sistema de privilegios concursales**

Desde hace ya tiempo se viene perfilando una corriente doctrinaria y jurisprudencial<sup>15</sup> crítica del “orden cerrado” de las preferencias, prerrogativas y hasta de los privilegios, en materia concursal,<sup>16</sup> con di-

---

<sup>14</sup> Véase Vítolo, Daniel Roque, Manual de Concursos y Quiebras, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2017.

<sup>15</sup> Véase Cámara 1<sup>a</sup> de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 18/05/2004, González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C. LL Sup.CyQ 2004 (septiembre); SCJ Buenos Aires, 05/04/2006, González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C. LLBA 2006, 904;

<sup>16</sup> Véase Graziáble, Darío, “¿Inoponibilidad parcial del acuerdo homologado? Interferencia del derecho patrimonial de familia en el concurso, DSE, marzo 2010; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 20, 24/05/2007, Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F. LL 2007-E, 552; CNCom. C, 23/6/06, “Alí Juan P. c/ H., A.” RCyS, 2.006-1.209; CNCom. C, 28/09/2009, Vilar, Manuel Jorge s/Concurso Preventivo” LL 23/12/2009.; entre otros.

versos alcances;<sup>17</sup> no sin una suerte de controversia al respecto.<sup>18</sup>

Y en la misma línea se advierte la impronta que, en la materia, han incorporado el denominado Bloque de Constitucionalidad Federal —art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional y el reciente Código Civil y Comercial de la nación sancionado en el año 2015.<sup>19</sup>

Otro de los elementos que vienen a modificar el régimen general de privilegios —o que puede modificarlo—, es el relativo al Convenio OIT 173, sobre Protección de los Créditos Laborales en caso de Insolvencia del Empleador, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (LXXIX Reunión, 1992) de la Organización Internacional del Trabajo ratificado entre nosotros por la ley 24.285, según el cual —art. 5º— en caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un “... *privilegio...*”, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda, y que dicho privilegio deberá cubrir —al menos— un conjunto de créditos laborales específicos.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Véase Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A., Inoponibilidad del acuerdo preventivo en caso de liquidación de la sociedad conyugal, LL 23/12/2009; Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, 28/12/2005, Persini, Ada Susana s/inc. de rev. en: Racing Club s/conc., LLBA 2006, 801;

<sup>18</sup> Véase Casadío Martínez, Claudio “Privilegio concursal de las primas adeudadas a una Aseguradora de Riesgo de Trabajo”, LL del 11-2-08; Ruiz, Sergio G. y Chiavassa, Eduardo N., “La extraconcursalidad limitada de los acreedores involuntarios” ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza 2009; Schweizer, Paola Julieta, “Los acreedores involuntarios ante la ley 24522” ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza 2009; Farhi de Montalbán, Diana V., “Daños a la vida y a la salud de las personas y proceso concursal del responsable” ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza 2009; Bollero, Florencia Laura, “Reforma la régimen de privilegios y pronto pago” ponencia presentada en el mismo evento mencionado, al igual que GAMES, Fernando Gabriel, “El acreedor involuntario en el concurso preventivo y en la quiebra. Propuesta de reforma”.

<sup>19</sup> Véase Vítolo, Daniel Roque, Manual de Concursos y Quiebras..., cit.

<sup>20</sup> Entre ellos (i) a los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres (3) meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; (ii) las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de traba-

Por su parte, la ley 23.849 aprobó la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, cuyo art. 4, establece que los Estados Partes “... *adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional...*”

De igual modo, la ley 26.061, que tiene por objeto “... *la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte...*” señala y establece que “...*La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad...*” —art. 2— y, entre las garantías consagradas está la del “... *derecho a la salud...*”, de donde la jurisprudencia ha recurrido a estas normas para alterar el régimen de privilegios y preferencias consagrado en la legislación concursal, como ocurriera en los casos “*Institutos Médicos Antártida*”<sup>21</sup> y “*Obra Social del Personal Gráfico s/ Concurso Preventivo*”<sup>22</sup>; a modo de ejemplo.

Los tribunales, en estos casos, también invocaron la pertinencia de las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos

jo, así como las correspondientes al año anterior; (iii) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; y (iv) las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo —entre otros. Desde ya que la legislación nacional podrá limitar el alcance del privilegio de los créditos laborales a un monto prescripto, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable. Cuando el privilegio de los créditos laborales esté limitado de esa forma aquel monto se deberá reajustar cuando proceda, para mantener su valor.

<sup>21</sup> Juzgado Nacional de 1ra. Inst. en lo Civil N° 20, confirmado por la Cámara Civil con fecha 30/05/03.

<sup>22</sup> CNCom. Sala B, *Obra Social del Personal Gráfico s/ Concurso Preventivo, s/ incidente art. 28o LCQ, Instituto Armonía de Educación Especial de Adriana Urrere Pon y otros*, 28/12/2015.

—arts. 3 y 8—; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales —art. 12, numeral 1 y 2, apartado D—, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —art. 4 numeral a) y art 26—; entre otras normas.

Como si ello no fuera suficiente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en el 45º período ordinario de sesiones —10 de junio de 2015— consideró el proyecto de resolución de la *“Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores”* acordado por el Consejo Permanente en su sesión del 9 de junio de dicho año, en la cual se establece que *“...Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población...”* —art. 6—, así como que dichos Estados Parte en la Convención *“... reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos...”* —art. 7—; y que *“... Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos...”* —art. 4, inc. c)—.<sup>23</sup>

Finalmente, cabe señalar —también a simple modo de ejemplo— que la ley 27.044 otorga jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a la que se agrega la ley 26.657 de Salud Mental.

Bajo el régimen y el sistema de Derechos Humanos los Estados tienen obligaciones concretas de respetarlos, y garantizarlos; así como adoptar las medidas necesarias a tales fines, según la propia naturaleza de los derechos. Y en lo que hace a los derechos económicos, sociales y culturales deben adoptar medidas tanto de orden interno como de asistencia y cooperación internacional, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente, por todos los medios, apropiados,

<sup>23</sup> La decisión final de la organización internacional es del 15 de junio de ese año. Véase además Junyent Bas, Francisco, *Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales*, LL 2007-E, 552.

inclusive en particular la adopción de legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos entre los cuales se destacan también los derechos a la igualdad y no discriminación no sólo desde las ópticas de su credo, origen étnico o religión, sino también de su *situación social y económica*.<sup>24</sup>

La abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en varias situaciones de vulnerabilidad, que es una obligación ineludible de los Estados salir a brindar protección a las personas por la vía de *medidas legislativas o acciones gubernamentales concretas*, para el establecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales afectados, entre los cuales se han mencionado —como integrantes de la Convención— el derecho a las garantías judiciales —art. 8—; el derecho a igualdad ante la ley —art. 24—; y el derecho a la *protección judicial* —art. 25—.<sup>25</sup>

Un elemento adicional que también ha influido dentro de este nuevo escenario es la irrupción de una tendencia por parte del Ministerio Público de la nación, y derivada también de algunos fallos de tribunales de alzada, respecto de recurrir a la invocación del principio *pro homine* —o *a favor del hombre*, llamado también principio *pro persona*— para alterar el régimen de privilegios concursales establecidos en la ley 24.522, ya sea modificando el orden o el alcance y extensión de los mismos, como también incorporando preferencias en el cobro de créditos basadas, no ya en la naturaleza propia del crédito reclamado —criterio objetivo de la naturaleza del privilegio—, sino en situaciones subjetivas atinentes a circunstancias particulares relacionadas con el titular del crédito —acreedor—, o con personas vinculadas con éste —familiares o personas relacionadas—, en razón de presentarse situaciones encuadrables en el concepto de *derechos humanos*, y principios derivados de tal institución —criterio subjetivo basado en la *posición relativa del acreedor*—, aunque ellas en nada se relacionen con la situación concursal del deudor.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Ver Nikken, Pedro, La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

<sup>25</sup> Ver Abramovich, V. y Curtis, C, Los derechos sociales como derechos exigibles, Ed. Trotta, Madrid, 2004; ídem, Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales (Material utilizado en el Curso Básico Autoformativo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

<sup>26</sup> Ver especialmente el dictamen del Ministerio Público Fiscal suscripto por la Fiscal de Cámara Gabriela Boquín en “Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual s/ Concurso preventivo s/ Incidente de verificación

Para alterar el sistema de preferencias legal, se invocan —además, como lo hemos señalado— los principios *pro homine*, —o a favor del hombre o de la persona—, y de *progresividad y favorabilidad*.<sup>27</sup>

por De los Santos, Aníbal”, del 1º de junio de 2015 y el fallo posterior dictado por el Acuerdo extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2015 por la Cámara nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en ese mismo expediente, y las citas contenidas en ambos documentos; del mismo modo compulsar el dictamen de fecha 22 de marzo de 2018 en el caso “La Economía Comercial S.A. Compañía de Seguros Generales y otros s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito de Tules, Yolanda Erminia Superintendencia de Seguros de la Nación (FG 133273)”

<sup>27</sup> El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que alguna de sus disposiciones autorizan a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos (Véase Pinto, Mónica, El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos *hum homine anos*, en La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales, Cels. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, Abregú, Martín —Coord.—) . Es decir que bajo la designación de principio *pro* se alude a una directiva que indica al intérprete que, frente a uno o varios textos normativos concernientes o que pueden afectar derechos humanos, se debe tomar siempre una decisión a favor de la persona. Luis M. García señala que el principio constituye, por una parte, un criterio de interpretación y por otra, una norma de reenvío. Como criterio de interpretación, el autor recuerda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado expresamente el principio *pro homine* como “principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones” (Corte IDH, O.C. 5/85) —véase García, Luis M., El derecho internacional de los derechos humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?, en Los Derechos Humanos en el proceso penal: función en el derecho interno, detención, prisión preventiva, recurso contra la sentencia de condena, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002— A su vez, el reconocimiento del *principio de progresividad* de los derechos humanos —por su parte— es una de las conquistas del ciudadano frente al Estado, pues este principio limita el eventual desconocimiento por parte de aquél del contenido de los derechos humanos y de los avances que en esta materia se hayan conseguido, además de conllevar una obligación de mejorar la protección y contenido de esos derechos. Es una garantía no solo para evitar que el Estado, a través de cualquier de sus órganos disminuya derechos humanos, sino que —además— es una garantía de que el Estado adopte las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de esos derechos, a través de acciones concretas. (Véase, Espina Molina, María Verónica, El principio de progresividad de los Derechos Humanos, en Aspectos del Proyecto de reforma

### 3. Ponencia

Pues bien, la intención de esta ponencia no tiene otro alcance más que colocar sobre la mesa de debate —una vez más— una realidad palpable —e insoslayable—<sup>28</sup> cual es que la reforma constitucional de 1994 y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación han generado en la República Argentina:

- i) Una *ruptura parcial* del sistema cerrado de privilegios consagrado por la ley 24.522 de Concursos y Quiebras; y
- ii) Modifican también —eventualmente— los *criterios* con que debe resolver el juez concursal.

Y se pretende establecer esta afirmación a modo de ponencia sosteniendo que:

- i) Como lo hemos sostenido en publicaciones y ponencias anteriores, a partir de la reforma constitucional de 1994, el sistema de privilegios contenido en la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 ha dejado de conformar un “orden cerrado” que comprende elementos exclusivamente objetivos y ha pasado a constituir un “orden poroso” —con aristas de subjetividad— en el cual pueden ingresar con carácter selectivo, determinadas excepciones que modifican la regla general dispuesta en la ley concursal.
- ii) Adicionalmente, la propia jurisprudencia ha intervenido en el antiguo “orden cerrado” para abrirlo a la luz de la reforma constitucional aludida, y lo ha hecho de manera disímil, tanto dentro del propio mundo de los privilegios —por la porosidad que puede afectar el rango, alcance, extensión o asiento del privilegio legislado— como por la inclusión pretoriana de créditos que la ley no

---

que afectan el régimen de los derechos humanos, Caracas, 2012). Respecto del principio de *favorabilidad*, el mismo está más relacionado con las garantías del Derecho Penal, y propende a que la principal finalidad, en el modelo de Estado constitucional de derechos, es que primen los principios más favorables a los justiciables; situación que no admite desconocimiento de norma constitucional para su no aplicación, porque su falta de aplicación acarrea vulneración de derechos al poner en riesgo los bienes jurídicos que protege la Carta Magna, que están íntimamente relacionados e inherentes al ser humano y sin cuya existencia no existiría ley para su aplicación. (Véase Aguilar, Kleber Franco, Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador).

<sup>28</sup> Véase Stempels, Hugo, “Los llamados acreedores involuntarios. los acreedores “postergantes”, ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza 2009; ídem Vaiser, Lidia, Los acreedores “involuntarios” en la ley concursal y en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, LL del 23/04/2010; entre otros.

lista ni incluye dentro del mencionado sistema y que —en ambos casos—, acceden a dicho sistema y a sus beneficios por los poros que se han abierto, y se instalan en los huecos del mismo, en razón de circunstancias personales y situaciones subjetivas que afectan a los titulares de los créditos o a terceros vinculados con ellos —y no por el crédito mismo—.

i) Más allá de que, como lo hemos señalado anteriormente, la doctrina y en la jurisprudencia son quienes —por el momento— deben darle cauce a esta nueva realidad evitando que la ponderación se convierta en un procedimiento irracional, ante la inexistencia de una estructura clara al respecto, lo cierto es que en la búsqueda de la realización de un principio de seguridad jurídica, resulta absolutamente necesario y conveniente reformular legislativamente el sistema de privilegios en la legislación concursal.

ii) Finalmente, también debería reformularse el sistema de privilegios en una próxima reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

## **COMISIÓN IV**

---

### **SINDICATURA CONCURSAL**

1. Control de la administración concursal. Su actuación en la continuación de la empresa en quiebra
2. Sindicatura y pronto pago de créditos laborales
3. Sindicatura y verificación de créditos. Informes
4. Liquidación y distribución de bienes
5. Honorarios



## 1. Control de la administración concursal. Su actuación en la continuación de la empresa en quiebra

---

### **Régimen disciplinario de la sindicatura concursal ¿Se aplica el principio de gradualidad o sólo el de proporcionalidad?**

*Darío J. Graziabile y Claudio Alfredo Casadío Martínez*

#### **Sumario**

*Las sanciones al síndico concursal por mal desempeño de sus funciones deben ser impuestas respetando el principio de proporcionalidad previsto en la ley concursal, pero no con aplicación del principio de gradualidad, ajeno a este tipo de proceso.*

*El régimen disciplinario contenido en el sistema concursal impone que la pena que se vaya a imponer sea proporcionada a la falta cometida, pero no exige que la misma sea fijada gradualmente, según los antecedentes del funcionario, porque la infracción es la que marca la graduación de la sanción.*

#### **1. Régimen disciplinario de la sindicatura concursal**

Las múltiples tareas que debe desempeñar el síndico conllevan una amplia responsabilidad (*latu sensu*) que a su vez determinan una amplia gama de posibles sanciones que puede llegar a percibir, sean civiles, penales, profesiones y las denominadas jerárquico – administrativo.

Respecto de estas últimas se ha resuelto que cuando el síndico viola el deber que le imputa la función, el órgano jurisdiccional viene investido de la facultad-atribución de aplicarle sanciones disciplinarias. Éstas, que derivan del poder jerárquico disciplinario jurisdiccional y cuyo fundamento en su procedencia asienta en el mejoramiento del servicio, cubren una amplia gama, ya sea como correctivas o sanciones menores (apercibimiento, llamado de atención, multa) o

como depurativas (remoción) cuando provienen del poder disciplinario de los jueces (CNCom. A, “Galapesca” 20/11/2008).

Así el art. 255 LCQ prevé tres posibles sanciones: apercibimiento, multa hasta el equivalente a la remuneración mensual del juez de primera instancia, remoción.

Como agravante se establece que ante la remoción el síndico cesa en sus funciones en todos los concursos en que intervenga y causa la inhabilitación para desempeñar el cargo de síndico durante un término no inferior a cuatro años ni superior a diez, término que debe ser fijado en la resolución respectiva. Asimismo la remoción puede importar la reducción para el síndico de entre un treinta y cincuenta por ciento de los honorarios a regularse por su desempeño salvo en caso de dolo, en cuyo caso la reducción podrá superar dicho límite.

Tales sanciones pueden provenir de una falta de obrar del síndico o bien un accionar no ajustado a derecho, que trasunta la falta de diligencia en el desempeño de sus funciones ya que las causales para aplicar la máxima sanción descripta en el acápite precedente la negligencia, falta grave o mal desempeño de sus funciones, si bien éstos conceptos poseen zonas grises y superposiciones; por ello es que concordamos con quienes postulan (BAGLIETTO-MILONE, LL, 1999-B-1210) que en realidad estamos ante una enumeración meramente enunciativa y genérica, que marca pautas generales a quien deba interpretar la norma y así el “mal desempeño de sus funciones” podría ser el efecto de actuar con “negligencia” o de la comisión de una “falta grave” o que cometer una “falta grave”, podría ser el producto de actuar con “negligencia”.

Asimismo no es necesario que se hubiera producido algún daño ya que las normas sobre responsabilidad civil son las que buscan indemnizarlo, mientras que las referidas a la responsabilidad disciplinaria tienen por norte castigar el incumplimiento a las obligaciones legales (RUBÍN).

Claro está que el accionar del síndico debe ser pasible de ser criticado objetivamente por incumplimiento (*latu sensu*) de sus obligaciones y no por disentir con las conclusiones a que arribe. Así se ha llegado al extremo de requerirse la remoción de un síndico por cuanto éste no impugnó tres acreencias insinuadas en oportunidad del art. 32 LCQ, lo cual estimamos resulta a todas luces improcedente, máxime si al emitir opinión sobre las mismas reseñando la información obtenida, emitiendo opinión fundada sobre cada solicitud de veri-

ficación en particular y observando parcialmente algunas de ellas, que acotemos fueron rechazadas tanto en primera instancia como por la Alzada (CNCom. A, “Tesolin Hermanos” 18/11/2008).

Finalmente acotemos que estamos ante un *numerus clausus* y entonces los jueces no podrán aplicar otras sanciones como por ejemplo imponerle las costas en un incidente o proceso “mal” iniciado (CSJN “Flores” 10/12/1997).

## 2. La cuestión de la gradualidad

En algunas jurisdicciones, incluida la Capital Federal, se ha impuesto el criterio de sancionar al síndico según sus antecedentes en el expediente o en su legajo personal y no según la falta cometida. Entonces la pena se impone según un principio de proporcionalidad y también considerándose un principio de gradualidad, empero no debe confundirse gradualidad con graduación porque la graduación hace a la proporcionalidad y la gradualidad a la progresividad.

Como ejemplo de estas posturas se ha resuelto que “el deber de responsabilidad del síndico es correlativo a la función que se le asigna, la que debe ser cumplida con eficiencia y conforme a los fines para los que fue creada. Su incumplimiento, entonces, apareja la aplicación de sanciones que deberán ajustarse a diversos factores, tales como los antecedentes del caso, la actuación del funcionario, su conducta, la gravedad del hecho imputado, la razonabilidad en la aplicación de la sanción en la que debe encontrarse subsumida la regla de gradualidad y proporcionalidad... Se impone, entonces, un análisis contextual y global de la conducta asumida por el síndico que permita discernir su desempeño en una visión superadora de la mera evaluación fragmentaria de hechos aislados”. Entonces si el síndico carece de antecedentes disciplinarios, atendiendo a la regla de proporcionalidad y gradualidad de las penas, corresponde morigerar la sanción de remoción y buscar el apercibimiento o la multa previa, que servirá de llamado de atención para que en adelante lleve a cabo sus funciones con diligencia y celeridad, según lo impongan las circunstancias (CNCom, sala F, 9/11/2010 “Crecif S.A.” criterio repetido 9/3/2017 “Poligráfica del Plata”). Estos principios de proporcionalidad y gradualidad son aplicados por reiterada jurisprudencia capitalina desde ya hace bastante tiempo (CNCom, sala B, 23/3/1994 “Canalé”, sala C, 30/11/1995 “Textil SRL”, sala D, 16/5/2008 “Capuja”).

Empero no es la única jurisdicción donde impera este criterio. Así se ha sostenido que “el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de los deberes, hace incurrir al síndico en responsabilidad, pudiendo dar lugar a distintas sanciones que según las circunstancias del caso, pueden ir desde un apercibimiento hasta la remoción (art. 255 LCQ). Que siendo esta última la máxima sanción prevista, con graves consecuencias para el afectado (art. cit.), también lo ha de ser la falta cometida, por lo que el magistrado debe ser prudente en su aplicación, y sobre todo, tener en cuenta si en el caso le han sido aplicadas otras anteriormente o ha sido advertido de algún otro modo respecto de su actuación. (CCivCom, Bahía Blanca, sala I 2/2/2016, “Melendi”).

Se advierte claramente que conforme esta postura la graduación de la sanción que se intenta imponer debe ser ponderada conforme la existencia de alguna sanción antecedente o por la presencia de un llamado de atención previo por parte del juez. Nada importa, pareciera, la gravedad de la falta cometida cuestión que parece relega así un segundo plano.

Un caso paradigmático y que citamos a los solos fines ejemplificativos resultó el precedente “Sanchez” fallado en los Tribunales de Bahía Blanca. En el mismo el síndico, que había sido designado para actuar en el concurso preventivo y pidió y obtuvo la declaración de quiebra pero recién diez años después pudo lograr llevar a cabo la subasta del bien de mayor importancia del activo falencial. En primera instancia se evaluó que además de ello, el actuar del funcionario ha sido contrario a la normativa concursal y en cierto punto displicente. El síndico, en la etapa de liquidación de bienes ejerce funciones administrativas, siendo partícipe necesario de dicho pasaje del proceso falencial, “donde realiza todas las tareas preparatorias a las subastas o licitaciones, siendo controlador indispensable de dichos actos, sellando su presentación con la presentación del informe final y el proyecto de distribución”. Y en el caso, el síndico no sólo no ha concurrido a la subasta, sino que ha delegado su función, lo que se encuentra prohibido por el art. 252 LCQ, ya que concordantemente con ello, el art. 258 LCQ, se le impone la actuación personal, no pudiendo ser reemplazado sin causa justificada admitida por el juez. Además “tal indelegabilidad de funciones propia de la función pública implica el cumplimiento personal de los deberes del cargo... Tal delegación implicaría una falta grave que daría lugar a la remoción”... Y dicho actuar, produjo el problema que el síndico advierte posteriormente, es decir que su incomparecencia a la subasta impide su declaración testimonial efectiva por no haber con-

currido y desconocer los hechos, pero además frente a los efectivos acontecimientos ocurridos, debió él ser quien planteara la nulidad de la subasta, siendo, no sólo parte en dicho incidente sino su natural promotor, lo que claro no pudo suceder por no haber cumplido con su función. En síntesis, las faltas cometidas por la sindicatura fueron, retraso en la liquidación de los bienes, eludiendo sus funciones administrativas, incomparencia a la subasta pública del bien más importante que componía el activo falencial desligándose de las causales que produjeron la nulidad de la misma por cuestiones producidas en el acto del remate y finalmente la inadmisibles delegación de funciones.

En la alzada sin embargo se entendió que la conducta de la sindicatura que si bien resulta reprochable, puesto que quien lleva adelante un proceso liquidatorio debe necesariamente estar presente en el acto por el cual se materializa la liquidación -la subasta-, no se advierten otros llamados de atención o sanciones anteriores, que habiliten la sanción máxima de remoción, siendo la mentada omisión merecedora de un apercibimiento (art. 255 LCQ) (CCivCom, Bahía Blanca, sala I, 30/9/2014 “Sánchez, José René” (voto Dr. Ribichini). Es decir que la sanción no es graduada en razón a las faltas cometidas sino del análisis de las actuaciones anteriores y sobre todo de la existencia o no de advertencias u otro modo de llamado de atención disciplinario.

En síntesis, conforme esta postura, una falta grave, por más grave que sea, de no mediar sanciones anteriores, no amerita la remoción como sanción.

### **3. Sistema normativo concursal**

Como se adelantó, conforme lo prevé el art. 255 LCQ, las causales de remoción son la negligencia, falta grave o mal desempeño en sus funciones, sin que se prevéa como antecedente de ello, la existencia de avisos o apercibimientos o multas anteriores. De hecho la graduación de la pena, conforme también la norma citada, la determinan “las circunstancias”, y claramente son aquellas modales de la infracción cometida por el funcionario que merece el reproche disciplinario.

Es decir que la falta que cometida, es la que en forma directamente

proporcional determina la sanción, la que no se gradúa, en principio, según acumulación de causales. Claro está que ello, no cambia que la reiteración de infracciones funcionales, lleve a imponer sanciones que gradualmente van aumentando por la repetición de los actos o desidia del síndico, por lo que si las faltas dan lugar a meros apercibimiento, paulatinamente el juez podrá ir incrementando la sanción, pasando por la multa hasta llegar a la remoción.

Ninguna duda cabe que la delegación de la función, la que se encuentra prohibida, implicaría una falta grave que daría lugar a la remoción, sin medias tintas.

Tampoco dudados de que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de los deberes impuestos por la LCQ, más allá que sean leves pero reiterados, hace incurrir al síndico en responsabilidad, pudiendo dar lugar a distintas sanciones que según las circunstancias del caso, pueden ir desde un apercibimiento hasta la remoción (art. 255 LCQ). Como se dijo siendo esta última la máxima prevista, con graves consecuencia para el afectado (art. 255 LCQ) también lo ha de serlo la falta cometida, por lo que el magistrado debe ser prudente en su aplicación, y sobre todo, tener en cuenta si en el caso le han sido aplicadas otras anteriormente a modo de advertencia, aunque ello no se convierte en algo excluyente, porque viene subordinado a la gravedad de la causal sancionatoria que implica la necesidad de remover al funcionario.

En dicho orden el máximo tribunal bonaerense a resuelto que “cuando el Síndico viola el deber que le imputa la función, el órgano jurisdiccional viene investido de la facultad-atribución de aplicarle sanciones disciplinarias. Éstas, que derivan del poder jerárquico disciplinario jurisdiccional y cuyo fundamento en su procedencia se asienta en el mejoramiento del servicio, cubren una amplia gama como correctivas o sanciones menores (apercibimiento; llamado de atención; multa) o como depurativas (remoción). La sanción depurativa se vincula con acciones u omisiones de entidad grave, cuya valoración en cada caso en particular debe ser meritada por el órgano de aplicación competente” (SCBA, 15/8/2012 “Canley SA”).

La Corte Federal ha fijado posición determinando que “si la sanción no guarda proporcionalidad entre la conducta y la valoración del hecho...resultarían vulneradas las garantías constitucionales...”

También se reconoce, como aplicable el principio de proporcionalidad, afirmándose que “si bien el deber de responsabilidad que incumbe a los síndicos y que es correlativo a su función -en cuanto a que debe ser cumplida con eficiencia y conforme a los fines para que fuera creada- aparece, en la hipótesis de ser vulnerado, la aplicación de sanciones, tal penalidad deberá ajustarse a los antecedentes concretos del caso, a la actuación que le hubiere cabido, a su conducta, a la gravedad del hecho imputado y a la razonabilidad”, aclarándose luego que “todo ello proporcionado entre imputación y sanción” (CNCom, sala B 14/5/2018 “Salvato Mallardo”).

Entonces, el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de los deberes, hace incurrir al síndico en responsabilidad, pudiendo dar lugar a las sanciones según el régimen del art. 255 LCQ, las que pueden, según las circunstancias del caso, ir desde un apercibimiento hasta la remoción como máxima sanción.

Es destacable la ley chilena en este punto, pues determina que la remoción del síndico puede producirse por “infracciones reiteradas que en su conjunto constituyan una conducta grave” o simplemente por una “infracción grave”, por lo que más allá de la reiteración o no de conductas, no se exige una advertencia o sanción previa a la remoción si esta queda configurada por la gravedad de la conducta o la infracción.

#### 4. Nuestra postura

Atento las consecuencias morales, profesionales y económicas que implica la aplicación de sanciones al síndico y mucho más la remoción, el juez deberá actuar con suma cautela y decidir prudentemente, debiendo tener principalmente en cuenta la posibilidad de graduar las sanciones que le brinda la ley. Toda sanción que se imponga al síndico debe ajustarse no sólo a los antecedentes concretos del caso, sino a los demás procesos en que intervenga ante el mismo juez, la conducta desarrollada por el funcionario, la gravedad del hecho que se le imputa y a la razonabilidad, proporcionado ello con la sanción que se imponga.

Aunque no existan advertencias anteriores y la gravedad de la falta lo amerita, la inexistencia de tales antecedentes no permiten atemperar la remoción.

No caben dudas de que de la ley concursal surge el principio de proporcionalidad, el cual incluso es natural de cualquier sanción que se intente imponer sea disciplinaria o de cualquier otra naturaleza. Por el contrario la gradualidad, como regla, no puede advertirse contenida en el régimen concursal y tampoco puede afirmarse que sea natural a todo régimen sancionatorio sino que expresamente debe ser reconocido por el mismo. Así por ejemplo el sistema tributario contiene la cláusula general de gradualidad, pero ella no se encuentra en la ley concursal y los antecedentes compulsados tampoco fundan o argumentan su procedencia, sino que solamente la afirman dogmáticamente.

La cuestión planteada no resulta meramente teórica, sino que el problema radica en el hecho de que al no poder removerse al síndico por una causal grave o por una evidente incapacidad *lato sensu* para ejercer el cargo, el mismo seguirá actuando en el concurso sometándolo a la posibilidad de seguir incumpliendo sus funciones y producir graves consecuencias en el mismo proceso con posibles afecciones a sus intervinientes e incluso a terceros. La gradualidad únicamente puede ser utilizada para agravar la sanción del síndico, cuando la repetición de infracciones impone aumentar la pena para darle efectividad al sistema sancionatorio.

## 5. Conclusiones

1. Las sanciones al síndico deberá ser impuestas respetando el principio de proporcionalidad en razón a la falta cometida.
2. No debe haber gradualidad en la imposición de la pena, y mucho menos para evitar la remoción del funcionario cuando la gravedad de la falta justifica ineludiblemente la exclusión.
3. La gradualidad en la sanción solamente podrá ser utilizada para el agravamiento de la pena por reiteración de conductas –aunque algunas quizá no sean pasibles de ser sancionadas individualmente *per se*- pero no para disminuirla por la inexistencia de sanción anterior.
4. La falta impone la sanción, y no necesariamente los antecedentes deberán incidir en ella.
5. La ley concursal no supedita la remoción del síndico a una advertencia o sanción menor impuesta con anterioridad.

## **Problemática del desempeño de la sindicatura concursal. Libros –registros contables- documentación - incautación de los mismos por parte del síndico concursal**

*Inés Etelvina Clos*

### **Sumario**

Incautación, conservación y administración de los bienes

Art. 177 –INCAUTACION-FORMAS. Inmediatamente de dictada la sentencia de quiebra, se procede a la incautación de los bienes y papeles del fallido, a cuyo fin el juez designa al funcionario que estime pertinente, que puede ser un notario.

Art. 180 LCQ. INCAUTACION DE LOS LIBROS Y DOCUMENTOS. En las oportunidades mencionadas, el síndico debe incautarse de los libros de comercio y papales del deudor, cerrando los blancos que hubiere y colocando, después de la última testación, nota que exprese las hojas escritas que tenga, que debe firmar junto con el funcionario o notario interviniente.

Esto significa que la tenencia de toda la documentación existente en la fallida, debe ser retirada, transportada y guardada por el síndico, responsable único de esta manda, por el término de diez años, de acuerdo a lo que prescripto por el CCCN. (1)

En los casos de las “quiebras sin activo”, esta situación se ha tornado sumamente conflictiva y apremiante, toda vez que al no existir fondos para atender los gastos que se generan al decretarse la quiebra art. 61 LCQ, siguiendo los presupuestos de la quiebra indirecta, o en su caso del que peticiono la quiebra, art. 77 LCQ, es justamente -a cargo del síndico- la total erogación de todo este trámite, tornándose esta situación en una absoluta inequidad, atento que- como “auxiliar de la justicia”, perfora los derechos inalienables del profesional que se desempeña en forma independiente, prestando sus servicios

como “síndico concursal”, en detrimento de su persona.

Es- en este estadio, que se le plantea al Síndico, innumerables contingencias, algunas sumamente complejas, habida cuenta que debe retirar y transportar toda la documentación, libros, y, demás papeles que existan en el ente de la fallida, en circunstancias a veces adversas, por la magnitud de tales elementos, haciendo de la “guarda y conservación”, su principal resguardo, cumplimentando con lo dispuesto por la Ley 26.994 que aprobó el CCCN, promulgada el 7/10/14.

Desde que se promulgo la ley de concursos y quiebras, habida cuenta de los profundos cambios socio culturales, que han acontecido, NADA se ha previsto, NADA se ha reglamentado, NADA se ha instaurado, a los efectos de dar una efectiva solución a esta delicada y acuciante situación.

## **Introducción**

Esta ponencia se basa principalmente, sobre la crítica situación por la cual atraviesan los Síndicos que debemos proceder a la incautación de la documentación, tal como lo dispone el art. 180 de la Ley de Concursos y Quiebras, por el término de diez (10) años, tal como lo dispone el art. 328 del CCCN.

Teniendo en cuenta el espectacular avance de la tecnología, que a pasos agigantados va cambiando toda una cultura de trabajo, y de vida, imponiéndose en todos los aspectos de nuestra existencia, habida cuenta de la informatización incorporada en la gran mayoría de las pequeñas, medianas y grandes empresas, nos encontramos con un escenario absolutamente perimido y obsoleto, teniendo que disponer de un lugar de depósito y guarda, a los efectos de llevar a cabo lo dispuesto en la legislación.

Dada en la actualidad, las innumerables “quiebras que no poseen bienes”, resulta absolutamente inapropiado la carga que recae sobre el síndico en forma personal, desde dos puntos de vista: a) Desde la ausencia de percibir los propios honorarios por el desempeño del rol del ejercicio profesional como “auxiliar de la justicia”, y b) porque además como tarea complementaria, se tiene que hacer cargo, en forma personal pecuniariamente por gastos del retiro, guarda y conservación de la documentación del fallido.

En los caos de las quiebras que tienen bienes, esta situación no se-

ría tan preocupante, en atención a que los “gastos inherentes” a la quiebra, forman parte de los “gastos de conservación y justicia” art. 240 LCQ, como así también las “reservas de gastos” destinados a la conservación, custodia, administración y realización de los gastos sobre el que recae el bien, art. 244 LCQ, en cuyo caso, no alcanzando con el producido del bien, se prorratearan los mismos.

Ante las gestiones que se realizaron con un organismo nacional, como es ANSES con el objetivo de aliviar la tarea de la sindicatura, en aras de una mejor solución, se pudo lograr satisfactoriamente, un camino que desembocara en una efectiva salida, mediante la Resolución 736/2008- Resolución GNPY S N° 029/09-, implementándose un procedimiento para la recopilación y guarda de la información y documentación de las historias laborales de los trabajadores de empresas en quiebra. (2)

Igual tratamiento se solicita por ante un Organismo de la Nación, para hacerse cargo de los demás libros, registros y documentación comercial, destinando un lugar/res, para el depósito y guarda de los mismos, por el término que indica el CCCN, liberando de esta manera al síndico concursal de tal carga, a la vez que evitando el desembolso pecuniario de manera personal, de los gastos destinados al retiro y transporte de dichos elementos. (1)

### **La responsabilidad del síndico concursal frente a la guarda de libros y documentación del fallido -**

#### Nuevo Régimen de Concursos y Quiebras- Ley 24.522

A continuación se procede a desarrollar y comentar, algunos artículos referentes a todas las tareas inherentes a la Sindicatura, dentro del marco del CCCN, no sin antes, hacer hincapié en lo atinente a la Ley de Concursos y Quiebras (ley 24522)- referente a la incautación de la documentación de la fallida.

#### Art. 179 Conservación y Administración por e Síndico

El síndico debe adoptar y realizar las medidas necesarias para la conservación y administración de los bienes a su cargo.

Toma posesión de ellos bajo inventario con los requisitos del artículo 177, inciso 2) pudiendo hacerlo por un tercero que lo represente.

#### Art. 180 LCQ- Incautación de los Libros y Documentos.

En las oportunidades mencionadas, el síndico debe incautarse de los libros de comercio y papeles del deudor, cerrando los blancos que hubiere y colocando después de la firma, atestación, nota que exprese las hojas escritas que tenga, que debe firmar junto con el funcionario o notario interviniente.

Debemos observar que desde el año 1995, que se promulgo la ley 24522, a la fecha han pasado más de 25 años, en los cuales se han sucedido profundos cambios en la actividad comercial, en todos los ámbitos, los que han vulnerado indefectiblemente, la situación en general de los profesionales, que nos desempeñamos como “auxiliares de la justicia”, en los concursos y quiebras.

Es de destacar, que en los últimos años, se produjeron innumerables quiebras, que por diversas razones, quedaron sin patrimonio, perjudicando a todo el engranaje del proceso concursal, afectando en forma directa y desproporcionada a la figura del síndico.

Código Civil y Comercial de la Nación- Ley 26994- Decreto 1795/2014

Tal es la actividad del síndico, que respecto al CCCN, debemos tener en cuenta lo legislado en materia comercial, en cuanto a la contabilidad y registros, lo cual tiene una directa injerencia en la actividad concursal.

Desde la correspondencia que obra en poder del concursado o en su defecto en la quiebra declarada, hasta los últimos registros, que debe incautar el síndico.

Art. 318 CCCN- Correspondencia

La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el “destinatario”, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial. (3)

Comentario

En nuestro país la correspondencia goza de una fuerte protección constitucional. El art. 18 de la Carta Magna dispone que el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados y, solo una ley determinara en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

### Art. 319 CCCN- Valor probatorio

El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

#### Comentario

Este artículo está referido a las pautas de interpretación de los documentos particulares, es decir, de aquellos que no se encuentran firmados por las partes.

Su valor probatorio debe ser apreciado por el juez y, a tal fin, se determinan una serie de pautas que no son excluyentes, como la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

Gran parte de las directivas estas orientadas a los documentos electrónicos, que han sido definidos como toda representación en forma electrónica de un hecho jurídicamente relevante susceptible de ser recuperado en forma humanamente comprensible.

### Art. 328 CCCN –CONSERVACIÓN

Excepto que leyes especiales establezcan plazos superiores, deben conservarse por 10 años

- a) Los libros, contándose el plazo desde el último asiento.
- b) Los demás registros, desde la fecha de la última anotación practicada, sobre los mismos.
- c) Los Instrumentos respaldatorios, desde su fecha.

Los herederos deben conservar los libros del causante, y, en su caso, exhibirlos en la forma prevista en el artículo 331, hasta que se cumplan los plazos indicados anteriormente.

#### Comentario

La conservación de los libros se fija en diez años, al igual que el anterior Código de comercio (art. 67).

La conservación implica no solo la no destrucción de los libros, sino mantenerlos y cuidarlos que no sufran deterioro por el transcurso del tiempo u otro tipo de inclemencias, para que puedan ser consultados o puestos a disposición en caso de requerirlos.

Esta imposición de guardar los libros guarda correlato con cuestiones relativas al orden jurídico en su conjunto, tal es así que la prueba de libros tiene una importación específica de acuerdo a lo que establece el art. 330 CCYC – eficacia probatoria.

Entre ellos se faculta al titular de los libros, a pedir autorización para conservar la documentación en microfilm, discos ópticos u otros medios para ese fin.

El comerciante, tiene la posibilidad de conservar los libros en los medios técnicos señalados, siempre que, con vistas a asegurar su autenticidad, se garantice su reproducción fidedigna y se tenga certeza del origen de la información.

Es justamente en estos casos, donde la figura del síndico es tan destacable, que como deber de cumplimentar lo que se establece tanto en el CCCCN como en la ley 224522, al ser depositario de toda la documentación, debe destinar un espacio adecuado a tal fin, que además debe estar en buenas condiciones de seguridad, lo debe hacer por un lapso de 10 años.

Hubo una época pretérita, en que las empresas concursadas como las quebradas, presentaban una denuncia por ante la policía federal, por extravío de libros. Se podría afirmar que fue una situación, de cuasi moda, que se naturalizó de tal manera, que todos aceptaban como algo normal.

Así las cosas, además de los casos previstos en el art. 77 de la ley 24.522 – el art. 80 LCQ, reza que “todo acreedor, cuyo crédito sea exigible, cualquiera sea su naturaleza y privilegio, puede pedir la quiebra. De esta forma, cumplimentando con los recaudos impuestos por la ley, se procede a la apertura del expediente judicial, con los consecuentes resultados.

Teniendo en cuenta dicha apertura, nos encontramos que en la generalidad de los casos, estas quiebras, son carentes de bienes de todo tipo, más aun en numerosos casos, son fallidos que hicieron abandono pretéritamente de sus lugares o sedes comerciales, dejando absolutamente todo, excepto documentación y/o libros en estado de total abandono.

### Art. 321 CCCN –Modo de llevar la contabilidad.

La contabilidad debe ser llevada en sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse, de modo que se permita la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras. Los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva, todo lo cual debe archivar en forma metódica y que permita su localización y consulta.

#### Comentario

Este artículo refiere al modo de llevar la contabilidad. Los principios contables son:

- 1) Uniformidad. Establece los mismos criterios contables para la preparación del balance y estado de resultados a fecha sucesivas.
  - 2) Claridad.
  - 3) Veracidad.
  - 4) Completividad y significatividad
  - 5) Unidad
  - 6) Partida doble. La registración contable por partida doble El patrimonio del ente se compone de derechos
- Art. 322 CCCN –Registros Indispensables.

Son registros indispensables, los siguientes:

#### I. Diario

#### II. Inventario y Balances.

III. Aquellos que corresponden a una adecuada integración de un sistema de contabilidad y que exige la importancia y la naturaleza de las actividades a desarrollar.

IV. Los que en forma especial impone este código u otras leyes.

#### Comentario

Se considera al libro DIARIO como el más importante de todos, atento que en el constan las operaciones comerciales y cambiarias realizadas por el comerciante, sentadas por su orden, lo cual impide que sean modificadas - ex profeso- con posterioridad (4). No obstante una contabilidad mercantil organizada implica un sistema de procesamiento y organización de datos que no está- ni estará asentado en libros, se lleva a cabo mediante elementos informáticos que los

proporcionan en diversas formas de presentación, según los fines con que se demande el cuadro verídico de los negocios.

El libro Diario, registra mediante asientos sucesivos y cronológicos, cada uno de los datos de entrada con entidad contable, en un soporte admitido por la ley y cumpliendo los requisitos del Código de comercio.

Para ciertos volúmenes, aun tratándose de pequeñas empresas, se hace indispensable el soporte electrónico, que es una condición lógica de las cuasi universales programas de procesamientos estandarizados para distintos tipos de negocios. (5).

Los registros que impone el CCCN, entre otros, el libro de Actas de Deliberaciones del consejo de Administración, o consejo Ejecutivo de Fundaciones. Libro de actas de administración, de asambleas, y de registro de propiedades, etc.

#### Art. 33º EFICACIA PROBATORIA.

La contabilidad obligada o voluntaria llevada en la forma y con los requisitos prescriptos, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba.

#### Comentario

En este artículo se mantienen la tradición mercantilista, ya que los libros llevados son admitidos en juicio como medios de pruebas entre los comerciantes y para acreditar asuntos relativos a la empresa.

Hay unanimidad en aceptar, desde una óptica estrictamente procesal que son pruebas documentales, por lo que deben ser ofrecidos como prueba- en principio en la oportunidad de promover una demanda, la reconvencción o sus contestaciones.

El artículo fija las reglas en acerca de la eficacia probatoria de la prueba de libros. Para ello se distingue por un lado: 1- a las personas que en forma obligada o voluntaria llevan sus contabilidad registrada y a los problemas que puedan suscitarse entre ellas, por el otro: 2- a las personas que no están obligadas ni llevan voluntariamente contabilidad alguna.

En el 1- supuesto se establecen que los registros prueban contra quien lo lleva o sus sucesores, aunque los libros no estuvieran en forma, sin admitírseles prueba en contrario.

Dicho temperamento comporta la aplicación del principio por el cual se impide ir contra los propios actos, desde que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe.

Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberadamente cumplida, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

Esto quiere decir, que si el comerciante construye su propia registración, mal puede desconocerle en caso de no convenirle.

Dentro del supuesto entre comerciantes, se establece que la contabilidad prueba a favor de quien la lleva, cuando el contrincante-también comerciante, no lleva registros contables. Ello, aunque no presenta una prueba absoluta, dada las facultades conferidas al juez que surgen del texto de la norma.

El rol del juez resulta preponderante, ya que en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva, deberá no solo ponderar lo que suja de libros, sino también integrados dentro del contexto de la totalidad de la prueba y bajo el prisma de la sana crítica.

En el caso 2- personas no obligadas a llevar contabilidad alguna-cuando se trata de un litigio entre comerciante y una persona no comerciante, las registraciones contables solo valen como principio de prueba adquiriendo un carácter indiciario, con algunas excepciones.

Síntesis de la situación falencial de las Quiebras sin Activo

De acuerdo a las estadísticas realizadas en nuestro país, desde la década del '90 las quiebras de las personas físicas alcanzaron un 60%, y las de las personas jurídicas un 74%.

La realidad ha demostrado, que el 50% de estas quiebras, fueron sin activos, lo que significa una distorsión del instituto falencial, habida cuenta de su finalidad distributiva a los efectos del pago a los acreedores.

Los altos costos, que significa la apertura de todo el proceso falencial, lleva a afirmar el significativo dispendio jurisdiccional innecesario, con el consecuente despliegue trabajo de campo e intelectual que ello trae aparejado, comprometiendo a numerosos profesionales, en especial al síndico con la carga de todas las mandas, en es-

pecial las erogaciones que nunca van a ser reembolsados, como la ausencia del cobro de honorarios, por la inaplicabilidad del art, 240 y 244 LCQ, por las razones precedentemente expuestas.

Hemos llegado así, a un estadio actual, completamente distinto, donde con la aparición de los registros informáticos, la documentación digital, los registros ópticos, la base de datos informatizada, los registros de datos biométricos, y así de manera vertiginosa, dirigiéndonos hacia un cambio de paradigma.

La evolución más importante que se da en nuestros tiempos de avance tecnológico, tiene que ver con la forma de llevar estos registros. (6) dando lugar a la aparición de nuevas tecnologías, que obviamente no fueron tenidas en cuenta por la ley concursal, generando de esta manera, situaciones de muy distintas variantes, que cuando trabajábamos con registros manuales, esto es, que al ir desapareciendo los registros de papel, hallamos una revolucionaria manera de registros, que tiende a plasmar de manera eficiente, la validez del contenido de la información.

Podemos decir, que la informática en cierto sentido, vela por el contenido de la información, atento que con la aparición de ciertos mecanismos, los mismos no pueden ser alterados. Tal como sucede con el “hash”, que asegura la integridad de un archivo. Es una fórmula matemática, aplicada a una cadena de caracteres –llamada algoritmo– que permite relacionar el valor de cada carácter con el orden que ocupa en dicha cadena, generando un numero de longitud constante, que asegura una verificación de integridad, evitando su alteración.

Por ello podemos decir, que en la actualidad los sistemas de archivos, han cambiado notablemente la manera de llevarlos. Pudiendo afirmar que esta nueva revolución tecnológica, ha traído un nuevo concepto de “la guarda y conservación de los archivos”

Con la aparición de “la nube”, que es otro sistema de archivo digital, que sirve para el procesamiento y almacenamiento masivo de datos de servidores, algunos gratuitos y otros pagos, se guardan tanto “archivos”, como información en internet.

Otra de las revoluciones notorias, que reemplazaron masivamente la correspondencia epistolar, son los “correos electrónicos”, con las consabidas ventajas de costo y celeridad, llegando a reemplazar - en el sistema judicial- las cedulas de papel por las cedulas de notificación electrónica.

Tal es, que, el nuevo CCCN adopta el término “instrumentos respaldatorios” en lugar del término “documentación contable”, como lo refería el código de Comercio. De esta manera, observamos que la incorporación del término “instrumentos” incorpora otros elementos, tales como el correo electrónico, y todo lo relativo a las transacciones comerciales.

Teniendo en cuenta, como ya lo expresáramos en los párrafos precedentes, la revolución tecnológica, ha arrasado con los sistemas manuales, y de archivo de papel, que a la hora de sus análisis o verificación, resultan obsoletos y de difícil lectura, desvirtuando la buena visibilidad por el transcurso del tiempo.

Por lo expuesto, nos encontramos ante un contrasentido, siendo que en la “era digital”, el síndico tenga que hacerse cargo, de la guarda y conservación de los libros y toda la documentación del fallido.

### **Propuesta**

I-Es de absoluta prioridad, la modificación del articulado de la ley 24.522 referente al retiro y guarda de los libros y documentos del fallido, por parte del síndico, atento a las causales enunciadas en el desarrollo precedente.

Se solicita disponer de un Organismo Estatal, destinado a la guarda y conservación de libros y documentación del fallido, por el periodo indicado en el CCCN, habida cuenta del perjuicio que le ocasiona al síndico tal manda, por la situación de la falta absoluta de fondos en las “quiebras sin activo”. Tal como se los dispuso acertadamente, en su oportunidad, con ANSES, para la “guarda y conservación de los registros laborales”, del personal que perteneció a las empresas declaradas en quiebra.

II-Evitaren lo sucesivo, la apertura en el fuero judicial, de los pedidos de quiebras, que No poseen bienes en su patrimonio, evitando de esta manera el dispendio de las costas judiciales, como también, preservando la situación de total desprotección de la figura sindical, atento que no se cuentan con fondos para hacer frente a sus honorarios, como tampoco la erogación de todos los gastos que hacen a la guarda y conservación de los registros del fallido.

Como Corolario, podemos afirmar que: mientras los registros viajan en “tren bala”, las leyes lo hacen en “tren con locomotora a vapor”.



## El Síndico y el Plan de Negocios

*Lucila I. Prono, Manuel E. C. Prono y Patricio M. Prono*

### Sumario

- El Plan de Negocios constituye, entonces, una herramienta estratégica por donde necesariamente pasarán las decisiones de negocios y gestión.
- **Su elaboración corresponde exclusivamente al concursado.**
- El Plan financiero adquiere importancia sustantiva a la hora de conocer la inserción de la propuesta de pago por parte de los acreedores, del síndico y del tribunal.
- **Si se trata de sociedades, el plan de negocios debe corresponder con la memoria (art. 66 LGS).**
- **Al síndico corresponde su control y verificación.**

## El Plan de Negocios

En innumerables ocasiones, sobre todo en estos espacios de los Congresos sobre la Insolvencia, hemos advertido la constante mención del “Plan de Negocios” de un sujeto concursal como un requerimiento de carácter técnico que dichos sujetos deberían considerar como base de la propuesta de pago ofrecida a los acreedores.

La intención es loable. Muchas veces, también se advierten en la práctica propuestas encaminadas al fracaso o la frustración en mérito a que no fueron tenidos en cuenta diversas cuestiones y circunstancias técnicas que las avalen.

Ahora bien, para ser precisos en el tema, debemos encontrar no solo una definición, sino también el contenido de un Plan de Negocios o Plan de Empresa. En prefacio de su libro, John Tennes y Graham Friend, nos dicen: “Los modelos de negocios se han convertido en las herramientas principales para el análisis financiero de prácticamente todas las decisiones importantes de negocios..” y siguen diciendo, “...en las organizaciones, desde los comerciantes individuales e independientes hasta las mayores compañías multinacionales, prácticamente todas las ideas o iniciativas nuevas requieren una evaluación financiera o comercial, que en general se incluye en el plan de negocios”<sup>1</sup>.

Es indudable que el Plan de Negocios constituye, entonces, una herramienta estratégica por donde necesariamente pasarán las decisiones de negocios y gestión.

En orden al régimen de administración que prevé la ley concursal argentina, la elaboración del plan de negocios corresponde manera exclusiva al sujeto concursado (art. 15 y sgts. LCQ). Asimismo, de tratarse de una sociedad, el plan de negocios debe elaborarse por parte del órgano de administración y debe corresponder a los lineamientos de la memoria (art. 66 LGS). Pero dada la incidencia que el mismo tiene en el concurso preventivo, es indudable que el síndico debe conocerlo y ejercer sus funciones de control.

Se pueden ir extrayendo una serie de presupuestos a tener en cuenta en el análisis que, desde el punto de vista concursal, le correspondería hacer al buen síndico:

- El Plan de Negocios fue elaborado por el sujeto concursal, no por un sujeto *in bonis*;

- Está sujeto a variables que muchas veces resultan inestables: por ejemplo, factores macroeconómicos como Producto Bruto Interno (PBI); Inflación; Tasa de referencia; Tipo de cambio; Población, entre las más importantes;
- Ha respondido a un proceso de diseño que incluye la recopilación de datos, la definición de la pregunta central del negocio, descripción de cómo se comportarán las variables con el tiempo, desarrollo de los argumentos lógicos que explican el comportamiento de los datos de entrada al modelo adoptado, el ingreso de las estimaciones, la evaluación de escenarios alternativos y sensibilidades con los resultados estimados; formas de implementación, entre otras.

### **Contenido del plan de negocios**

En ese sentido, estimamos que no podrán faltar en el Plan de Negocios:

- . Resumen ejecutivo: donde se detallan los aspectos sobresalientes del Plan,
- . Visión general del negocio: una síntesis descriptiva del negocio que incluya la ubicación donde se trabajará; la estructura legal; el tipo de negocio,
- . Plan de operaciones: cómo funcionará la empresa,
- . Análisis de mercado: uno de los pilares que sustentan el Plan es el estudio del marco en el cual se desenvuelve el negocio,
- . Análisis de la competencia: es otro de los pilares e intenta atrapar las fortalezas y debilidades de los competidores directos e indirectos,
- . Ventas y marketing: referida a las ventas; el detalle de los precios; estrategias publicitarias,
- . Dirección: referido a la participación de los actores principales en la toma de decisiones,
- . Plan financiero: inversión inicial; costos de mantenimiento; modalidad de la financiación, propia o de terceros; financiaciones adicionales; gastos necesarios del negocio,

- . Proyección: las declaraciones de ingresos proyectadas y su apoyo en estados contables anteriores.
- . Anexos con detalles referenciales de cada un de los ítems mencionados.

Esta rápida enumeración de algunas de las circunstancias y elementos a tener en cuenta para el armado de un verdadero plan de negocios nos permite dimensionar la complejidad y trabajo que requiere su formulación por parte de los sujetos concursales.

Por su puesto que el contenido variará de acuerdo a las circunstancias particulares que rodean a cada empresa.

### **Competencia del síndico respecto del plan de negocios**

En base a ello pueden identificarse acciones del Síndico en procura de facilitar información y documentación para los interesados y relacionada con la propuesta de pago que formule el deudor:

- . De existir el Plan de Negocios, el Síndico debe requerirlo para su estudio y comentario – arts. 275 y 39 LCQ;
- . El Plan financiero – también conocido como Plan de Tesorería – adquiere importancia sustantiva a la hora de conocer la inserción de la propuesta de pago en el mismo. Esta circunstancia resulta imprescindible para conocer por parte de los acreedores y del Tribunal las posibilidades ciertas de cumplimiento puntual de las obligaciones que surgen de la propuesta de pago.
- . Oportunidad de la mención anterior en el proceso: no cabe duda que es el momento de formular el Informe General o mediante una ampliación del mismo si a la fecha de presentación del mismo aún no se conocieran esas variables. Todo ello a partir de la consideración que el contenido del Informe General es de carácter mínimo, y por el hecho de que debe reflejar aquellas cuestiones y circunstancias relevantes para el proceso.
- . También resulta significativo incorporar una mención sobre la opinión del auditor certificante de los estados contables sobre las notas que integran los mismos dirigidas a referenciar la sujeción de la propuesta de pago al

cumplimiento del Plan de Negocios o de Tesorería de la Sociedad. Por ejemplo, una mención de este tipo: "...el Directorio y la Gerencia de la Sociedad se encuentran abocados a la sustanciación de las etapas propias del proceso judicial iniciado para la estricta defensa del patrimonio social; al cumplimiento del plan de negocios oportunamente aprobado, que posibilite operaciones rentables con un adecuado nivel de ingresos y flujos de efectivo suficientes para cumplir con las obligaciones asumidas y con las que surjan de los ajustes, reclasificaciones y reestructuraciones derivadas del proceso concursal..."

Sin embargo, debe quedar claro, que al tratarse el Plan de Negocios y el mismo Plan de Tesorería como un conjunto de estimaciones, las mismas están sujetas a incertidumbres y dependerá del grado de profundidad, alcance y metodología aplicadas para su elaboración.

Lamentablemente en nuestro país esa incertidumbre suele profundizarse en función de las alteraciones macroeconómicas y vicisitudes a las que hemos estado y estamos, expuestos.

No obstante, con estas salvedades, la opinión del Síndico será inestimable y proactiva en orden al proceso concursal.

---

i John TENNET y Graham FRIED, Como Delinear un Modelo de Negocios; Colección Finanzas y Negocios – The Economist; Buenos Aires 2008; pags. 1; 87; y s.s.



## **Legitimación del síndico concursal en la acción de impugnación asamblearia**

*Patricio M. Prono*

### **Sumario**

Debe admitirse la legitimación del síndico concursal para iniciar o proseguir la acción de impugnación asamblearia en el caso de quiebra del socio. En el supuesto de la quiebra del accionista, es necesario interpretar de manera armónica e integral las normas societarias (art. 251 ley 19550) y las normas concursales (arts. 107, 110, 142 y 182 ley 24522). Esta solución encuentra fundamento en la finalidad de la quiebra de recomponer el activo liquidable.

Tanto en el caso de concurso preventivo de la sociedad o del accionista, el síndico carece de legitimación para la impugnación judicial de decisiones asamblearias. Las decisiones que eventualmente sean perjudiciales para el concurso deben encausarse en el régimen previsto por los artículos 15, 16 y 17 de la ley 24522.

### **La acción de impugnación asamblearia. Legitimación activa**

La acción de impugnación asamblearia está prevista a partir del artículo 251 de la ley 19550 y tiene por objeto la declaración de nulidad de una decisión del órgano de gobierno societario. Es la misma ley societaria la que describe quienes son los legitimados activos: los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión, los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada y los que votaron favorablemente, si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor. Nada dice la ley societaria en cuanto a una eventual legitimación activa del síndico concursal, por lo que cabe analizar los distintos supuestos que pueden darse.

## **Diferentes supuestos en el marco del concurso o la quiebra**

Cabe distinguir las diferentes hipótesis que se pueden presentar, ya sea que se trate de la sociedad o el socio deudor, y en cada caso, si se trata de un concurso preventivo o una quiebra.

### **1. Concurso preventivo de la sociedad**

En este caso cabe restringir la legitimación del síndico concursal e interpretar de manera taxativa el artículo 251 de la ley 19550.

El síndico tiene una función de control sobre la administración de la sociedad concursada mas no sobre las decisiones de gobierno que son de competencia de la asamblea. Es así que en el artículo 15 de la ley 24522 se establece el principio general, según el cual “el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico”. Claramente el síndico debe controlar la administración de la sociedad concursada.

La norma se fundamenta en que la solución preventiva tiene por finalidad que sea el propio deudor el que lleve adelante la reestructuración de su pasivo. Lógicamente que en el régimen de administración concursal encontraremos una serie de restricciones y prohibiciones cuyo fundamento es la conservación del patrimonio y el no agravamiento de la situación de insolvencia. La vigilancia del síndico que impone la ley se manifiesta en el control permanente que tiene el funcionario sobre los actos del concursado, y en especial en la participación del síndico en los trámites de autorización de ciertos actos (art. 16 LCQ) o para continuar los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes.

En cuanto a los actos de administración, el concursado puede realizarlos sin necesidad de previa autorización judicial, aunque sí bajo la mencionada vigilancia del síndico. Para identificar los actos de administración y de disposición es necesario analizar cada caso concreto, teniendo en cuenta la composición del patrimonio y especialmente la actividad del sujeto. El síndico solo debe vigilar, es decir controlar las operaciones que el concursado lleva cabo y observar si realiza algunas de las prohibidas o de aquellas que necesitan autorización judicial.

En el caso que eventualmente la sociedad apruebe a través de una resolución asamblearia un acto de administración extraordinaria, el síndico concursal tampoco tienen legitimación para impugnar el acto asambleario, pero sí debe activar los mecanismos propios con-

cursoales previstos en los artículos 15, 16 así como la posibilidad de instar la sanciones previstas en el art. 17 LCQ.

## 2. Concurso preventivo del socio

Similar solución cabe referir en el caso del concurso preventivo del socio, es decir el síndico concursal no reemplaza al socio en la legitimación para iniciar acciones de impugnación asamblearia contra la sociedad. Estas acciones quedan reservadas a la esfera exclusiva del socio que ponderará la conveniencia o no de iniciarlas.

Las acciones que eventualmente inicie el socio contra la sociedad quedan excluidas del fuero de atracción y de las demás reglas del artículo 21 LCQ ya que estas se refieren exclusivamente al caso del concursado demandado. Por ello, el síndico concursal tampoco tiene participación en dichas acciones.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que existen ciertas decisiones asamblearias que podrían repercutir en el patrimonio del deudor, tales como la distribución de dividendos, aumento de capital, ejercicio del derecho de preferencia o de acrecer, entre otras. En jurisprudencia se interpretó que es necesario contar con autorización judicial (art. 16 LCQ) para la renuncia al ejercicio del derecho de suscripción preferente por parte del accionista<sup>1</sup>. A pesar de ello, estimamos que el ámbito de dichas decisiones es ajeno a la competencia del síndico concursal en el concurso del accionista ya que no reemplaza a éste en el ejercicio de los derechos societarios.

## 3. Quiebra de la sociedad

La quiebra de la sociedad importa la disolución de la misma por imperio de lo normado por los artículos 94 inciso 6°) de la ley 19550 y 163 inciso e) del Código Civil y Comercial. Por lo tanto, los

<sup>1</sup> CNCOM, SALA D, 21/4/2009, "Sociedad Comercial del Plata SA s/ concurso preventivo", en *La Ley Suplemento especial Concursos y Quiebras*, del 25/08/2009, p. 82 y CSJN, 20/10/2009, "Sociedad Comercial del Plata y otros s/ concurso preventivo", en *La Ley*, 2010-A, p. 395. En este caso se decidió rechazar el pedido de renuncia anticipada del ejercicio del derecho de suscripción preferente por parte de la concursada en el marco de un aumento de capital ya que no se acreditó la conveniencia para la continuación de las actividades del socio deudor. En similar sentido, respecto de la necesidad de contar con autorización judicial para el ejercicio del derecho de suscripción preferente: CNCOM., SALA D, 12/12/2011, "Compañía General de Combustibles SA s/ concurso preventivo. Incidente de apelación", en *Revista de Sociedades y Concursos*, 2012-3, p. 98.

órganos de la sociedad ya no serán operativos.

Podría darse el supuesto de la existencia de alguna acción residual iniciada antes de la declaración de quiebra. En este caso, si los efectos del proceso judicial continúan y si los mismos repercuten en el patrimonio de la sociedad fallida, corresponde al síndico sustituir la legitimación procesal de la sociedad fallida.

#### 4. Quiebra del socio

En el supuesto de quiebra del socio, las acciones quedan sujetas al desapoderamiento y ello no altera la vida de la sociedad ni el funcionamiento normal de sus órganos<sup>2</sup>. Se ha discutido acerca del posible ejercicio de los derechos políticos por parte del síndico que corresponden a las acciones incautadas.

En este caso, una interpretación restrictiva de la ley 19550 indicaría que el síndico no puede iniciar este tipo de acciones ya que los legitimados son “los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión, los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada”. Por nuestra parte, propiciamos una interpretación armónica entre la norma societaria y la norma concursal. En este sentido, entendemos que si el síndico concursal verifica que en la asamblea de la sociedad de la cual el fallido es accionista se han tomado decisiones que violen la ley, el estatuto o el reglamento y que a su vez repercutan en el patrimonio del fallido, se debe aceptar su legitimación para impugnar el acto de gobierno.

En la asamblea se podría tomar, por ejemplo, la decisión de aumentar el capital social. Ante dicha situación, el síndico muy difícilmente pueda ejercer el derecho de suscripción preferente y de acrecer, lo cual conllevaría una licuación de la participación del fallido en la sociedad y disminuiría el valor de realización de las acciones. Otro tanto puede ocurrir con la decisión de no distribuir dividendos u honorarios si es que el fallido también ostentaba el cargo de administrador.

En estos casos, por mencionar algunos ejemplos, la finalidad de la quiebra de recomponer el activo liquidable a fin de incrementar las posibilidades de cobro de los acreedores sirve de base para legitimar al síndico para iniciar estas acciones. La interpretación literal del ar-

---

<sup>2</sup> CNCOM., SALA C, 28/12/1984, “Augur S.A. su quiebra v. Sumanpa S.A.”, *El Derecho* 114-373.

título 251 de la ley 19550 se justifica en el marco en el que todos los accionistas de la sociedad se encuentran *in bonis*. Pero de existir un socio declarado en quiebra, las reglas de juego cambian y cambian los intereses en torno al accionista.

De restringirse la legitimación, la acción de impugnación quedaría “vacante” ya que, a partir del desapoderamiento, tampoco el accionista podría iniciarla. Por otra parte, en torno a la quiebra giran los intereses de toda la masa de acreedores que amerita una interpretación amplia respecto de todas aquellas acciones que tengan por finalidad la recomposición del patrimonio del fallido.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo prescrito por el artículo 182 LCQ, que en su parte pertinente dice que el síndico “El síndico debe procurar el cobro de los créditos adeudados al fallido, pudiendo otorgar los recibos pertinentes. Debe iniciar los juicios necesarios para su percepción y para la defensa de los intereses del concurso. También debe requerir todas las medidas conservatorios judiciales y practicar las extrajudiciales”. Entendemos que la norma no refiere solamente a los créditos en el sentido más estricto de la palabra (cobros instrumentados en facturas o títulos valores). Nótese que en la segunda oración de la norma transcrita se menciona la obligación de iniciar los juicios necesarios *para la defensa de los intereses del concurso*.

No caben dudas que dentro de los juicios necesarios para la mejor defensa de los intereses del concurso se encuentra la acción de impugnación de la asamblea. Para reforzar esta postura, la ley legitima al síndico concursal para el ejercicio de todos los derechos y acciones que resulten de las relaciones jurídicas preexistentes a la quiebra (art. 142, primer párrafo, LCQ). Esta conceptualización amplia, sin dudas, incluye aquellas acciones judiciales societarias tendientes a impugnar la validez de una decisión asamblearia que repercuta en el patrimonio del accionista fallido.

Menos dudoso es el caso en el cual el accionista haya iniciado la acción de impugnación asamblearia y, con posterioridad se haya declarado su quiebra. En este supuesto, sin dudas cabe aplicar el artículo 110 LCQ: “El fallido pierde la legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico”. En consecuencia, en las acciones de impugnación iniciadas por el fallido antes de la quiebra, será el síndico el que continúe con las mismas, reemplazando al fallido.



## Informe general del síndico en concurso de sociedades

*Efraín Hugo Richard*

El informe general del síndico en el concurso de sociedades implica una evaluación de la funcionalidad de la sociedad y permite determinar la existencia de causales de disolución que imponen consideraciones a los órganos sociales y al juez en la decisión homologatoria de un acuerdo, atendiendo a normas imperativas de la ley general de sociedades.

Abordaremos en el caso al INFORME GENERAL, sin perjuicio de recordar al “informe mensual” que ha incorporado el ap. 12 del art. 14 LCQ y el “informe individual” para la verificación del pasivo.<sup>1</sup> Estos últimos deben reflejarse en aquel por su carácter general.

1. El informe general del síndico es la pieza maestra sobre la historia de la concursada, particularmente cuando se trata de una empresa y calificada si la organización es societaria. “Contiene una síntesis de la investigación e información vinculada con la empresa o actividad del concursado y su patrimonio (en sus negocios retrospectiva, actual y proyectiva y constituye una gran herramienta a la hora de evaluar muchas de las contingencias concursales... Este informe debe ser concreto y desprovisto de libre subjetividad, aun cuando el síndico deberá emitir su parecer sobre algunos temas.

Por medio del informe general, el juez y los acreedores pueden tomar adecuado conocimiento de las circunstancias relacionadas en su texto, elaboradas por quién posee los conocimientos técnicos que fundamenta su opinión. También se ha señalado que aporta criterios para que los acreedores decidan con conocimiento de causa la

<sup>1</sup> Con Jorge Fushimi en libro “Primera Jornada Nacional de Derecho Contable”, edición de la Universidad de Morón, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, pág. 109 y ss..

actitud a adoptar al tratar la propuesta de acuerdo<sup>2</sup>.

Deberá ser fundado y valorado en las circunstancias acaecidas en el proceso concursal (v.gr., demanda concursal – art. 11 LCQ-, pronto pagos –arts. 16 y 183 LCQ-, sentencia de verificación –art. 36 LCQ-, remates de otros bienes, juicios de conocimiento continuados –art. 21 inc.1º LCQ-, contratos en trámite –art.20 LCQ-, etc.), en otra información obtenida en el ejercicio de sus funciones (art. 275, LCQ) y en otros elementos que considere útiles<sup>3</sup>.

Obviamente deberá expresar todo lo relevante de los informes referidos anteriormente y todo lo que resulte de la contabilidad y especialmente de los libros que debe llevar en el caso de tratarse de una sociedad: libros de actas de los órganos, de acciones, de registros de asistencia, Memorias, etc..

Estamos convencidos que la información prevista en el art. 39 LCQ como materia de ese informe, debe ser ampliada en el caso de sociedades y particularmente bajo la imposición que genera el art. 275 LCQ bajo el título “Deberes y facultades del síndico”, cuando reza que “Compete al síndico efectuar las peticiones necesarias para la rápida tramitación de la causa, la averiguación de la situación patrimonial del concursado, los hechos que puedan haber incidido en ella y la determinación de sus responsables”<sup>4</sup>.

Adviértase que la referencia a la “situación patrimonial del concursado” lo es en relación a una situación actual y de prospectiva o potencialidad funcional hacia el futuro. Por otra parte la referencia a los “hechos que puedan haber incidido en ella”, excede el marco de la fijación de la fecha efectiva de la cesación de pagos, imponiendo en caso de sociedades que se revise que hicieron los administradores ante la crisis.

La potenciación de ello resulta del último párrafo “la determinación

<sup>2</sup> QUINTANA FERREYRA, Francisco “Concursos”, Bs. As. Ed. Astrea 1985, T I p. 451; ROUILLON, Adolfo A.N. “Régimen de concursos y Quiebras. Ley 24522” Bs. As. Ed. Astrea 1998, p. 101.

<sup>3</sup> JUNYENT BAS, Francisco A.; MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Ley de Concursos y Quiebras Comentada”, Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires 2003, pág. 231/2.

<sup>4</sup> Coherente con esto formalizamos un anteproyecto de ley de concursos “DE LA INSOLVENCIA”, 3 tomos, libros In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, “En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto. Tomo III pág. 313”.

de sus responsables”, que importa referirse a terceros, y particularmente en el caso de sociedades a sus administradores, socios y controlantes. Y ello no sólo para el caso de quiebra, pues es claro que la concursada, los socios y terceros –incluso acreedores- podrán promover acciones contra administradores y controlantes abusivos durante el curso del proceso concursal e incluso después de la homologación del acuerdo por los daños sufridos. Estas precisiones generan una apreciación sobre los deberes-funciones del Síndico en el informe general, particularmente de tratarse una sociedad la concursada<sup>5</sup>.

“Si el informe sindical no cumple adecuadamente con los requisitos, el juez podrá emplazar a dicho funcionario a los fines que reformule o amplie ciertos puntos, sin perjuicio de las demás medidas que pudieren ser pertinentes (art. 255 LCQ). Estos requisitos son taxativos (el síndico cumple con cumplimentar con lo requerido en los distintos incisos del art. 39 LCQ, sin perjuicio de que el juez pueda solicitar al funcionario concursal (en esta oportunidad o en otra) alguna información complementaria”<sup>6</sup>. Como hemos anticipado, no creemos que esa obligación quede cumplida con la mera referencia taxativa indicada en los diversos incisos en el caso de sociedades comerciales. Allí el Informe General del Síndico del Concurso –art. 39 LCQA-, debe referirse a las previsiones que han tomado los administradores para la continuidad del negocio y satisfacer la propuesta, que es un contenido que necesariamente debería contener la Memoria social en las sociedades que requieren de tal instrumento de información, como resulta de las actuaciones impuestas por ley en los informes del art. 14 ap. 12. También las referencias a los libros funcionales de la sociedad.

2. Repasemos el contenido del art. 39 que fija los “mínimos” de ese informe general –relativizados por la norma del art. 275 LCQ-, que entendemos no son suficientes en el caso de sociedades<sup>7</sup>, mínimos que tienen vinculación con el contenido de la demanda de concurso preventivo<sup>8</sup>:

“1) El análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor”.

<sup>5</sup> Nto. “Insolvencia societaria”, Buenos Aires Ed. Lexis Nexis 2007.

<sup>6</sup> JUNYENT – MOLINA SANDOVAL ob. cit. pág. 233.

<sup>7</sup> Se señala que el contenido del art. 39 es enunciativo, no es de interpretación limitada, en el sentido de que el síndico podrá extenderse en otros aspectos que conciernen a la actividad del deudor. QUINTANA FERREYRA, Francisco ob. cit. t. 1 p. 455; GARCÍA MARTINEZ, Roberto “Derecho Concursal Bs. As. Ed. Abeledo Perrot 1997 p. 153; CÁMARA, Héctor “El concurso preventivo y la Quiebra” Bs. As. Depalma 1979 vol II p. 735.

<sup>8</sup> ROUILLON ob. cit. p. 101.

Se trata del elemento clave: ¿Desde cuando esta la sociedad en cesación de pagos? ¿O esta en insolvencia? ¿Qué se hizo desde que la sociedad afronta su estado de crisis? ¿Qué medidas se adoptaron para tratar de salir de ese estado? ¿Cuál fue el efecto de esas medidas? Si se trata de una sociedad: ¿que hizo el órgano de administración al advertir que se estaría frente a causales de disolución (tales como pérdida del capital social e imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social)?, ¿requirió informes técnicos, formalizó alguna planificación, adoptó alguna política para evitar que la crisis se profundizara? ¿convocó a los socios o accionistas para que aprobaran esa planificación o adoptaran otras medidas? Ante la crisis patrimonial ¿se sugirió capitalizar la sociedad, por los propios socios, terceros o capitalizando el pasivo? ¿O se entendió que se había perdido el total del capital social y debió haberse intentando el reintegro? El capital social ¿fue suficiente al constituir la sociedad o era evidentemente insuficiente y no existió un plan para considerarlo apto para cumplir el objeto social? ¿Se consideró la posibilidad de liquidar el patrimonio social privadamente al existir una causal de disolución?

Algunas cuestiones están vinculadas a criterio de la CSJN -en el caso Palomeque- o supuestos de la inoponibilidad de la personalidad jurídica y la consiguiente responsabilidad de todos los constituyentes y de los administradores si la infrapatrimonialización es constitutiva..

Recuérdese que es rol del síndico “ la determinación de sus responsables”, y que ese análisis debe extenderse a un año antes de la fecha en que entienda producida la cesación de pagos. ¿Desde cuando se había generado una causal de disolución –p.ej. imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- y cuando afrontaron el trámite de disolución o el de superar la causal?

El desequilibrio económico al que se refiere la norma es el estado de cesación de pagos que constituye el presupuesto esencial para la apertura del concurso. Si bien estas causas son indiferentes a los fines de la aplicación de la ley, son relevantes a los efectos de determinar la opinión de los acreedores respecto de la propuesta del acuerdo y particularmente a la responsabilidad de administradores y socios. El síndico debe actuar como un investigador más que como un simple receptor de datos presentados por el deudor<sup>9</sup>. Este punto tiene fundamental relación con la fecha de la cesación de pagos, las

<sup>9</sup>QUINTANA FERREYRA ob. cit. vol. I p. 457.

acciones de integración patrimonial y de responsabilidad, incluso societarias.

En las SÉPTIMAS JORNADAS DE SINDICATURA CONCURSAL<sup>10</sup> se refirieron sobre este punto: “EL ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL DEUDOR ART. 39, INC. 1º, LCQ. PREVISIÓN Y CONSECUENCIAS”, sosteniendo que “el Informe General del síndico del art. 39, de la Ley 24.522, en su confección conforme a su inciso 1º debe -de lege ferenda- exponer el análisis de los recaudos legales que permitirían avizorar la crisis y fijar el deslinde de responsabilidades emergentes, a partir de la observancia de la legislación Societaria, Civil, Concursal y Penal en el ejercicio de la función de la administración empresaria; de donde, surgen los criterios de atribución de la responsabilidad de los administradores. - Al respecto, el autor de la ponencia -Dr.C.P. Serafín Cupito-, destacó que quien tiene negocios con la empresa en “peligro de crisis”, a través del seguimiento, tiene la posibilidad de calcular hasta dónde puede llegar su decisión y afrontar soluciones compartidas con la empresa en peligro. Muchas veces ahondar el crédito y excederlo a sus posibilidades de cobertura o garantía no denota otra cosa que contribuir a prolongar, en el tiempo y en intensidad, la crisis avisada. Por ello, debiera analizarse si cabe la posibilidad de investigar la existencia de alguna responsabilidad compartida”. Estamos de acuerdo con esa posición, pero entendemos que lo mismo puede colegirse del sistema de normas vigentes como hemos fundamentado precedentemente.

“2. La composición actualizada y detallada del activo, con la estimación de los valores probables de realización de cada rubro, incluyendo intangibles”.

En el informe general, el síndico debe describir el patrimonio concursal en forma analítica, descriptiva y estimativa, buscando expresar en forma detallada, la situación patrimonial del deudor al momento del informe<sup>11</sup>. Al elaborarlo, el síndico no debe circunscribirse a la información suministrada por el deudor, como tampoco a los inventarios que hubiera confeccionado en oportunidad de sus balances de ejercicio. Es necesario practicar el inventario teniendo en cuenta la fecha del informe<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> C.P.C.E. de Córdoba, 8 y 9 de noviembre de 2007, publicadas conclusiones en Revista “Factor” de Comercio y Justicia el 17-06-08.

<sup>11</sup> GARCIA MARTINEZ ob. cit. p. 153.

<sup>12</sup> QUINTANA FERREYRA ob. cit. Tomo I p. 459.

Hemos apuntado<sup>13</sup> que existe hoy una tendencia a requerir al Síndico cuanto se percibiría en el caso de liquidación para determinar la abusividad de la propuesta. No se trata de una obligación del síndico. Ello se requeriría para argumentar sobre el llamado “mejor interés de los acreedores” (the best interest of creditors), en la idea de que si el resultado de la liquidación fuere inferior al predatorio acuerdo ofrecido y aceptado, el mismo no sería abusivo para los acreedores a los que se les impone. Sobre el punto existe un excelente trabajo del mismo Casadio Martínez Propuesta concordataria: el test de abusividad y el síndico (un modelo en construcción)<sup>14</sup>. Claro que en el caso de sociedades debe integrarse sin duda con el resultado de las acciones de responsabilidad contra los socios y administradores<sup>15</sup> –cuando no de integración patrimonial-, indubitables en el caso, quizá también las de inoponibilidad de la personalidad jurídica, incluso dentro de la restringida tesis del fallo Palomeque si la infracapitalización que hoy ostenta brillantemente la sociedad era constitutiva. Bastaría que una sociedad no tenga bienes para que una propuesta del 2% a 10 años no fuera abusiva, lo que es inaceptable.

Y una última pregunta que habría que hacerse, es la siguiente: ese resultado presunto de la liquidación ¿habría sido el mismo si la sociedad se liquidara como prevé la ley de sociedades? Sin duda con mucho menor costo que en el concurso. Claro que en este supuesto las acciones de responsabilidad, integración e inoponibilidad serían muy factibles aún mediando un acuerdo homologado, pues las acciones por daño contra administradores y socios de control no concursados no se nova, y conforme al contenido del informe general, el Síndico habría informado si se evaluó la liquidación privada..

En orden a los intangibles es una cuestión polémica el valor de las “marcas”, cuyo precio de transacción se reconoce en caso de ventas de sociedades o de la titularidad de la marca<sup>16</sup>.

Una conclusión final en este punto es si el patrimonio pasivo fuera mayor que el valor de los bienes estaríamos frente a una causal de disolución (art. 94 inc.5 LGS), que genera responsabilidades e impone acreditar la viabilidad de la actividad de la sociedad, junto con la decisión del órgano de gobierno de la concursada de remover esa causal (art. 100 LGS).

<sup>13</sup> “FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta?” en La Ley 15 de abril de 2009.

<sup>14</sup> en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar*, Febrero 2009 pág. 115

<sup>15</sup> *Insolvencia societaria* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2007cit..

<sup>16</sup> JUNYENT – MOLINA SANDOVAL ob. cit. pág. 234.

“3. La composición del pasivo, que incluye también, como previsión, detalle de los créditos que el deudor denunciara en su presentación y que no se hubieren presentado a verificar, así como los demás que resulten de la contabilidad o de otros elementos de juicio verosímiles”.

En este aspecto es fundamental correlacionar el pasivo con ingresos al activo o a la funcionalidad de una sociedad, con conexidad con el informe individual, teniendo en cuenta los créditos que no aconsejó verificar, y de ser títulos valores si los mismos estaban suscriptos por los actuales administradores o por quiénes.

En este punto resulta importante señalar que si se aconsejara no verificar un crédito por falta de acreditación causal y suposición de dolo en la emisión del título que lo acredita (doctrina “Translinie” o “Difry”), congruentemente debería informar si el representante societario que lo suscribió fue removido o investigado, y si mantuviera representación aconsejar acotarla mediante intervención judicial, pues podría seguir emitiendo títulos que generando deudas no representarían ingresos al activo.

“4. Enumeración de los libros de contabilidad, con dictamen sobre la regularidad, las deficiencias que se hubieran observado y el cumplimiento de los artículos 43, 44 y 51 del Código de Comercio”.

Hemos podido observar en lo ancho y largo del país una predisposición a que sociedades concursadas sufran daños totales o parciales sobre todos o algunos de sus libros de contabilidad, o toda o alguna documentación respaldatoria<sup>17</sup>. Siniestros de distinto origen: incendios, sustracciones, robos de vehículos donde estaban esos libros o documentación, hasta inundaciones... En el caso de los libros de comercio y la documentación respaldatoria de sociedades, no puede hablarse de “carga del comerciante”, sino de “obligación del órgano de administración”, con la consiguiente responsabilidad sobre su regular confección, guarda y, particularmente, sobre su mantenimiento en el domicilio social. En análisis de los mismos y el informe correspondiente es típico de los profesionales en las ciencias económicas. Si basta la constatación formal de su existencia y regularidad es una buena tarea para un abogado.

“El “dictamen sobre la regularidad” que exige el precepto comentado, supone una indagación por parte del síndico de, cuando menos,

---

<sup>17</sup> “FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL...” citada.

los siguientes tres principios exigibles a toda contabilidad: “uniformidad, veracidad y claridad”<sup>18</sup>.

“5. La referencia sobre las inscripciones del deudor en los registros correspondientes y, en caso de sociedades, sobre las del contrato social y sus modificaciones, indicando el nombre y domicilio de los administradores y socios con responsabilidad ilimitada”.

Creemos que habría que avanzar e indicar la existencia de grupos de control de derecho o de hecho. Como también de expresiones que Otaegui llama de “jactancia” en virtud de haberse atribuido, para contratar u obtener financiamiento, solvencia por la pertenencia a grupos, situación de los socios o terceros vinculados.

“La mención del nombre y del domicilio –se entiende el real- de los administradores y socios con responsabilidad ilimitada se justifica en función de los posibles viajes al exterior..., de las responsabilidades impuestas por los arts. 160, 173, etc., así como por lo establecido por el art. 18 de la ley en estudio”<sup>19</sup>.

De la misma expresión doctrinal anterior se advierte que la referencia debería incluir a cualquier administrador societario y a los controlantes, en cuanto existiere posibilidad de promover acciones de responsabilidad, concursales o societarias, particularmente de estas últimas que hemos señalado no se eluden ni aún en el caso de homologación de acuerdos<sup>20</sup>, o de supuestos de aplicación de la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica<sup>21</sup>.

Si existe insolvencia o sea patrimonio insuficiente, se habría generado responsabilidad solidaria no sólo de administradores sino de los socios que pudieran evitarlo (arts. 99 LGS y 167 in fine CCC, aplicables por imperio del art. 150 a. CCC), debiendo por tanto hacer una referencia individualizante de los mismos.

“6. La expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos, hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen”.

<sup>18</sup> HEREDIA ob. cit. t. I pág. 800.

<sup>19</sup> HEREDIA ob. cit. t. I pág. 804 y referencias a otros autores.

<sup>20</sup> “ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desintelencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Bs. As. Ed. Errepar 2009.

<sup>21</sup> “Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe Ed. Rubinzal Culzoni, 2009, n° 2008-3 p. 191 a 246.

Adviértase que se requiere un “dictamen”, que debe indicarse la época real y no limitarse a los dos años de la retroacción de ineficacia de ciertos actos. Los efectos de la cesación de pagos se retrotraen a un año antes de esa época (art. 173 LCQ) –a la que debe indicarse como fecha al individualizar hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen, muchos de los cuales resultarán de los pedidos de verificación-. Y ello es fundamental para la determinación de responsabilidades.

Si es una sociedad puede haber nacido infrapatrimonializada y por tanto generarse la cesación de pagos en forma coetánea a la constitución. Igualmente si se planificó recurrir al financiamiento externo pero no se formalizó un plan de negocios razonable que previera el pago de intereses y la amortización de ese endeudamiento.

Es fundamental este informe general como elemento probatorio no sólo en el juicio concursal sino en juicios que acreedores o terceros puedan promover a socios y administradores.

De la presentación en concurso, del informe general del síndico o de otros elementos agregados al juicio concurrencial podrá determinarse el incumplimiento de los deberes societarios de administradores, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos “no informados” que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos, lo que constituiría una falta de lealtad y dolo por parte de los administradores societarios. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>22</sup>.

Se ha resuelto que “corresponde declarar la validez del informe presentado por la sindicatura del juicio concursal de una de las partes litigantes en reemplazo de la prueba pericial contable, si dicho informe aparece ofrecido por ambas partes, no ha sido cuestionado y resulta similar en su realización, a una pericia contable”<sup>23</sup>.

Por supuesto que debe informar sobre la “insolvencia” de la sociedad en caso que su patrimonio fuere insuficiente, pues por “cesación de

<sup>22</sup> Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

<sup>23</sup> Capel. Trab. Rosario, sala I, mayo 20-985 in re Delgado, Juan C. y otro c/ Rio Grande S.A., JA 77-123.

pagos” debe entenderse activos corrientes insuficientes para atender el pasivo corriente, tema que tratamos en otra comunicación.

“7. En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter”.

Este punto debe conectarse con los inmediatos anteriores.

La cuestión supera –a nuestro entender- determinar si cuantitativamente desembolsaron lo que se comprometieron en el momento constitutivo o en la decisión de aumentar el capital.

El segundo párrafo debe conectarse a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal “aventura”?

No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

Es esencial que el Síndico refiera que previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo.

Eventualmente si el problema era de una infrapatrimonialización –constitutiva o funcional-, si se advirtió algún intento de capitalización por parte de los socios, terceros o acreedores.

Además determinando si se había perdido el patrimonio, debe referirse a los aportes por reintegro o capitalización que debieron requerirse por los administradores a los socios conforme los arts. 94.5,

96 y 99 LGS, pues un intento de quita ante el incumplimiento de normas imperativas de la ley societaria constituiría un fraude a la ley (art. 12 CCC).

“8. La enumeración concreta de los actos que se consideren susceptibles de ser revocados, según lo disponen los artículos 118 y 119”.

El informe debe ser amplio en este sentido, en relación a lo actuado por la concursada dentro del período de retroacción y que no corresponda al giro normal de los negocios. El supuesto no conocimiento por el tercero del estado de cesación de pagos no debe ser argumento, en este estadio, para omitir exponer la situación a consideración de los acreedores y del juez.

“9. Opinión fundada respecto del agrupamiento y clasificación que el deudor hubiere efectuado respecto de los acreedores”, La norma es congruente con lo que se debe formalizar a tenor de las referencias del art. 41, que también debe vincularse a la posibilidad de recibirse observaciones –art. 40- y la posterior resolución de categorización –art. 42 LCQ-.

Esta norma reemplazo a la original previsión sobre la “valuación patrimonial de la empresa, según registros contables” que había merecido jugosos comentarios<sup>24</sup>.

“10. Deberá informar si el deudor resulta pasible del trámite legal prevenido por el Capítulo III de la Ley 25.156, por encontrarse comprendido en el artículo 8º de dicha norma”.

O sea dar trámite a la Comisión de Defensa de la Competencia conforme el volumen operativo de la concursada, imponiendo el análisis de las situaciones de control, controlante o controlada, y vinculaciones con otras sociedades de la concursada.

Ello esta vinculado a la posibilidad que un tercero intente llegar a un acuerdo con los acreedores ante el fracaso de la propuesta original de la concursada –art. 48 LCQ-, que autoriza la adquisición compulsiva de las participaciones societarias por ese tercero.

3. Como podemos observar, en concurso de sociedades el informe general es una pieza maestra para determinar estado patrimonial y responsabilidades, elementos fundamentales para guiar al Juez sobre la legalidad de una propuesta de acuerdo y la posibilidad de homologación.

<sup>24</sup> HEREDIA ob. cit. tomo I pág. 806.



## 2. Sindicatura y pronto pago de créditos laborales

---

### Informe del art. 14 inc 12. Inconvenientes en su realización

*Mariano H. Izquierdo, Ramiro Izquierdo,  
Rodrigo Izquierdo y Mónica G. Marinaro*

#### Sumario

El art. 14 inc 12 requiere que la Sindicatura realice un informe sobre la evolución de la empresa, la existencia de fondos líquidos disponibles y el cumplimiento por parte de la deudora de las obligaciones legales y fiscales, cuestiones disímiles y de una gran amplitud, las cuales tienden a mostrar la evolución de determinados parámetros para ejercer un control en el proceso de recuperación que se lleva a cabo durante todo el concurso.-

La finalidad principal de este inciso es “reforzar el instituto de pronto pago laboral en varios sentidos: a) ampliando su alcance; b) adossando al procedimiento la posibilidad de apelación; c) adaptando el ulterior reconocimiento y verificación del crédito, cuando se rechace el pedido de pronto pago, a la reforma del fuero de atracción y d) creando un nuevo procedimiento para el reconocimiento oficioso de los créditos laborales denunciados por el deudor o que surjan de sus registros.

El núcleo de la reforma tiene un claro objetivo: crear un mecanismo operativo del que surja la cuantía posible de cancelación de las obligaciones laborales reconocidas que tengan el derecho de pronto pago.”<sup>1</sup>

En el presente trabajo nos proponemos analizar dicho informe, los inconvenientes que genera para la Sindicatura su realización, ya que la ley solamente lo nombra, sin dar ninguna pauta para su con-

<sup>1</sup> Escandell Jose “ El informe mensual del Síndico art. 14 inc 12” en [www.blog-desindicaturaconcurasal.com.ar](http://www.blog-desindicaturaconcurasal.com.ar)

fección, generando infinidad de interpretaciones y hasta el incumplimiento en su presentación en algunas oportunidades.

### **Pronto pago**

El pronto pago es un instituto reglado por el artículo 16 de la LCQ que consiste en un derecho de preferencia de cobro temporal, el cual rige hasta la homologación del acuerdo preventivo. Se funda en el carácter alimentario de los créditos laborales, por el cual, el trabajador tiene derecho al cobro, sin aguardar a la homologación del acuerdo concursal, como lo deben hacer el resto de los acreedores privilegiados.

Este instituto tiene vigencia desde la Ley 19551, existiendo el derecho de pronto pago como una preferencia temporal en beneficio del trabajador. Dicho beneficio se mantuvo y mejoró con las distintas reformas concursales.

Para la aplicación del pronto pago, en primer lugar se debe determinar quienes tienen derecho al mismo, y en segundo lugar determinar si existen fondos líquidos disponibles para poder materializar este instituto, lo cual está normado en el artículo 14 inciso 12 LCQ que analizaremos a continuación:

#### **ARTICULO 14 - INCISO 12**

Dentro de los informes solicitados por el inciso de referencia, encontramos que el mismo se divide en tres partes:

- 1- Informe sobre la evolución de la empresa
- 2- Existencia de fondos líquidos disponibles
- 3- El cumplimiento de las normas legales y fiscales.

#### **1. Informe sobre la evolución de la empresa**

El término evolución se refiere a una acción vinculada con un cambio de estado o a un despliegue o desenvolvimiento y su resultado es un nuevo aspecto o forma del elemento en cuestión.

Ya que como todos sabemos la empresa es una organización, su evolución implica conocer como esa organización cambia de estado gradualmente.

Informar sobre la Evolución de la empresa implica analizar una serie de variables que exceden el simple ámbito de la información que suministran los registros contables, además hace falta tener toda la información necesaria para poder hacerlo, la cual surge de los informes de gestión que es sobre lo cual se toman las decisiones, por ejemplo las herramientas modernas que facilitan la toma de decisiones tales como el tablero de comando, cash flow, etc. Estas herramientas se nutren de un conjunto de variables que permiten medir la evolución de la empresa, las que no son sólo compras y ventas sino también stock, cobranzas, rotación de inventarios, puntos de pedido, etc.

Con toda esta información se pueden obtener ratios que expresen la situación y evolución de la empresa de forma estática y dinámica durante un período de tiempo; por ejemplo índice de liquidez, solvencia, rotación de stock, etc.

El primer inconveniente con el que se encuentra el Síndico Concurzal es la escasez de este tipo de información para llevar a cabo el informe ya que la mayoría de las empresas no cuenta con información de gestión y en la medida de contarla, no existen normas expresas dentro del ordenamiento concursal que dispongan la modalidad en la cual el concursado debe brindar dicha información.

Si el Síndico se vale de la información contable que surge de los registros legales obligatorios, la misma siempre será incompleta, poco detallada, a destiempo y no brindará los datos referidos a la **evolución** de la empresa de la manera en que se necesita para poder realizar un análisis de utilidad para la realización del informe encomendado.

Tal como señala Argeri Saul<sup>2</sup> “El informe que la Sindicatura debe presentar es una de las cargas más delicadas atribuidas por la ley a este funcionario, ya que al expedirse respecto de las posibilidades y factibilidad empresarial, importa emitir un juicio de valoración múltiple, que exigirá sin dudas, el concurso de los conocimientos de alta especialización, ajenos a veces a los reales alcances del Síndico.”

---

<sup>2</sup> Argeri Saul. “La quiebra y demás procesos concursales” Tomo II. La Plata 1972. Página 382 a 394. Citado por Segal, en ob. cit., página 219.

Este informe, al no ser estático, permite monitorizar el proceso de superación o no de la crisis de la insolvencia y poner al descubierto, mes a mes, su evolución.

En nuestra opinión la norma concursal tendría que explicitar la metodología, plazo y forma en que el concursado debería brindar la información que necesita el Síndico para la realización de dicho informe.

En cuanto a la modalidad de presentación de este informe, consideramos que el mismo no debería apartarse de las resoluciones técnicas contables referidas a exposición y valuación y cumplir al mismo tiempo con las normas de auditoría vigentes que aseguren el buen relevamiento de la información, a fin de garantizar la integridad y razonabilidad de la misma.

Queremos destacar que si bien el inciso determina el plazo que abarca el informe, no fija el término para la presentación del mismo dentro del proceso concursal. Si consideramos aplicable el artículo 273 inc 3, este debería presentarse dentro de los tres días hábiles siguientes al vencimiento del mes, lo cual es casi imposible de realizar por parte del Síndico. Este es un gran vacío dentro de la norma legal.

## **2. Existencia de fondos líquidos disponibles**

En este punto confluyen dos aspectos: el flujo de fondos propiamente dicho que proyecta toda empresa y el concepto de fondos disponibles que se encuentra ligado a un aspecto subjetivo.

La elaboración del flujo de fondos no le compete a la sindicatura, ya que quien conoce y administra el negocio es el empresario, es así que el flujo de fondos que la Sindicatura tiene a disposición es el que le suministre el concursado, que deberá ser controlado por el Síndico con la información histórica y cierta que posee.

Este punto es el que da origen a este informe mensual, ya que lo que persigue la ley, es la determinación de la existencia de fondos líquidos disponibles, para aplicarlos sobre todo al pronto pago laboral, esto es parte de una ingeniería legal, la que parte del artículo 16 segundo párrafo, en el cual el Síndico debe emitir el informe del artículo 14 inciso 11, referido a los créditos laborales concursales, esto es lo que determina los sujetos pasibles de incluirse dentro del pronto pago de oficio, y de no estar incluidos tendrán la vía del pronto

pago a pedido de parte. Esta sería la primera etapa del pronto pago, determinar los sujetos, luego se debe fijar la cuantía del monto a distribuir en entre dichos prontopaguistas y esto está regulado por el art. 14 inciso 12 de la LCQ.

¿A qué llamamos Fondos Líquidos disponibles?

Podemos decir que los fondos siempre son líquidos; disponible<sup>3</sup> es “todo aquello de lo que se pueda disponer o usar de forma libre”

De esta forma los fondos disponibles son aquellos que están libres, sin ninguna afectación y pueden usarse libremente, son fondos que se podrán utilizar sin afectar la actividad de la empresa, ni su evolución, es decir que son fondos remanentes.

En el caso que en la empresa existan Fondos Líquidos Disponibles, estos se afectarán en su totalidad al pago de los créditos laborales según lo determina el noveno párrafo del artículo 16 de la LCQ y para lo cual el Síndico deberá efectuar un plan de pagos proporcional a los créditos y privilegio.

En caso que no existan Fondos Líquidos Disponibles, que es lo más común en los concursos, se genera el inconveniente de aplicar lo que manda la ley cuando dice “deberá afectar el 3% mensual del ingreso bruto de la concursada” en el artículo 16 de la LCQ.

Tal como señala Celina María Mena <sup>4</sup>“esta opción..., está afectando derechos de terceros que con toda razón podrán participar del procedimiento, apelando la resolución, por encontrarse afectados...ya que la detracción del 3% implicará el incremento del pasivo posterior al concurso, el cual DEBE ser pagado”,

Al mismo tiempo, Escandell <sup>5</sup>opina: “ parece difícil de aceptar en el plano de la legitimidad constitucional, la norma que ordena destinar al pago de créditos laborales con derecho al pronto pago, ante la inexistencia de fondos líquidos disponibles, el 3% del ingreso bruto de la empresa. Es que si esa es la realidad, este 3% que se destine al pago de créditos laborales, estará necesariamente constituido por fondos que dejaron de pagarse por los conceptos que se detallan bajo el título precedente de egresos del flujo de fondos. En otras palabras, la escasez de fondos se agravará al darles un destino no

<sup>3</sup> [www.wordreference.com](http://www.wordreference.com)

<sup>4</sup> Mena, Celina María. Informes de la Sindicatura Concursal. Errepar. página 37.

<sup>5</sup> Escandell, José. ob cit.

conectado con las direcciones prioritarias absolutas ...”

En nuestra opinión, a la Sindicatura se le dificulta la determinación de la existencia de fondos líquidos disponibles, ya que en la mayoría de los concursos no existen dichos fondos y por ende se tiende a simplificar aplicando el segundo punto que plantea la norma “ el 3% del ingreso bruto...”, lo cual puede llegar a generar una desigualdad con el resto de los acreedores e incluso un perjuicio en el proceso de recuperación de la empresa, ya que al fijar un 3% indistintamente de la actividad a la que se dedica la empresa, en algunos casos podrá ser demasiado elevado este porcentaje relacionado con los márgenes de utilidad de la actividad.

Con todo lo antes expresado, queda claro que es un punto que requiere un mayor análisis y/o detalle en la realización de su cálculo y aplicación a fin de no generar desigualdades o aplicación de criterios arbitrarios sin tener en cuenta la situación particular de cada empresa.

### **3. Cumplimiento de las obligaciones legales y fiscales**

“La tarea de vigilancia encomendada a la Sindicatura con motivo de la presentación en concurso se refiere a los actos prohibidos, a la conservación del patrimonio y, hoy, al cumplimiento del plan de pagos propuesto a los acreedores laborales”<sup>6</sup>

Pero este informe utiliza términos amplios y pocos precisos cuando se refiere al cumplimiento de normas legales y fiscales, ya que en principio el término legales incluye al término fiscal. Pero esta no sería la única objeción a realizar, porque el término legales propiamente dicho, abarcaría la totalidad de las normas que componen la pirámide jurídica, haciendo irrealizable dicho control por parte de la sindicatura.

Por otro lado, el control legal, generalmente es realizado por Órganos Estatales con jurisdicción sobre el tema, el cual no puede ser reemplazado por la Sindicatura.

La Sindicatura “tiene un rol eminentemente orientado hacia el instituto del concurso y se inscribe dentro de la ley concursal. Las funciones y responsabilidades del Síndico concursal se ubican dentro del marco de las exigencias de la ley específica y del trámite del procedimiento.”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Mena, Celina María. Ob. cit. página 38.

<sup>7</sup> Escandell, José. Ob. cit.

Un antecedente de esta exigencia legal, es lo que ya disponía la “Ley 11683 de procedimiento tributario, en sus artículos sexto inc. c y octavo inc. b, los cuales establecen la obligación del Síndico concursal de hacer las gestiones necesarias para la determinación y ulterior ingreso de los tributos adeudados por los responsables respecto de los períodos anteriores y posteriores a la apertura del concurso o auto declarativo de quiebra, según el caso”<sup>8</sup>

Siguiendo a la doctrina, consideramos que lo que la Ley solicita en este punto es que la Sindicatura informe sobre verificaciones de cumplimiento rápido, que incluye el control del pago de los impuestos del concursado, si presentó las declaraciones juradas que debía, si cumplió con las cargas previsionales y sociales, si abonó los sueldos, si lleva las registraciones contables, etc. Es decir que la Sindicatura debe realizar un control impositivo, previsional, societario, etc., atinente al correcto funcionamiento de la empresa, pero no debe inmiscuirse en funciones propias que atañen a la jurisdicción de los Organismos con poder de contralor.

Tampoco la norma plantea qué sucederá en el caso que el Síndico informe que el deudor no cumple con alguna norma legal o fiscal ni determina el procedimiento para exigirle este cumplimiento al deudor, lo que una vez más deja abierto un interrogante legal.

## Conclusion

Este informe es de utilidad en el caso que existan créditos laborales, ya que dispone la base de información sobre la cual se deben calcular los montos a distribuir a través de la modalidad del pronto pago y no lo deja librado a una opinión y/o decisión arbitraria ni de la Sindicatura ni del Juez.

Al mismo tiempo, es de gran importancia durante el proceso concursal de una empresa, ya que es la única forma en la cual los interesados en el proceso, acreedores anteriores y del concurso pueden conocer plenamente la evolución y el desenvolvimiento de la empresa, cuestión que hasta la introducción de este inciso no estaba prevista en la normativa.

En contraposición a estos beneficios, encontramos grandes dificultades para la realización de este informe, las cuales detallamos pre-

<sup>8</sup> Richard, Efrain Hugo y Fujimi, Jorge Fernando. Análisis tareas del Síndico incorporadas por la Ley 26086. página 9.

cedentemente; referidas a la obtención de la información, la calidad de esta y el tiempo requerido para la realización y presentación del mismo, ya que la normativa no es clara en su redacción sobre estas cuestiones y esto da lugar a distintas interpretaciones por parte de la Sindicatura.

Para finalizar consideramos que en la práctica, por las dificultades antes descritas, llevó a que los Síndicos omitan o realicen defectuosamente la presentación de este informe, lo cual impide el cumplimiento de los fines con los cuales fue introducido este inciso en la Ley Concursal.

### 3. Sindicatura y verificación de créditos. Informes

---

## La silenciosa novel factura de crédito electrónica MiPyMes. Cuando el silencio electrónico puede dañar tanto como la silenciosa electricidad

Omar Ricardo Berstein

### Sumario

La Ley 27440 crea un nuevo título valor cambiario en la Factura de Crédito Electrónica MiPyMes que contraría principios fundantes del Derecho Cambiario como subespecie del Derecho Comercial contenidos en el Código Civil Comercial de la Nación y en la Ley de Letra de Cambio y Pagares y Factura de Crédito al permitir prescindir de la Declaración Unilateral de la voluntad del obligado como fuente de la obligación. El pedido de verificación en el Concurso o la Quiebra del obligado traerá complicaciones al acreedor concurrente cuando la aceptación fuere tácita. La AFIP no es más que un Ente Estatal Recaudador y las delegaciones legisferantes que se le atribuyan no son más que una contribución a la inseguridad jurídica y a la aflicción de jueces, y congoja de sindicatos y letrados, máxime en un país no desarrollado en informática, donde la energía eléctrica es un bien escaso (cortes), eventual y de elevado costo.

### Fundamento

La flamante Ley 27440 denominada Ley de Financiamiento Productivo crea, pareciera reafirmando el uso del art. 1820 CCCN de “Libertad de creación”, un nuevo *título valor* que denomina *Factura de Crédito Electrónica MiPyMes*.<sup>1</sup>

En su art. 4º aparece este documento informático normatizado con deplorable sistematización pues resulta un aporte a la confusión general no resuelta por el decreto reglamentario n° 471/218 que ni siquiera se ocupa de disponer un texto ordenado para las *Facturas de crédito*, con relación al nuevo título valor al que los legisladores insertan en las pre-

<sup>1</sup> Busetto Adalberto L. en Vitolo Daniel R. Dir. AA VV. Código Civil y Comercial de la Nación. comentado y concordado. Erreius Bs.As. 2016 T.III pag.1790. En realidad sólo reafirma el principio que establece la posibilidad de la ampliación ad infinitum de títulos valores, porque en este caso no es el particular quien lo hace sino el Legislador.

visiones del mega artículo 1850 CCCN que regula los documentos no cartulares, despapelizados, informáticos, desmaterializados.

Deplorable sistematización— nos explicamos— porque cada vez que la política que preocupa más a los legisladores que la ciencia jurídica en el caso<sup>2</sup>, decide tomar un camino, reforma cualquier institución (como aquí son los *titulos valores*) sin importarle agregarlo a su debido estatuto y dejarlo “boyando” por allí para deleite de los operadores del derecho.

La intención de los legisladores no aparece como criticable en su tésis en esta parte. Se quiere fondear a las Pymes mediante inversiones del Mercado de Capitales y para ello se declara una vez más la intención de favorecer la *circulación del crédito* de las Pymes pareciendo descubrir ahora la piedra filosofal de lo que ha sido repetido hasta el hastío en Europa y el desarrollado mundo anglosajón desde mediados del siglo XIX y entre nos por Yadarola, Orione, Cámara, Zavala Rodriguez, Quintana Ferreyra, Legon (pater), Favier Dubois (pater) y tantos otros (para nombrar sólo a los precursores doctrinarios mercantilistas autóctonos que trajeron a estas tierras las teorías alemanas, italianas, españolas y francesas y evitar así que algún viego amigo felizmente en este mundo aún, se nos enoje por su involuntaria omisión).

Quienes estamos cerca de las bodas de plata profesionales sabemos que esta mega ley se gestionó fundamentalmente para sacar la infeliz mención de la ley de Mercado de Capitales que atribuía a la CNV ciertas facultades para 1. designar veedores con la facultad de veto de resoluciones que tomaren las sociedades y 2. separar a los órganos de administración de una sociedad hasta regularizar las deficiencias que originaran algunas de sus decisiones, a un Congreso aún dominado por legisladores del Gobierno anterior. Esta norma que fue una más de las arbitrariedades del Congreso del Gobierno anterior, quedó eliminado. De rondón y para que se lograra lo mencionado se suman estas reformas cambiarias a las que nadie se puede oponer, pero que deben ser hechas con cuidado para no crear más problemas.

Nace así este *titulo valor* cuya emisión ya no resulta obra del obligado, sino que es creado por el propio acreedor y que cuando su formalización es *tácita*, ni siquiera requiere de la conformidad o de firma digital (ya que es informático) que sería su declaración de voluntad expresa como fuente de la obligación que nace de la DECLARACION UNILATERAL DE LA VOLUNTAD dado que el capítulo 6<sup>o</sup> de TITU-

---

<sup>2</sup> Diriamos que en Argentina la ciencia empobrece al científico, y la política en general enriquece al legislador.

LOS VALORES debe lógicamente insertarse entre las mismas.<sup>3</sup>

Es de este modo que el consentimiento se adquiere de la voluntad *presunta* de quien no responde a una intimación, aplicando el art. 263 CCCN que reza: *Silencio como manifestación de voluntad....en los casos que hubiera una obligación de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones pertinentes*”.

Reza el art. 1 de la Ley 27.440 :En todas las operaciones comerciales en las que una Micro, Pequeña o Mediana Empresa este obligada a emitir comprobantes electrónicos originales ( factura o recibo) a una empresa grande, conforme las reglamentaciones que dicte la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Hacienda, se deberá emitir “Facturas de Crédito Electrónicas MiPyMEs”, en los términos dispuestos en los artículos siguientes, en reemplazo de los mencionados comprobantes.

El régimen aprobado en el presente Título será optativo en las operaciones comerciales entre Micro, Pequeñas o Medianas Empresas. Por su parte el art. 4 de la Ley 27.440 consigna: “La “Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs” constituirá *un título ejecutivo y valor no cartular*, conforme los términos del artículo 1850 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando reúna todos los requisitos que a continuación se indican: a) Se emiten en el marco de un contrato de compraventa de bienes o locación de cosas muebles, servicios u obra; b) Ambas partes contratantes se domicilien en el territorio nacional; c) Se convenga entre las partes un plazo para el pago del precio superior a los quince (15) días corridos contados a partir de la fecha de recepción de la “Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs” en el domicilio fiscal electrónico del obligado al pago; d) El comprador o locatario, adquiera, almacene, utilice o consuma las cosas, los servicios o la obra para integrarlos, directa o indirectamente, en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, será de manera genérica o específica.”

Y en sustento de nuestra ponencia dice el art. 6 de la Ley 27.440:”Todas las “Facturas de Crédito Electrónicas MiPyMEs” que no hubieran sido canceladas o aceptadas y que no se hubieran registrado en el “Registro de Facturas Electrónicas MiPyMEs”, en el plazo máximo de quince (15) días corridos desde su recepción en el domicilio fis-

<sup>3</sup> La doctrina ha criticado que el CCCN le asigne un nuevo capítulo a los títulos valores sino que le debió asignar una sección como lo son “La promesa pública de recompensa” o “Las garantías unilaterales”, por todos Lavigne Roberto Horacio en su magistral y constructiva crítica a las disposiciones proyectadas en los Proyectos de 1998 y

cal electrónico del comprador o locatario, se consideraran aceptadas *tácitamente por el importe total a pagar*, constituyendo título ejecutivo y valor no cartular por dicho importe.

Por último el art. 9 de la Ley 27.440 prescribe que “Asimismo, ni el librador de una factura de crédito electrónica MiPyMEs, ni sus sucesivos adquirentes serán garantes de su pago”.

Estos artículos que transcribimos para claridad en la ponencia nos ponen en evidencia que existe un nuevo *título valor* cuya fuente es el silencio, y que cambia diametralmente la elaboración de la doctrina cambiaria, que utilizó ríos de tinta para exponer la fundamentación de la obligación cambiaria circulatoria sometida al rigor cambiario y a la autonomía cambiaria, alejada de la base contractualista para favorecer la circulación.

Creemos que nuestros amigos seguidores de los Derechos del Consumidor, que a veces desde una aplicación doctrinaria discutida, exigen el contrato subyacente para integrar el título abstracto del pagaré o cheque al que llaman “de consumo”, se regocijarán con estas normas, pues es la Ley la que ahora crea este título para favorecer la circulación.

Por nuestra parte nos hacemos algunas preguntas:

¿Se favorece a las Pymes cuando la ley permite, no ya su emisión entre Empresas Grandes y Pymes, sino también entre empresas chicas y medianas?

¿El contrato subyacente puede ser el fundamento de una sustitución del silencio por la conformidad que fundamentaba a la Declaración de Voluntad?

Cuando se discutió el caso de la ejecución de la cuenta corriente bancaria se permitió que el acreedor emitiera un título a cargo del cuentacorrentista, y se rechazó su inconstitucionalidad en que el emitente era una Entidad Financiera sometida a control de gestión por el BCRA. Es lo mismo en este caso en que el emitente es una simple empresa? Pyme, en definitiva un particular?

En un supuesto caso en que el emitente elevara a una suma irreal y abultada el importe de su **Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs**, que no es observada en tiempo, y fuera negociada por el mismo emitente hacia un tercero de buena fé que quisiera verificar en el Concurso del obligado, por cual importe deberá el Síndico aconsejar su verificación y el Juez reconocerla?

## Legitimación del síndico en la verificación de créditos

*Dario J. Graziabile y Nicolás J. Di Lella*

### Sumario

*Como ha quedado determinado en la ley concursal la que se constituye en su estatuto, el síndico es un órgano del concurso y/o un funcionario público. El síndico únicamente actúa como parte, sustituyendo al fallido en las acciones referidas a los bienes desapoderados pero nunca en la constitución del pasivo donde actúa como componente del oficio concursal, siendo imparcial con actuación técnica. En la quiebra y sobre los bienes desapoderados el síndico ejerce la legitimación en la causa perdida por el fallido, es decir la posibilidad de obtener una sentencia de fondo que se pronuncie sobre la pretensión, pero ello nunca puede permitirse en la composición de la masa pasiva del concurso. Sin legitimatio ad causam el síndico no tiene legitimación para revisar una sentencia de verificación tempestiva ni para apelar una sentencia de verificación incidental.*

### I. Síndico órgano del concurso y funcionario público

Si bien reconocemos al síndico como órgano, ello no quita que también lo entendamos como un verdadero funcionario público. En dicho orden de pensamiento también pareciera claro que no es órgano del concurso, pues estamos ante un proceso que carece de personificación. En cambio, puede afirmarse que el síndico es un órgano del Estado, pues forma parte del quehacer de éste dentro de un proceso judicial. Únicamente en el ámbito de las personas ideales

podrá tener andamiaje la teoría del órgano. Sobre ello, con sustento en la teoría del Estado, es ineludible afirmar que estamos ante un órgano del Estado, pues el concurso no es sujeto de derecho que necesite de “órganos” para lograr sus fines, sino que es un instrumento jurídico del Estado. Tal instrumento jurídico, el proceso concursal, se desarrolla o se lleva adelante a través de órganos del Estado y el síndico concursal es uno de ellos.

Nos parece claro que el órgano estatal será también funcionario público cuando, conforme el ordenamiento jurídico, realice funciones, que comprometan al Estado y que nacen por intermedio de una norma general emanada de otro órgano estatal competente. Entendemos que la ley concursal, el estatuto del funcionario público llamado síndico, determina que en los procesos concursales, deberá actuar, necesariamente, una sindicatura que ejercerá un sinnúmero de funciones. Su designación, es independiente de la voluntad de las partes quienes no pueden oponerse al nombramiento de dicho funcionario, pues su actuación viene impuesta por voluntad estatal. Se trata de un sujeto llamado a actuar no por las partes, sino que es el Estado, que por política legislativa instrumenta la figura de la sindicatura dentro de los concursos.

El síndico en los concursos tiene atribuciones diversas de disímil importancia, siendo en algunos supuestos mero auxiliar del magistrado, consecuentemente sin autonomía decisoria, o alternativamente con poderes casi discrecionales y en otros supuestos un verdadero funcionario estatal con cierta autonomía. El estatuto del síndico concursal es la ley de la materia y ella determina las funciones que ejercerá el funcionario público (art. 254 primera parte LCQ). En principio el art. 275 LCQ realiza una exposición, no total de las funciones del síndico en los concursos, las cuales no quedan limitadas a dicha norma, porque existen otras funciones que surgen en general de la misma ley y también de otras leyes. En tal sentido las funciones concursales del síndico, como se las ha clasificado clásicamente, podrán ser administrativas, dictaminantes y procesales. Las primeras referidas a la faz activa del patrimonio, las segundas al pasivo concursal y las últimas son de carácter institucional, entre las que encontramos los deberes-facultades que le otorga el art. 33 LCQ y las surgidas del art. 275 LCQ entre otras.

## II. Síndico como parte

Cabe traer a colación la denominación del síndico, que hace la última parte del art. 275 LCQ, como “parte” en el principal y en los incidentes. Lo mismo ocurre con el párrafo tercero del art. 21 LCQ, reformado por la ley 26.086, respecto de los juicios no atraídos. Ley impone que el síndico sustituya la legitimación procesal del fallido, esto es sólo en lo relativo a los bienes desapoderados (doctr. art. 110 LCQ) e integre la relación procesal en los juicios en que el concursado preventivamente sea parte. El síndico es un funcionario público que actúa por imposición estatal, conforme lo determina la ley y no por voluntad de las partes del proceso, por lo que se trata de un sujeto imparcial en el concurso en resguardo del interés general. Parecería ineludible que si el síndico es órgano estatal y funcionario público, nunca podría ser parte.

Corresponde ahora delimitar el concepto de “parte” en sentido procesal del vocablo, para así poder entender la incompatibilidad del mismo con las funciones del síndico concursal. Es claro que la noción de parte, implica un enfrentamiento que se suscita por lo menos entre dos sujetos, únicamente sería aplicable a los procesos contenciosos, de allí el conocido principio de la dualidad de partes. Con estas simples apreciaciones podemos afirmar que existe incompatibilidad entre las funciones del síndico y el concepto de parte procesal. Entonces, ya existe una conclusión concreta, el síndico, como órgano o funcionario público, es imparcial, y por lo tanto nunca es parte. Se define al síndico como funcionario público, siempre viéndolo desde su ámbito funcional. No caben dudas de que la expresión “parte” o “parte necesaria” al referirse al síndico, es errónea o cuanto menos desafortunada, pues ella no modifica la naturaleza de la función sindical, técnica e imparcial, y nunca haría que tal funcionario pasase a ser contradictor como “parte” en algún proceso, salvo cuando se refiera a supuestos referidos a bienes desapoderados.

En tal sentido no caben dudas de que la función de dicho funcionario es la de cooperar con el órgano judicial para arribar a la correcta conformación del pasivo, encontrándose limitado su cometido a la instrucción y el asesoramiento técnico de aquél, debiendo emitir sus informes con independencia e imparcialidad. De ello se deriva claramente que el síndico no es parte, siendo su misión emitir un dictamen surgido de una “valoración técnica y objetiva no vinculante”.

### III. Síndico como sustituto procesal

Desde la sentencia de quiebra el fallido queda sustituido por el síndico en todo proceso judicial o administrativo referido a bienes desapoderados (sustitución procesal). Ello porque se entiende a la legitimación para estar en juicio como un acto de administración sobre los bienes involucrados, lo normado al respecto es una consecuencia general del desapoderamiento y de la pérdida de las facultades que ello conlleva. La legitimación *ad processum* del deudor, es plena en todo el proceso concursal, sin embargo, pierde la legitimación en la causa en aquellas actuaciones referidas a los bienes desapoderados en la quiebra (art. 110 LCQ). En la quiebra y sobre los bienes desapoderados podrá actuar con legitimación procesal pero no con legitimación en la causa, es decir que podrá intervenir en el proceso aunque la validez de dichos actos se vean limitados en cuanto ha perdido la legitimación causal, pudiendo ser inoponibles a los acreedores cuando no se realicen en beneficio del concurso, o mejor dicho, cuando sean contrarios a él (CSJN “Cakimún” 21/11/2006). La legitimación perdida por el fallido es ejercida por el síndico en favor de la quiebra. El desapoderamiento produce la pérdida de la *legitimatío ad causam* del fallido, es decir la posibilidad de obtener una sentencia de fondo que se pronuncie sobre su pretensión. Sin embargo, no se ve afectada la legitimidad procesal del fallido para excluir bienes del desapoderamiento, cuando así sea previsto legalmente conforme las excepciones del art. 108 LCQ. Nunca puede permitirse la legitimación del fallido que perjudique la composición de la masa activa del concurso.

En cuanto a la participación en la conformación de la masa pasiva o más precisamente en la etapa verifictoria, ya se han dejado de lado las discusiones de antaño, pues a partir de 1995 y como era corriente jurisprudencial, la segunda parte del art. 110 LCQ, permite, aunque a través de una superfetación, la actuación del deudor fallido, tanto en la etapa de verificación tempestiva como en la eventual. Entonces, en ningún caso el fallido se ve privado de la *legitimatío ad causam* en juicios referidos al pasivo concursal, ya sean que tramiten en el ámbito del concurso o fuera de él, la cual en la relación obligacional será pasiva, pero si ella la transpolamos a la *legitimatío ad processum*, podrá ser activa, cuando se oponga a la adquisición de fuerza de cosa juzgada de la incorporación de un crédito judicialmente admitido (revisión iniciada por el deudor) o pasiva en todo caso que se insinúe algún crédito concursal (en general en toda la verificación).

Concretamente en el supuesto del art. 110, primera parte LCQ, el síndico asume la legitimación en la causa perdida por el fallido, respecto de los juicios referidos a bienes desapoderados. El síndico sustituye al fallido. El síndico no sólo actuará como actor ejerciendo pretensiones a los fines de incorporar bienes al activo falencial, como por ejemplo las acciones de cobro de créditos, sino que también será parte para procurar que bienes no sean detraídos del activo desapoderado, como por ejemplo en una acción por exclusión de bienes por entenderse que los mismos quedan exceptuados del desapoderamiento. De la misma manera la legitimación para las acciones de recomposición patrimonial y de extensión de quiebra. Entonces, el síndico, adquirirá la calidad de parte, sustituyendo al fallido, ya sea como actor, como sería en las acciones reales o posesorias contra terceros y referidas a bienes desapoderados y en las acciones personales o de crédito que tenga el fallido; o también actuará como demandado en las acciones de reivindicación iniciadas por terceros sobre bienes en poder del fallido.

#### **IV. Legitimación para revisar o apelar una sentencia de verificación**

Existe una minoría que le otorga legitimación al síndico para promover la verificación, en resguardo del orden público y por ser contradictor legal cuando su dictamen fue desfavorable; y especialmente, en la quiebra, atento a la pérdida de la legitimación procesal del fallido, postulan que el funcionario actúa en defensa de intereses superiores en la correcta composición del pasivo (SATTA).

Disentimos de tal postura como lo hace la mayoría de la doctrina y lo ha resuelto la jurisprudencia, porque el síndico es un funcionario imparcial que actúa como dictaminante en la conformación del pasivo concursal, no ejerciendo roles de parte, ni de contradictor y el deudor sólo pierde la legitimación pasiva falencial respecto de los bienes afectados al desapoderamiento y expresamente se dispone que puede ser parte en los incidentes de revisión (doctr. art. 110, LCQ). En definitiva el síndico carece de interés, elemento fundamental para su legitimación. No le otorga legitimación defender el consejo contenido en su informe individual cuando el juez no lo compartió. El síndico no es parte en la etapa de determinación de pasivo concursal, las cargas procesales en esta etapa quedan en cabeza de los reales interesados como son el deudor y los acreedores.

Es que, por parte interesada, debe entenderse a todo aquél que de la impugnación pueda recibir una ventaja o que haya sufrido un perjuicio de la providencia del juez concursal, todo lo cual no le ocurre al síndico. En ese entendimiento, la sindicatura no es parte en ninguna etapa del proceso concursal, sino es un *órgano auxiliar* de la justicia, encontrándose sus tareas acotadas a la función técnica y de consejo, por tanto, ambos roles no pueden superponerse. Sostuvo PLÍNER (Cám. Civ. Com. Bahía Blanca, sala I RDCO, 1986-119) desde la doctrina judicial que “en el proceso de verificación de créditos el síndico no es parte en el sentido procesal del vocablo, ni representa un interés específico en las cuestiones que allí se debaten. Si, como instructor de ese proceso, investiga y reúne elementos de juicio que el magistrado valora, siguiendo o no la opinión o consejo del síndico, este no puede ser ‘parte’ en el incidente que pueda sobrevenir, puesto que ello importaría admitirle la doble calidad de juez –instructor- y parte en la controversia; como tampoco es concebible que quien sólo obró como asesor o consejero del juzgador pueda defender como parte el mero consejo o asesoramiento que prestó”.

En el marco de un concurso preventivo, el deudor no ha perdido su capacidad procesal en virtud del desapoderamiento atenuado, por lo tanto, carece de toda justificación que la sindicatura pretenda sustituirlo instando un incidente de revisión. Esta situación tampoco se ve alterada en el proceso falencial, ya que la pérdida de legitimación procesal se limita a los litigios referidos a los bienes desapoderados -masa activa-, no así a los juicios referidos a la masa pasiva -v. gr. revisiones o verificaciones tardías-, respecto de los cuales el fallido tiene interés en discutir las incorporaciones a la masa para tratar que el pasivo se vea reducido y/o defender su derecho al remanente (ALEGRIA-DI LELLA). El síndico solo participa en los incidentes de revisión o verificación como técnico imparcial.

En este punto cabe recordar la teoría sostenida por TRUFFAT, mediante la cual le asigna legitimación al síndico -en la quiebra- cuando el funcionario hubiera dictaminado en contra de la admisión de un crédito y el juez lo hubiera admitido (porque lo contrario importaría violación del deber consagrado por el art. 255 LCQ). La jurisprudencia ha resuelto que “la legitimación pasiva se integra obligatoriamente con el síndico, mientras que el fallido “puede también...hacerse parte en los incidentes de revisión y de verificación tardía” (art. 110, 2º párr. LCQ). El carácter obligatorio de la intervención de la sindicatura deviene como natural consecuencia del principal efecto de la sentencia de quiebra sobre el patrimonio del deudor, es decir,

el desapoderamiento (art. 107, LCQ) y la subsiguiente asunción por parte del órgano del concurso de las facultades de administración de los bienes y participación de los actos referentes a la disposición de los mismos (art. 109, LCQ). Por eso mismo la ley falimentaria en una norma potestativa como lo es el art. 110 autoriza al fallido para intervenir en la etapa eventual de conformación del pasivo (de allí que prescriba: ‘puede...hacerse parte...en los incidentes...de verificación tardía’), tomando distancia con el art. 56 que, para el caso del concurso preventivo, contempla la intervención obligatoria del concursado que “será” parte de la incidencia”. Concluye que de la propia redacción del art. 110 LCQ que consagra la legitimación procesal del fallido surge claro, en nuestro criterio, que el mismo no es el único que la posee. Si la ley le otorga al fallido la posibilidad de hacerse parte (“puede”) le da también, por propia lógica, la posibilidad de no ejercer esta facultad, por lo que en los incidentes de revisión y de verificación tardía que se inicien en los que el fallido no hiciera uso de la facultad, no existiría contradictor sino consideráramos que el síndico puede ocupar este rol (STJ Córdoba, 20/4/2005 “Sánchez”).

Tal orientación se constituye en una peligrosa resolución judicial *a piacere* que destruye la seguridad jurídica. Pueden verse innumerables antecedentes puntuales donde se le otorga al síndico la legitimación necesaria para que la alzada solamente revoque el fallo que a ella misma disconforma. Se resolvió que “asiste razón a la sindicatura apelante, ya que si bien el principio general indica que la misma carece de legitimación para interponer el mentado recurso en los incidentes de verificación tardía, las circunstancias excepcionales de este caso ameritan el apartamiento de dicha premisa. Ello porque, de no admitirse el recurso, se estaría convalidando una incorporación al pasivo concursal reñida totalmente con los principios generales del derecho concursal y en franca afectación de la *pars conditio*, dada la clara vulneración de la cosa juzgada y del fuero de atracción, tal como lo señala el síndico (“Bernat” Cám. Civ. Com. Bahía Blanca, sala I, 28/11/2017). Anteriormente en el mismo antecedentes (4/5/2017) se resolvió que la apelación del síndico “nunca podría entenderse vedada al amparo de los principios de economía y celeridad que justifican esa restricción recursiva, desde que, en la especie, son precisamente las desacertadas providencias del magistrado las que impiden su efectividad (art. 2 CCivCom). Es que no resiste el menor análisis la injustificable suspensión del trámite del concurso preventivo, nada menos que en el crucial momento en que el juez -en ausencia de impugnaciones o tras sustanciarse las mis-

mas- debe finalmente abocarse a la consideración de la propuesta de pago conformada por los acreedores, por la circunstancia de resultar apelada la resolución que ordenó el pronto pago de dos créditos laborales. Recurso cuya consideración -de toda obviedad- no puede entorpecer el decurso natural del trámite rehabilitatorio en su momento más trascendente”.

No cabe concluir sin antes agregar otro argumento más para postular la falta de legitimación del síndico para revisar o apelar sentencias verificatorias, cual es, la posibilidad de hacer cargar con las costas al concurso (art. 24o LCQ) de la revisión o apelación perdida. Puesto que, al ser auxiliar de la justicia, no cargaría con las costas por la pretensión rechazada, sino que lo haría los acreedores conformantes de la “masa”, lo que dejaría en manos del síndico la incertidumbre de agravamiento el pasivo por conducta procesal negligente en las citadas incidencias.

## V. Conclusiones

1. Como ha quedado determinado en la ley concursal la que se constituye en su estatuto, el síndico es un órgano del concurso y/o un funcionario público.
2. El síndico únicamente actúa como parte, sustituyendo al fallido en las acciones referidas a los bienes desapoderados pero nunca en la constitución del pasivo donde actúa como componente del oficio concursal, siendo imparcial con actuación técnica.
3. En la quiebra y sobre los bienes desapoderados el síndico ejerce la legitimación causal perdida por el fallido, es decir la posibilidad de obtener una sentencia de fondo que se pronuncie sobre la pretensión, pero ello nunca puede permitirse en la composición de la masa pasiva concursal.
4. Sin *legitimatio ad causam* el síndico no tiene legitimación para revisar una sentencia de verificación tempestiva ni para apelar una sentencia de verificación incidental, incluso en caso de quiebra.
5. El hecho de que el juez en su sentencia se aparte del informe del síndico, no le otorga a éste legitimación para impugnarla por carecer de un interés tutelable legítimo para ello (ni público en interés legal, ni privado en interés como parte).

## La prescripción concursal a la luz de la reforma fiscal de la ley 27.430

*Jorge Fernando Fushimi*

### Sumario

La reciente Ley de Reforma Fiscal N° 27.430, publicada en el Boletín Oficial con fecha 29 de diciembre de 2017, introdujo -a través de su artículo 209- un artículo sin número incorporado a continuación del art. 69 de la Ley de Procedimiento Tributario N° 11.683 (y sus modificatorias, texto ordenado en 1998, en adelante abreviaré LPrT), el cual establece lo siguiente: Artículo s/N° incorporado a continuación del art. 69: *Las causales de suspensión e interrupción establecidas en esta ley resultan aplicables respecto del plazo de prescripción dispuesto en el artículo 56 de la ley 24.522 y sus modificaciones. La presentación en concurso preventivo o declaración de quiebra del contribuyente o responsable, no altera ni modifica los efectos y plazos de duración de las causales referidas en el párrafo precedente, aun cuando hubieran acaecido con anterioridad a dicha presentación o declaración. Cesados los efectos de las referidas causales, el Fisco contará con un plazo no menor de seis (6) meses o, en su caso, el mayor que pudiera restar cumplir del término de dos (2) años, previsto en el artículo 56 de la ley 24.522 y sus modificaciones, para hacer valer sus derechos en el respectivo proceso universal, sin que en ningún caso la verificación se considere tardía a los fines de la imposición de costas.* De esta manera, motu proprio, a través de la ley procedimental tributaria, el organismo fiscal obtuvo dos beneficios: el de extensión del plazo de prescripción general prescripto en el art. 56 LCQ, y un plazo adicional para efectuar su verificación -aún fuera del plazo fijado judicialmente- sin que deba soportar las costas de la verificación tardía. Ello no implica que el trámite a seguir sea el mismo que el de la verificación tempestiva, sino que -dentro del plazo prolongado- no soportará las costas de la tardía.

La norma, de alguna manera, viene a poner un orden respecto de

las cuestiones vinculadas a la prescripción concursal, que se fueron planteando a lo largo del tiempo, en una serie de cuestiones como el plazo de prescripción, las causales de interrupción, de suspensión y de dispensa del plazo prescriptivo, y -creemos- contribuye a una mejor y mayor armonización de las normas, aún cuando quedarán algunas cuestiones pendientes de resolución a futuro.

## 1. La prescripción concursal

El art. 56 de la Ley de Concursos y Quiebras N<sup>o</sup> 24.522 y sus modificatorias (en adelante abreviaré LCQ), establece que los efectos del acuerdo homologado se aplican también a los acreedores que no hubieran solicitado verificación, una vez que hayan sido verificados a través del procedimiento incidental de verificación tardía. Este pedido de verificación tardía debe deducirse dentro de los dos años de la presentación en concurso. Vencidos esos plazos prescriben las acciones del acreedor, tanto respecto de los otros acreedores como del concursado, o terceros vinculados al acuerdo, salvo que el plazo de prescripción sea menor. El penúltimo párrafo del referido artículo, prevé una excepción a la regla, que se produce cuando el título verificadorio fuera una sentencia de un juicio tramitado ante un tribunal distinto que el del concurso, en cuyo caso 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.

La norma, pues, respeta el principio de *pars conditio creditorum* y todos los acreedores quedan sujetos al mismo plazo de prescripción general para la extinción de las obligaciones cuando el contribuyente se hubiere presentado en concurso preventivo. Al respecto, la doctrina ha señalado que el plazo de prescripción del art. 56 LCQ “*se aplica por igual a créditos quirografarios y privilegiados*”.

Se ha señalado –con acierto– que este plazo de prescripción abreviado sólo se produce en el caso de los concursos preventivos exitosos, y no en los concursos preventivos fracasados, sea por desistimiento, sea por quiebra indirecta<sup>2</sup>. Consideramos que, además, el plazo

---

<sup>1</sup> RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio; VÍTOLO, Daniel Roque: LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS – 3<sup>a</sup> EDICIÓN ACTUALIZADA, Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Pág. 69.

<sup>2</sup> ROUILLON, ADOLFO A.N.: RÉGIMEN DE CONCURSOS Y QUIEBRAS – LEY 24.522, 17<sup>a</sup>. Edición, Ed. Astrea, Bs. As. 2015, pág. 159.

de prescripción abreviado también rige para el acuerdo preventivo extrajudicial (APE) que obtuvo su homologación judicial, conforme lo previsto por el art. 76 LCQ. Coincidimos con Junyent Bas y Molina Sandoval<sup>3</sup>, cuando éstos expresan que se produce una situación anómala en la quiebra indirecta por fracaso o frustración del concurso preventivo, y hubieran transcurrido más de dos años desde la fecha de presentación en concurso preventivo, ya que explican que *“alguna situación conflictiva se genera en relación a los plazos de prescripción y la quiebra indirecta. El problema se vincula con el plazo de prescripción especial transcurrido íntegramente durante el concurso preventivo (pero sin declaración expresa de prescripción) y el renacimiento del plazo de prescripción ordinario en la quiebra”*.

## 2. Prescripción concursal vs. Prescripción tributaria

En materia de créditos del fisco nacional, existía una colisión de normas e intereses, por cuanto la Ley 11.683 de Procedimiento Tributario (y sus modificaciones, t.o. 1998), establece que las acciones del fisco prescriben a los cinco (5) años si se tratan de contribuyentes inscriptos o contribuyentes no inscriptos por no tener la obligación legal de hacerlo; y a los 10 (diez) años, si se trata de contribuyentes no inscriptos que incumplen con el deber legal de registrarse ante el organismo fiscal. La colisión de plazos de prescripción se agrava si se aplica lo dispuesto por el art. 1º de la LPrT, que prevé la autonomía del derecho tributario y su primacía respecto del derecho privado, en lo referente a la relación fisco-contribuyente. La colisión de normas entre la prescripción concursal y la de la ley de procedimiento tributario fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Administración Federal de Ingresos Públicos -DGI- s/casación en autos: ‘Bodegas y Viñedos El Águila SRL s/concurso preventivo – revisión”<sup>4</sup> al dejar en claro que el pla-

<sup>3</sup> JUNYENT BAS, Francisco; MOLINA SANDOVAL Carlos A.: LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS – LEY 24.522 COMENTADA Y ACTUALIZADA SEGÚN LEYES 25.589, 26.086 Y 26.684 Tercera Edición (2 Vol.), Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2011, pág. 475.

<sup>4</sup> “Administración Federal de Ingresos Públicos -DGI- s/casación en autos: ‘Bodegas y Viñedos El Águila SRL s/concurso preventivo – revisión” C.S.J.N. 11/08/2009. En este fallo, la CSJN intervino por interposición de recurso extraordinario por parte de la AFIP, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en la causa “Verificación tardía AFIP-DGI en Expte. 17.214/00, Bodegas y Viñedos El Águila SRL - concurso preventivo”, que

zo de prescripción aplicable es el del art. 56 LCQ. Con este fallo, la CSJN dejó atrás la opinión de cierta parte de la doctrina que sostenía –equivocadamente a nuestro entender– lo contrario<sup>5</sup>

Nos explicamos: carece de relevancia la competencia jurisdiccional

ratificaba el fallo de la Cámara en lo Civil, Comercial y de Minas de la segunda circunscripción judicial, declarando que el plazo de prescripción aplicable era el del art. 56 LCQ. Al respecto, el dictamen de la Sra. Procuradora General de la Nación: *Por lo demás, el Fisco Nacional impugna la sentencia del a quo al entender que la prescripción de su crédito contra la firma Bodegas y Viñedos El Águila SRL ha de regirse por el plazo quinquenal establecido en el art. 56, inc. a), de la ley de procedimientos tributarios (t.o. en 1998 y sus modificaciones). A mi modo de ver, la sentencia apelada resulta ajustada a derecho y a las circunstancias de la presente causa. En efecto, es cierto -como lo afirma la AFIP- que el derecho tributario ha ganado autonomía como rama del ordenamiento jurídico, por los conceptos, principios, institutos y métodos con el que cuenta. Pero también lo es que las normas tributarias no deben quedar al margen de la unidad general del derecho, sino que han de compatibilizarse, necesariamente, con los principios generales del derecho (públicos o privados) en cuanto éstos tengan vigencia general en todo el orden jurídico (arg. Fallos: 297:500). Por otra parte, ha de tenerse presente que es clara la pauta hermenéutica que postula que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilia y deja a todas con valor (Fallos: 319:68; 320:1909 y 2656; 323:2117). Además, la interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada norma por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse que todas se atiendan teniendo en cuenta los fines de las demás y considerárselas como dirigidas a colaborar en su ordenada estructuración (Fallos: 319:1311). En el supuesto planteado en sub iudice, se trató de un proceso concursal, regido por la ley 24.522, norma dictada por la misma autoridad nacional de la cual, a su vez, emanó el Art. 56 de la ley 11.683, motivo por el cual no puede hablarse, a mi juicio, de prelación de normas, sino que debe discernirse cuál de ellas es la que rige la prescripción del crédito que tardíamente, por vía incidental, pretende verificar el Fisco Nacional. Tengo para mí que, tal como adelanté, la interpretación normativa realizada por el a quo resulta ajustada a las citadas pautas hermenéuticas, puesto que la especificidad de aquellos procesos que, como el concursal, por sus características de universalidad, requieren de la unidad de criterios y de pautas uniformes y seguras, hacen que el crédito fiscal que es anterior a la presentación en concurso de Bodegas y Viñedos El Águila SRL, se vea afectado por éste y, en tales condiciones, se reduzca su plazo de prescripción al establecido, de manera clara y terminante, por el sexto párrafo del art. 56 de la ley de concursos y quiebras.*

<sup>5</sup> LAMAGRANDE, Marina C.: “La prescripción del crédito tributario y la ley 24522” - LL - Imp. - T. 1999-B - pág. 2274, sostuvo: “El derecho federal es derecho constitucional y por lo tanto tiene supremacía sobre el resto. justamente el derecho procesal constitucional tiende a asegurar esa supremacía constitucional. Lo expuesto es suficiente para abonar nuestra tesis en el sentido que las disposiciones sobre prescripción de la L. 11683 deben primar sobre las de la L. 24522”

de la materia. Es decir, no procede considerar que porque el derecho tributario nacional sea competencia federal, ésta haga sustraer al organismo fiscal de las prescripciones de la ley concursal. Si así fuera, ni siquiera estaría obligada a requerir verificación de créditos. El principio de supremacía normativa que prescribe el art. 1° LPrT, sólo procede para la relación fisco contribuyente, en tanto se limite a la cuestión tributaria exclusivamente. Pero el fisco, en tanto acreedor, no tiene más privilegios que los conferidos por la ley concursal, y por ende, queda supeditado a sus disposiciones.

Desde otra óptica, resulta un error conceptual sostener que el derecho federal sea derecho constitucional, ya que también el derecho privado es derecho constitucional, a partir de las prescripciones del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Es decir, desde el punto de vista constitucional, ni el derecho público, ni el derecho privado; ni el de competencia federal, o el de competencia ordinaria, tienen preeminencia uno sobre el otro. Por tal motivo, consideramos que no existen razones válidas para que el organismo fiscal pretenda eximirse de las disposiciones concursales, en todos sus aspectos. Esta ha sido la opinión de la propia CSJN en el fallo citado, cuando se expresa que el proceso concursal está regido por la ley 24.522, y ésta norma ha sido dictada por la misma autoridad nacional de la cual, a su vez, emanó el Art. 56 de la ley 11.683, por lo que debe hacerse una interpretación sistemática y sistémica que es la que permite concluir con lo hizo.

### **3. Interrupción, suspensión y dispensa del plazo de prescripción concursal**

Desde temprano, la doctrina y la jurisprudencia, establecieron que siendo -el fijado por el art. 56 LCQ- un plazo de prescripción, éste estaba también alcanzado por las hipótesis de suspensión e interrupción de la prescripción, y también por la dispensa prescripta por el art. 3980 del CC. El Código Civil y Comercial, por su parte, ha sistematizado y simplificado el esquema de estos institutos, separando en un artículo propio (el 2550 CCC), a la dispensa judicial, que en el art. 3980 del CC, se confundía con uno de las causales de suspensión. Bien señala Boquín<sup>6</sup> que no habiendo disposiciones expresas sobre suspensión, interrupción y dispensa de la prescripción, rigen supletoriamente las disposiciones del Código Civil y Comercial, en particular, por lo establecido por el art. 2532 CCC.

<sup>6</sup> BOQUÍN, Gabriela F.: INCIDENCIAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL – DERECHO CONCURSAL, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2016, pág. 123.

**Interrupción de la prescripción:** La forma natural de interrumpir la prescripción concursal, es a través de la verificación de créditos tempestiva, conforme lo prevé el propio art. 32 LCQ. Igualmente, la demanda de verificación tardía incoada dentro de los dos años a contar desde la fecha de presentación en concurso preventivo, interrumpe la prescripción. Una vez abierto el concurso preventivo, rige la prohibición de entablar nuevas demandas en contra del concursado (cfr. art. 21 LCQ), salvo que se trataran de acciones laborales a las cuales se les denegó el beneficio del pronto pago (cfr. art. 16 y 21 LCQ), por lo tanto sólo las demandas laborales incoadas con posterioridad a la apertura del concurso preventivo tendrán capacidad interruptiva.

La cuestión se plantea, respecto de las causales de interrupción que dependen del deudor, principalmente en materia tributaria, atento a que el Art. 67 LPrT prevé que -además de la demanda ejecutiva- también operan como actos interruptivos: a) El reconocimiento expreso o tácito de la obligación impositiva; y b) La renuncia al término corrido de la prescripción en curso. Un ejemplo de éstas hipótesis sería el acogimiento voluntario a un plan de facilidades de pago, o una moratoria. La Corte Suprema de Mendoza<sup>7</sup> ha dictado algunos lineamientos al respecto, aceptando tanto las causales interruptivas que dependen del deudor (como la renuncia al plazo de prescripción corrido, o el reconocimiento de deuda), como de las que dependen de deudor y acreedor (tal el caso del sometimiento de la causa a árbitros, hipótesis no prevista en la ley tributaria).

**La dispensa legal del art. 56 LCQ:** El art. 56 LCQ, contiene una dispensa legal, al establecer que 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. Decimos que es dispensa y no suspensión, por cuanto la primera opera una vez transcurrido íntegramente el plazo de prescripción, mientras que la suspensión y la interrupción sólo tienen virtualidad en la medida en que el plazo de prescripción no haya operado. La dispensa no es de plazo determinado y en tal

---

<sup>7</sup> AFIP en J:74150/33948; AFIP en J:72024 Vidimen SA s/concurso preventivo. Incidente de verificación por incidentes TRIBUNAL: Sup. Corte Just. Mendoza Sala I, 19/03/2013, Errepar Online, Cita digital: EOLJU167923A.

sentido discrepamos con Gebhardt<sup>8</sup>, quien sostiene que el plazo de prescripción se convierte en uno de dos años y seis meses. La norma no expresa esto, sino que es necesario esperar a la conclusión de la causa no tramitada ante el tribunal del concurso, luego a que la resolución quede firme, y recién allí comenzará a computarse el plazo de seis meses para la solicitud de verificación.

La idea de que la verificación no se considere tardía, es absurda. Efectivamente el título verificadorio será la sentencia y -consecuentemente- no será necesario acreditar mayores cuestiones en el proceso incidental, pero no menos cierto es que esta demanda verificadoria deberá tramitar por la vía incidental, y deberán abonarse los aranceles del art. 32 o 200 LCQ al síndico, aunque no se aplicarán las costas al incidentista tardío, atento a las circunstancias enunciadas (cfr. Gebhardt<sup>9</sup>).

Pero, establecido que el plazo de prescripción concursal que se aplica en relación a la Administración Federal de Ingresos Públicos es el del art. 56 LCQ, queda por dilucidar si las causales de dispensa de la prescripción del art. 56 LCQ, aplicables al caso, son los de la ley de procedimiento tributario, o bien los del Código Civil y Comercial. En el caso Gregorio G. Cosimatti<sup>10</sup>, del 9/4/1987 (fallos 310:785)<sup>10</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que el denominado “fuero de atracción” no operaba respecto de los procedimientos administrativos de determinación de deuda, por lo que podían continuar tramitándose pese a la apertura del concurso. El concepto fue reforzado en la causa Gauchat, Enrique Pedro<sup>11</sup> en relación a un trámite que ventilaba en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con motivo de un recurso de apelación interpuesto por el concursado frente a un fallo del Tribunal Fiscal de la Nación. Bien señala Villoldo<sup>12</sup> que esta línea argu-

<sup>8</sup> GEBHARDT, Marcelo: LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS 24.522 Y MODIFICATORIAS (2 Vol.), Ed.Astrea, Bs. As. 2008, Tomo I, pág. 288.

<sup>9</sup> GEBHARDT, Marcelo, ob cit. 288/289.

<sup>10</sup> Cosimatti, Gregorio G. s/conc. merc. prev. Impuestos (Errepar); Corte Sup. Just. Nac.09/04/1987, Cita digital: EOLJU131310A.

<sup>11</sup> G. 642. XXXVII. Gauchat, Enrique Pedro (TF 11. 648- I) c/ D.G.I , 04/07/2003: *“Hasta el dictado de la sentencia definitiva del tribunal de revisión, la causa deberá continuar en dicho ámbito; es decir que corresponde el tratamiento del recurso pendiente por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y en su caso de confirmarse el fallo del Tribunal Fiscal deberá remitirse la causa para su ulterior trámite al juzgado del concurso”*.

<sup>12</sup> VILLOLDO, Juan M.: “Tres cuestiones conflictivas en la verificación de créditos fiscales a la luz de la jurisprudencia reciente”

mental, fue fijada originalmente por lo que él denomina “leading case” Zanella San Luis SAIC c/DGI Cám. Nac. Cont. Adm. Fed.Sala I, 07/12/1999<sup>13</sup>. La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial<sup>14</sup> entendió que, siendo así las cosas, para el Fisco Nacional (en relación a los pleitos que se sustanciaban en otras sedes, incluso administrativa), se producía la misma hipótesis que para aquellos que optaron por continuar el trámite del juicio de conocimiento, por lo que no se consideraba que existía prescripción si -pese a haberse vencido el plazo de dos años para hacerlo- la demanda de verificación se interponía dentro de los seis meses de haberse dictado la resolución en el tribunal de origen. Por lo tanto, no siendo el proceso administrativo y el contencioso respectivo, procesos atraídos al concurso, éstos pueden continuar su desarrollo hasta obtener sentencia definitiva, y -en tales casos- también opera la dispensa prevista en el art. 56 LCQ.

La suspensión de la prescripción en materia impositiva, está regulada en los arts. 65, s/N<sup>o</sup> a continuación del 65 y 66 de la LPrT<sup>15</sup>.

---

Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), Tomo: XXV, Bs. As. Octubre 2004.

<sup>13</sup> Zanella San Luis SAIC c/DGIZanella San Luis SAIC c/DGI Impuestos (Errepar), Cám. Nac. Cont. Adm. Fed.Sala I, 07/12/1999. Cita digital: EOLJU113714A “*Empero, cuando la determinación de oficio ha sido objeto de recurso ante el Tribunal Fiscal, y toda vez que no se trata de un “juicio de contenido patrimonial contra el concursado”, rigen en plenitud las disposiciones específicas de la ley 11.683. Entre ellas cabe mencionar aquella que impide al Fisco el libramiento de la boleta de deuda sino hasta “los treinta (30) días desde la notificación de la sentencia (del Tribunal Fiscal) o desde la notificación de la resolución que apruebe la liquidación practicada” (art. 176 ley 11.683, t.o. 1998). En concordancia con la limitación que constriñe al Fisco para reclamar los importes resultantes de una determinación de oficio que se encuentra recurrida ante aquél organismo jurisdiccional, la ley prevé que “Cuando mediere recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal la suspensión, hasta el importe del tributo liquidado, se prolongará hasta noventa (90) días después de notificada la sentencia del mismo que declare su incompetencia, o determine el tributo, o apruebe la liquidación practicada en su consecuencia” (art. 68, ley 11.683, t.o. 1998)*”.

<sup>14</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, Entertainment Depot S.A. s/ concurso preventivo s/incidente de verificación de crédito (p/ AFIP). • 10/12/2012. Thomson Reuters Online, Cita Online: AP/JUR/4678/2012.

<sup>15</sup> Art. 65 LPr.T.: Se suspenderá por un año el curso de la prescripción de las acciones y poderes fiscales:

a) Desde la fecha de intimación administrativa de pago de tributos determinados, cierta o presuntivamente con relación a las acciones y poderes fiscales para exigir el pago intimado. Cuando mediere recurso de apelación ante el TRIBUNAL FISCAL DE LA NACION, la suspensión, hasta el importe del tributo liquidado, se prolongará hasta NOVENTA (90) días después de notificada la

La principal causa de suspensión, es la intimación administrativa sentencia del mismo que declare su incompetencia, o determine el tributo, o apruebe la liquidación practicada en su consecuencia.

Cuando la determinación aludida impugne total o parcialmente saldos a favor del contribuyente o responsable que hubieren sido aplicados a la cancelación —por compensación— de otras obligaciones tributarias, la suspensión comprenderá también a la prescripción de las acciones y poderes del Fisco para exigir el pago de las obligaciones pretendidamente canceladas con dichos saldos a favor.

La intimación de pago efectuada al deudor principal, suspende la prescripción de las acciones y poderes del Fisco para determinar el impuesto y exigir su pago respecto de los responsables solidarios.

b) Desde la fecha de la resolución condenatoria por la que se aplique multa con respecto a la acción penal. Si la multa fuere recurrida ante el TRIBUNAL FISCAL DE LA NACION, el término de la suspensión se contará desde la fecha de la resolución recurrida hasta noventa (90) días después de notificada la sentencia del mismo.

c) La prescripción de la acción administrativa se suspenderá desde el momento en que surja el impedimento precisado por el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley N° 23.771 hasta tanto quede firme la sentencia judicial dictada en la causa penal respectiva.

Se suspenderá mientras dure el procedimiento en sede administrativa, contencioso-administrativa y/o judicial, y desde la notificación de la vista en el caso de determinación prevista en el artículo 17, cuando se haya dispuesto la aplicación de las normas del Capítulo XIII. La suspensión alcanzará a los períodos no prescriptos a la fecha de la vista referida.

d) Desde el acto que someta las actuaciones a la Instancia de Conciliación Administrativa, salvo que corresponda la aplicación de otra causal de suspensión de mayor plazo.

También se suspenderá desde el dictado de medidas cautelares que impidan la determinación o intimación de los tributos, y hasta los ciento ochenta (180) días posteriores al momento en que se las deja sin efecto.

La prescripción para aplicar sanciones se suspenderá desde el momento de la formulación de la denuncia penal establecida en el artículo 20 del Régimen Penal Tributario, por presunta comisión de algunos de los delitos tipificados en dicha ley y hasta los ciento ochenta (180) días posteriores a la comunicación a la Administración Federal de Ingresos Públicos de la sentencia judicial firme que se dicte en la causa penal respectiva. (Inciso sustituido por art. 208 de la Ley N° 27430 B.O. 29/12/2017. Vigencia: el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y surtirán efecto de conformidad con lo previsto en cada uno de los Títulos que la componen. Ver art. 247 de la Ley de referencia)

Artículo...: Se suspenderá por ciento veinte (120) días el curso de la prescripción de las acciones y poderes del Fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos regidos por la presente ley y para aplicar y hacer efectivas las multas, desde la fecha de notificación de la vista del procedimiento de determinación de oficio o de la instrucción del sumario correspondiente, cuando se tratare del o los períodos fiscales próximos a prescribir y dichos actos se notificaran dentro de los ciento ochenta (180) días corridos anteriores a la fecha en que se produzca la correspondiente prescripción.

de pago de tributos determinados cierta o presuntivamente, en cuyo caso, a tenor de lo dispuesto por la reforma de la Ley 27.430, será el Fisco quien deba acreditar que tal intimación administrativa fue cursada en legal forma, y debidamente receptada por el deudor, para valerse del efecto suspensivo del mismo.

#### **4. La reforma fiscal y el art. Sin número a continuación del 69 lprt**

Transcribimos aquí, la nueva norma introducida por la reforma impositiva de la Ley 27.430: (Artículo s/Nº incorporado a continuación del art. 69): *Las causales de suspensión e interrupción establecidas en esta ley resultan aplicables respecto del plazo de prescripción dispuesto en el artículo 56 de la ley 24.522 y sus modificaciones. La presentación en concurso preventivo o declaración de quiebra del contribuyente o responsable, no altera ni modifica los efectos y plazos de duración de las causales referidas en el párrafo precedente, aun cuando hubieran acaecido con anterioridad a dicha presentación o declaración. Cesados los efectos de las referidas causales, el Fisco contará con un plazo no menor de seis (6) meses o, en su caso, el mayor que pudiera restar cumplir del término de dos (2) años, previsto en el artículo 56 de la ley 24.522 y sus modificaciones, para hacer valer sus derechos en el respectivo proceso universal, sin que en ningún caso la verificación se considere tardía a los fines de la imposición de costas.*

La norma, pues, tiene diversas aristas:

- a) En primer lugar, resulta evidente que somete a la AFIP a los plazos de prescripción de la ley concursal, y en particular del art. 56 LCQ, en caso de concurso preventivo.
- b) En segundo lugar, establece que el plazo de prescripción concursal, en relación al fisco, puede ser suspendido o interrumpido por las causales prevista entre los arts. 65 y sin número incorporado a continuación del 69. Esto significa que se puede interrumpir no sólo por la verificación tempestiva o la tardía, sino por el reconocimiento expreso o tácito de la obligación tributaria, o por la re-

---

ARTICULO 66 — Se suspenderá por DOS (2) años el curso de la prescripción de las acciones y poderes fiscales para determinar y percibir tributos y aplicar sanciones con respecto a los inversionistas en empresas que gozaren de beneficios impositivos provenientes de regímenes de promoción industriales, regionales, sectoriales o de cualquier otra índole, desde la intimación de pago efectuada a la empresa titular del beneficio.

nuncia al plazo de prescripción corrido.

- c) La presentación en concurso no altera ni modifica los efectos y plazos de duración de las causales de suspensión, ni afecta al de interrupción acaecido.
- d) A partir del cese de la causal (entendemos que la suspensiva, ya que la interruptiva debería haber cesado, salvo que se trate de un proceso administrativo o contencioso administrativo en trámite), el fisco contará con un plazo adicional de 6 meses (o el mayor que fuese, hasta cumplir los dos años), para hacer valer sus derechos en el proceso universal. No se justifica la explicación, toda vez que si se está dentro de los dos años del período de prescripción, y éste fuese mayor que los seis meses de gracia prescriptos por la ley tributaria, pues directamente no existen razones para solicitar la gracia.
- e) En tales casos, la verificación no se considerará tardía, sólo en relación a la imposición de costas.

## 5. Conclusión

Consideramos la norma es adecuada para la armonización de la normativa tributaria con la concursal. La cuestión seguirá generando algunos interrogantes, tal el caso de cómo debe computarse la suspensión de la prescripción o la interrupción de la prescripción, ya que -mientras en el derecho común, el plazo de prescripción se computa a partir de la fecha de vencimiento de la obligación (al menos, como regla general)-, en materia tributaria ésta comienza a correr a partir del primer día de enero del año siguiente al que se produjo el vencimiento de la obligación tributaria, o bien, a contar desde el día en que cesó la causal suspensiva. Nos anticipamos a decir que tal forma de cálculo del plazo de prescripción no tiene cabida en el ordenamiento concursal y debe someterse a la forma ordinaria, pero esto es sólo una aproximación.

Desde lo práctico, tiene de positivo el evitar mayores discusiones acerca de los institutos, al haberse sometido, en lo evidente, el fisco nacional al conjunto de resoluciones judiciales que fueron cincelandó la figura actual.



## **Verificación de créditos sustentados en títulos valores abstractos (Hay vida más allá de Diffry y Translínea)**

*Jorge Fernando Fushimi*

### **Sumario**

El tema de esta ponencia no es novedoso. De hecho, me atrevo a asegurar que la doctrina está absolutamente conteste en relación al tema, y ha sido abordado (lo podremos ver en las citas al pie), por innumerables autores. Trata sobre la verificación de títulos de créditos abstractos, es decir, aquellos que están desvinculados de la causa jurídica que les dio origen, el negocio original, condición necesaria –junto a la autonomía– para que estos títulos puedan circular con razonable seguridad jurídica.

Los fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, conocidos como Difry y Translínea (véanse sus denominaciones completas, en el cuerpo de la ponencia), parecieron indicar que en todos los casos el acreedor insinuante debía indicar y acreditar la causa jurídica que dio nacimiento al crédito titulizado mediante cheques o pagarés, lo que –en muchos casos– fue de aplicación casi automática. Poco transcurrió hasta que la realidad económica y jurídica se impusiera sobre tal doctrina y se volviera a los cánones normales. Sin embargo, decenas y decenas de pedidos de verificación de créditos son impugnados por los síndicos concursales, en los informes individuales, al aplicar automáticamente la doctrina de tales fallos, y sin realizar las compulsas e indagaciones necesarias, convirtiéndose así el síndico en un instrumento necesario para la licuación del pasivo del concursado o del fallido.

Así, pues, la finalidad de este trabajo, es poner el tema –nuevamente– en el tapete, para evitar malas praxis sindicales.

## 1. Introducción

La verificación de créditos, es una etapa necesaria dentro de los procesos concursales (sea concurso preventivo o quiebra). En esencia es la principal manera<sup>1</sup> de insinuación al pasivo concursal o fallencial, y la vía idónea para la determinación del mismo (aunque no la única). Tanto el artículo 32 de la Ley 24.522 (y sus modificaciones) de Concursos y Quiebras (en adelante abreviaré LCQ), como el art. 200 LCQ, establecen que el sedicente acreedor en el concurso preventivo o en la quiebra, debe requerir al síndico la verificación de su crédito, *indicando* monto de crédito, su causa y su privilegio.

La cuestión sobre la indicación o invocación de la causa, no es una cuestión menor. Como regla general, diremos que la norma hace referencia a señalar cuál es el negocio jurídico que dio origen al crédito, es decir la causa fuente de la obligación cuya verificación se pretende. Esto así, por cuanto el proceso de análisis de la procedencia del pasivo que hace el síndico y sobre cuya base aconseja al juez su verificación o no, evita la producción de pruebas por la parte interesada (acreedor) o del deudor en demostrar la inexistencia o improcedencia del crédito insinuado. Pero, insistimos, es el síndico quien –a través de las compulsas prescriptas por la ley– realiza las indagaciones para determinar si procede la admisión al pasivo concursal, o su rechazo, y así lo hace saber al juez a través de su informe individual.

Sin embargo, se plantea una cuestión compleja cuando el crédito que se pretende verificar está instrumentado solamente a través de títulos de créditos abstractos como podrían ser los cheques, los cheques de pago diferido, letras de cambio o pagarés. Como ya hemos analizado, estos títulos están desvinculados de la causa que los origina, y cada transmisión legítima convierte en tenedor legítimo y autónomo del crédito que emerge del título, por tal motivo, en condiciones normales, cualquier tenedor legítimo puede ejecutar el título a través de un procedimiento sumario (sumario, sumarísimo o ejecutivo según cada jurisdicción), sin necesidad de invocar, ni acreditar la causa, que ni siquiera es objeto de debate en el proceso.

---

<sup>1</sup> Decimos “principal manera”, por cuanto no es la única posible, ya que el acreedor puede intentar acceder por verificación tardía, o por el proceso de conocimiento en trámite que optó por continuar en el juzgado de radicación. Por su parte, el trabajador puede intentarlo a través del requerimiento del “pronto pago”, o bien a través del juicio laboral

Esta característica de abstracción, pues, entra en colisión con la necesidad de invocar la causa que dio origen al nacimiento del crédito contenido en el título.

A su vez, tal colisión permite o facilita las condiciones para el denominado *consilium fraudis*, esto es, la posibilidad de que el deudor –en connivencia con acreedores reales o simulados– incrementa artificialmente su pasivo (y la cantidad de acreedores) mediante el simple ardid de emitir títulos valores abstractos cuya causa no debería ser invocada en el proceso concursal, atento a su naturaleza jurídica, y así perjudicar a los acreedores legítimos.

## **2. La doctrina de los casos *Translínea S.A. C/electrodinie S.A. Y difry S.A.***

El problema indicado más arriba fue detectado tempranamente por los diversos magistrados del país, ya bajo imperio de la ley 19.551 del año 1972, y –como señalan Roitman y Di Tullio<sup>2</sup>– se generaron dos corrientes jurisprudenciales y doctrinarias: por una parte los que sostenían la prevalencia de la abstracción del título, tornando innecesaria la invocación y acreditación eventual de la causa<sup>3</sup>; y por otra parte, quienes sostenían que la característica de abstracción conferida por la ley cambiaría cedía ante la necesidad de determinar con precisión el pasivo concursal, y –consecuentemente– se debía invocar y acreditar la causa generadora del crédito instrumentado a través de ese título valor<sup>4</sup>.

Con motivo de un pedido verificadorio tardío fundado en pagarés, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, dictó el fallo ple-

<sup>2</sup> ROITMAN, Horacio; DI TULLIO, José Antonio: “Prueba de la Causa de los Títulos de Crédito en los Concursos. Evolucion Jurisprudencial”; Revista de Derecho Privado y Comunitario n°14 (Prueba-II), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, pág.221.

<sup>3</sup> Del voto del Dr. Eduardo Martiré en el caso *Translínea S.A.*: “a) *Los que propician que dada la autonomía, literalidad y completividad que presenta el pagaré como papel de comercio, no es necesario que su beneficiario justifique la causa del mismo....*”.

<sup>4</sup> Del voto del Dr. Eduardo Martiré en el caso *Translínea S.A.*: “b) *Los que sostienen que el proceso de pleno conocimiento -llamado en el caso incidente de verificación de crédito- tiene por finalidad determinar el carácter de acreedor, para lo cual resulta indispensable demostrar fehacientemente el ingreso del contravalor en el patrimonio del concurso. Sólo así resultará legitimado para ingresar a la masa de acreedores y participar de esa manera en la eventual distribución igualitaria del activo de la deudora...*”.

nario ampliamente conocido como “Translínea” (Translínea S.A. c/ Electrodinie S.A., - Incidente de verificación, del 26/12/1979)<sup>5</sup> resolvió que “el solicitante de verificación en concurso, con fundamento en pagarés con firma atribuida al fallido, debe declarar y probar la causa, entendidas por tal las circunstancias determinantes del acto cambiario del concursado, si el portador fuese su beneficiario inmediato, o las determinantes de la adquisición del título por ese portador de no existir tal inmediatez”.

Pocos meses después, en junio de 1980, nuevamente la Cámara Nacional de Apelaciones, mediante fallo plenario en los autos Difry S.R.L.<sup>6</sup> y en relación a la causa de los cheques, expresó: “que el solicitante de verificación en concurso, con fundamento en pagarés con firma atribuida al fallido, debe declarar y probar la causa, entendidas por tal las circunstancias determinantes del acto cambiario del concursado, si el portador fuese su beneficiario inmediato, o las determinantes de la adquisición del título por ese portador de no existir tal inmediatez”.

La doctrina de ambos fallos plenarios, rápidamente se hizo de aplicación casi unánime y casi automática en todos los tribunales con competencia en concursos y quiebras del territorio nacional, pese a las advertencias claras que hacía el Dr. Alberti (y quienes adhirieron a su voto), ya en el fallo Translínea, en el sentido de que era necesario tener en cuenta la situación y la posición dentro de la cadena de transmisiones legítimas del título abstracto, para saber cuál era su obligación en relación a la causa, es decir, si invocar, o invocar y probar.

### **3. La ruptura de los precedentes translínea y difry. El caso lajst**

Sin embargo, hubieron casos tales como las quiebras de “mesas de dinero”, eufemismo empleado para referirnos a la actividad financiera ilícita, cuando no usuraria, en los que la quiebra del “financista” implicaba que hubiera un amplio conjunto de acreedores que sólo podían acreditar sus colocaciones de dinero (en rigor, sus créditos) a partir de los cheques que –con fecha postdatada- habían recibido del fallido. Si se aplicaban a rajatablas lo establecido en

<sup>5</sup> Translínea S.A. c/Electrodinie S.A., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, 26/12/1979 LL, 1980-A-332; ED, 86-520; RDCO, 1981-

<sup>6</sup> Difry S.R.L., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, 19/06/1980, LL-1980-C, 78; Cita Online: AR/JUR/4788/1980.

“Translínea” y en “Difry”, se produciría una situación absolutamente injusta en la cual la aplicación dogmática de principios interpretativos de la ley, llevaría al enriquecimiento ilícito del deudor por sobre la pérdida del crédito de los acreedores. Dicho en otros términos, bastaría a cualquiera de estos acreedores, el presentarse en un proceso concursal, para depurar definitivamente su pasivo, so pretexto de la imposibilidad de acreditar la causa.

Esto, concretamente, era lo que ocurrió en el caso Lajst<sup>7</sup>, dictado por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en agosto de 1986. En el caso, el fallido Lajst había reconocido ser un agente de bolsa cuya actividad derivó en la explotación de una “mesa de dinero”, operación según la cual éste tomaba dinero de inversores y a los cuales entregaba cheques con fecha postdatada, como instrumento que titulizaba la restitución del dinero con los intereses pactados. A su vez, el dinero tomado por Lajst era prestado a terceras personas que pagaban un interés mayo, resultando la ganancia del administrador de la mesa de dinero, en el spread entre tasa activa y pasiva. Pero, como se explicó, el único instrumento con que contaban los “inversores”, era el cheque entregado y –como en otros casos– eventualmente una tira de papel con el interés calculado en una simple máquina calculadora. En estos términos, la Sala E de la CNCom expresó que: *“La presentación de un cheque por el insinuante de un crédito en el proceso concursal del fallido, que operaba a través de “mesas de dinero”, si bien impone a aquél la carga de explicar y acreditar la causa del acto determinante del acto cambiario del fallido, configura al menos un principio de prueba por escrito, que permiten formar convicción al Tribunal en el sentido de una verídica y legítima operación en función de la cual el verificador resulta tenedor del documento en que se basa su reclamo. (En el caso, del informe de la sindicatura surgía que el crédito invocado por el verificador reconocía su origen en un cheque librado por el fallido en pago de operaciones de crédito, habiendo reconocido el fallido que su actividad consistía en las operaciones de crédito realizados mediante la modalidad conocida como “mesa de dinero”, desconociendo incluso el monto real a que ascendía su pasivo a la fecha de la presentación en propia quiebra, por efecto de la dimensión que tomó su negocio, que escapó a su propio control)”*.

---

<sup>7</sup> Lajst, Julio V., quiebra s/ inc. de impugnación de crédito por López Yañez, Juan, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E (CNCom)(SalaE), del 22/08/1986, LL-1986-E, 67 – DJ1986-1, 26, Cita Online: AR/JUR/457/1986.

Reputada y numerosa doctrina<sup>8</sup> sostiene -acertadamente, según nuestro criterio- que la doctrina de los fallos Difry y Translínea, sólo son aplicables en la etapa verificatoria eventual, pero nunca en la etapa verificatoria necesaria, quedando definido de la siguiente manera<sup>9</sup>: “ 1. Los plenarios “Translínea S.A.” y “Difry” conservan su vi-

<sup>8</sup> Me atrevo a decir “numerosa doctrina”, atento a los siguientes artículos (en orden alfabético):

BOLLERO, Florencia; MICELI, Indiana: “Verificación tempestiva”, en la obra colectiva: VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS, Tomo I, (Directores: RASPALL, Miguel Ángel; MÉDICI, Rubén), Ed. Juris, Rosario, 2008, pág. 618; BOSCH, Fernando M., “La causa del crédito del acreedor concursal y la interpretación del plenario”, LL 1987-C-186; CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo: INFORMES DEL SÍNDICO CONCURSAL, Ed. Astrea, Bs. As. 2011, pág. 63; DI TULLIO, José Antonio: TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS, Ed. Lexix Nexis, Bs. As. 2006, pág. 273; ELIZALDE, Martín Francisco y RIVA, Jorge Luis, “Verificación de créditos (consideraciones sobre la exigencia de la prueba de la causa)”, LL 1990-B-1; GALÍNDEZ, Oscar, “VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS (3ª. Edición)”, Ed. Astrea, Bs. As. 2001, pág. 178; JUNYENT BAS, Francisco; MOLINA SANDOVAL, Carlos M.: VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS, FUERO DE ATRACCIÓN Y OTRAS CUESTIONES CONEXAS, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 196; MAFFÍA, Osvaldo J., “Sobre el pagaré y la causa del crédito: y van...”, LL 1991-B-1102; MAFFÍA, Osvaldo J., “Verificación del crédito sustentada en una sentencia pronunciada en juicio ejecutivo (o de la prueba de la causa por el acreedor a la prueba de la no causa por el concursado)”, LL 1993-E-1032; MAFFÍA, Osvaldo J., “VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS, 4ª ed.”, Ed. Depalma, Bs.As. 1999, pág. 123 y sigtes; MARTORELL, Ernesto Eduardo, “Usureros versus estafadores en los procesos concursales”, LL 1992-B-1163; MARTORELL, Ernesto Eduardo, “Sobre la causa de los títulos ejecutivos en la verificación de los créditos”, LL 1992-C-23; MARTORELL, Ernesto Eduardo, “Concursos: se acentúa la tendencia a aplicar con suma cautela la doctrina de los Plenarios ‘Translínea S.A.’ y ‘Difry S.R.L.’”, LL 1980-C-78; PAOLANTONIO, Martín Esteban y MOCCE-RO, Eduardo Manuel, “Causa y verificación”, LL 1991-D-507; RACCIATTI, Hernán (h.) y ROMANO, Alberto Antonio, “Otra vez sobre la prueba de la causa del crédito a verificar”, LL 1991-B-80; RIVERA, Julio César, “INSTITUCIONES DE DERECHO CONCURSAL, 2ª. Edición”, t. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003 pág. 394; TRUFFAT, Edgardo Daniel, “Cuestionamiento inidóneo del deudor ante el pedido verificatorio basado en una cartular (un paso más para la polémica)”, LL 1992-A-325; TRUFFAT, E. Daniel: PROCEDIMIENTOS DE ADMISIÓN AL PASIVO CONCURSAL, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2000, pág. 63; TON, Walter R. J.: “Autonomía Cambiaria y la verificación de créditos”, en la obra colectiva VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS (Coordinadores: ARECHA, Martín; FAVIER DUBOIS (h) Eduardo M.; RICHARD, Efraín Hugo; VÍTOLO, Daniel R.), Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2004, pág. 288; VÍTOLO, Daniel R., “COMENTARIOS A LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS “ Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1996, pág. 134.

<sup>9</sup> CIMINELLI, Juan C.: “Los plenarios “Translínea” y “Difry” ¿se aplican ante la solicitud tempestiva de ingreso al pasivo concursal?” JA 1998-III-760. Cita Online Thomson Reuters: 0003/000514. En similar sentido, los estudios de BOSCH,

*gencia pese a que se aplica una ley que no se encontraba vigente al momento de su dictado. 2. Los plenarios sólo se aplican a supuestos de ingreso al pasivo concursal bien definidos: verificación tardía e incidentes de revisión. 3. En la etapa de la solicitud “tempestiva” verificadora “no se aplican los plenarios”; ergo, el pretense acreedor, sólo deberá “indicar la causa del libramiento”. 4. A través del presente trabajo deviene palmariamente acreditado que la mayoritaria corriente doctrinaria ha zanjado la discusión acerca de la correcta aplicación de la doctrina plenaria capitalina”.*

#### **4. La diferente naturaleza del trámite, implica una diferente actividad sindical.**

La labor del síndico concursal es muy diferente en cada uno de los procedimientos de insinuación al pasivo concursal. Así, mientras para el denominado “pronto pago automático”, el juez trabajará sobre la base del informe laboral previsto por el art. 14 inc. 11. En el pronto pago requerido por el trabajador, el síndico desarrollará una actividad similar a la de la etapa de verificación de créditos. En la verificación de créditos tempestiva, el acreedor se limita a presentar la petición y la documentación respaldatoria, e indicar y -a partir de ello- el síndico debe realizar todas las compulsas necesarias, no sólo en la contabilidad del concursado, sino en la del acreedor también, teniendo amplias facultades indagatorias que serán respaldadas por el juez, en caso de negativa injustificada. Es decir, el síndico debe determinar -luego de un minucioso y hasta exhaustivo trabajo de auditoría, la existencia del crédito insinuado.

Muy diferente, también es, la labor del síndico concursal en las verificaciones tardías, y en los incidentes de revisión, en los cuales, las partes involucradas (pretense acreedor y deudor, concursado o fallido) son las que despliegan la actividad procesal y probatoria, al cabo de las cuales, las partes deben probar la existencia y procedencia del crédito en el pasivo concursal, y -recién al final de la etapa

---

Fernando, La causa del crédito de acreedor concursal y la interpretación del plenario, LL. 1987-C, 187; y MARTORELL, Ernesto E. “Usureros” versus “estafadores” en los procesos concursales. LL, 1992-B, 1163. También, a Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial in re “Translínea, S.A” y “Difry “...ARDUINO, Augusto H.L. “El concilium fraudis y la flexibilización de la doctrina “Translíneas” y “Difry” en materia de verificación de créditos”, DCCyE 2013 (octubre), Cita on-line Thomson Reuters AR/DOC/3709/2013; BARACAT, Edgar J.: “Prueba del negocio en la verificación de créditos”, DCCyE 2012 (diciembre) , 41 , Cita on line Thomson Reuters AR/DOC/5842/2012.

probatoria- el síndico emitirá un informe sobre lo planteado. Pero, digámoslo claramente: mientras en la verificación tempestiva el síndico debe realizar toda la tarea, a partir del pedido de verificación; en la verificación tardía y en los procesos incidentales, el síndico sólo opina sobre lo alegado y probado por las partes, no teniendo mayores atribuciones, salvo que las requiriera expresamente al juez, y de manera fundada, ya que no está habilitado para suplir al deudor, ni para subsanar las omisiones y las negligencias probatorias.

En el ámbito de las verificaciones tardías y de los procesos incidentales, es que la parte acreedora deberá no sólo invocar o indicar la causa, sino también probarla. En caso contrario, el síndico -que no tiene facultades para suplir las omisiones ni las negligencias probatorias del concursado- deberá emitir un informe negativo en relación a la petición efectuada<sup>10</sup>.

Por lo tanto, es de pésima práctica profesional, el rechazar pedidos verifcatorios tempestivos, automáticamente basados sólo en la falta de acreditación de la causa, cuando la petición se efectúa basada en títulos de créditos circulatorios. Si existe el temor de un *consilium fraudis*, deberá el síndico realizar todas las actividades indagatorias necesarias para determinar tal situación y para -en caso de duda razonable y fundada- explicar en el informe individual al juez, las razones por las cuales aconseja no verificar. Por lo tanto, la mera invocación de los fallos plenarios Diffry y Translínea, no sólo no abastece el requisito de la fundamentación técnico-profesional, sino que demuestra una labor profesional mediocre e insustancial.

---

<sup>10</sup> En similar sentido: CNCom, Sala F, "Unipres Servicios Graficos S.A. s/ concurso s/ incidente de revision por (Cooperativa de Credito y Consumo Pampa Ltda.)", 05/07/2012, Cita Online Thomson Reuters: AR/JUR/43753/2012 "El incidente de revisión constituye un verdadero proceso de conocimiento, con amplitud de debate. Por aplicación de lo normado por el art. 273 inc. 9 de la LCQ, la carga de la prueba se rige por las normas comunes a la naturaleza del juicio de que se trate; de modo que a la luz de la previsión del art. 377 del CPCC, es la incidentista quien debe acreditar los presupuestos fácticos que sostienen el reclamo incoado, en derecho, por su parte". "La consecuencia de esta regla es que quien no ajusta su conducta a tal postulado ritual debe necesariamente soportar las inferencias que se derivan de su inobservancia, consistentes en que el órgano judicial tenga por no verificados los hechos esgrimidos como base de sus respectivos planteos (CNCom, Sala A, 6/10/89, "Fílán SAIC c/Musante Esteban"; Sala B, 16/9/92, "Larocca Salvador c/Pesquera Salvador s/sum"; Sala C, 12/6/06, "Guillermo V. Cassano SA s/conc. prev. s/inc. de revisión por Millenium SA; Sala D, 2/5/07, "Markic, Alfredo c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ord."; Sala E, 12/11/08, "Martinez, Gustavo c/Rubio, Enrique s/sumario", entre otros)".

## 5. Lo que no es función de la sindicatura:

El síndico no está para hacer justicia, ni para impartirla. El síndico es un funcionario del concurso y auxiliar del proceso y del juez, en las cuestiones técnico profesionales que exceden el campo de competencia e incumbencia profesional del magistrado. Por lo tanto, nos manifestamos en contra de aquellos síndicos que -creyendo que cumplen su deber- se dedican a distraer recursos y esfuerzos profesionales y hasta del concurso, en búsqueda de cuestiones que nada tienen que ver con el proceso concursal. El síndico concursal no es un detective, ni un policía al servicio del poder judicial. Ni siquiera un perito del cuerpo de peritos contables forenses. Por lo tanto, si considera que existe la posibilidad de un concilio fraudulento para perjudicar a los acreedores, deberá adoptar las medidas necesarias para que sea el juez, quien resuelva la cuestión, poniéndolo en conocimiento de ello de manera documentada.

Tampoco está obligado el síndico a ser cómplice del concursado en la depuración de su pasivo. Bastaría que éste se limitara a entregar títulos valores abstractos (cheques, cheques de pago diferido, pagarés, etc.), para posteriormente concursarse y burlar así a acreedores legítimos, al negar la validez de tales pagos, fundados en la falta de acreditación de una causa que no es necesario acreditar.

En similar sentido, ha dicho Richard<sup>11</sup>: *“No hay duda de que el objetivo final del concursado es que exista la menor cantidad de créditos verificados o declarados admisibles al momento de formalizarse la categorización y determinarse el cómputo necesario para la aprobación de acuerdos predatorios. No deben coadyuvar a ello el síndico ni el juez”. “Advertimos continuamente esa patología que tiende al rechazo de ciertos pedidos de verificación, sin cumplir el síndico las labores de indagación en la contabilidad de la concursada y la justificación de la pretensión. Todo pasivo implica el ingreso de una partida al activo, o sea que debe tener una contrapartida de un ingreso al activo, salvo que corresponda a la satisfacción de un daño. Y si en las relaciones contractuales no existe una contrapartida, debemos pensar en un fraude en el que no puede dejar de haber participado la concursada o sus administradores. Tal situación conlleva la obligación del juez de adoptar una medida intervencionista a la administración de la concursada”.*

<sup>11</sup> RICHARD, Efraín Hugo: “En torno a los informes del síndico en el concurso de sociedades: el general” RDCO 2010 -A , 657 Cita Online Thomson Reuters: AP/DOC/1366/2013.

## 6. Conclusión

Como conclusión decimos que, aun cuando el tema no sea novedoso, y haya cierto consenso en la doctrina actual, es necesario reforzar conceptos a los fines de las buenas prácticas profesionales en materia de sindicatura concursal.

El síndico debe desarrollar la actividad profesional verificatoria, tomando cada solicitud como “tabula rasa”, y no detenerse en cuestiones meramente dogmáticas, a fin de averiguar la verdad real que subyace detrás de la insinuación al pasivo concursal. En tal sentido, es menester rescatar que el proceso es de naturaleza inquisitoria y tiene por finalidad la verdad real, y no la verdad meramente formal y de allí que se ha dotado, tanto al juez como al síndico, de amplias facultades indagatorias.

No puede, ninguno de los funcionarios del concurso, erigirse en un instrumento o partícipe del fraude. Porque digámoslo así: hay concilio fraudulento cuando el deudor emite títulos circulatorios abstractos para exagerar su pasivo y así manipular la decisión de los acreedores. Pero también hay fraude cuando –a sabiendas de su próximo concursamiento- emite títulos valores abstractos con conciencia de que estos instrumentos serán insuficientes para sostener una pretensión verificatoria, y de esa manera licuar su pasivo.

Es de mala práctica profesional, el dictaminar negativamente sobre un pedido verificatorio, de manera automática, fundado en la doctrina concreta y puntual de dos fallos plenarios tomados fuera del contexto e –incluso- sin haber leído la totalidad de los fundamentos de los vocales participantes. La naturaleza de la labor sindical es muy diferente si se trata de pedidos de verificación de créditos tempestiva, de pronto pago de oficio, de pedidos de pronto pago, o de verificaciones por vía incidental. En la etapa verificatoria, la labor del síndico es insoslayable y debe realizarse aplicando todos los procedimientos técnico-profesionales para determinar la credibilidad del pedido de verificación y dictaminar aconsejando la verificación o el rechazo al juez interviniente.

## La verificación de los adherentes de un fideicomiso ante un proceso de liquidación judicial

María Cristina Osso

### Sumario

*El Art. 1687 del CCCN, dispone que ante la insuficiencia de los bienes fideicomitidos no da lugar a la declaración de su quiebra, ante la falta de recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, le confiere al juez amplias facultades para proceder a la liquidación judicial, aprovechando los mecanismos que le infiere la Ley de Concursos y Quiebras, ante la situación de indefensión de las partes, manteniendo la liquidación del patrimonio de afectación ajeno al fiduciario que pudo haber sido responsable en su gestión del estado de situación de insuficiencia.*

*Es así que los acreedores del emprendimiento inmobiliario “Fideicomiso Estrella del Sur” compuesto fundamentalmente por adherentes del complejo se presentaron a verificar los créditos en oportunidad del Art. 32 de la LCQ ante la sindicatura, con la siguiente graduación:*

- **Acreedores con privilegio del 241 inc.1) o preferencia general en subsidio;** según la ley sólo pueden ser admitidos en forma restrictiva, no pueden aplicarse por mera analogía debido a que revisten carácter excepcional, (CCiv.3876, hoy CCCN. Art. 2573, y LCQ, Art. 239).-
- **Solicitando la escrituración,** en mínima cantidad de casos: la oponibilidad del boleto de compraventa a la quiebra está supeditada a la posibilidad fáctica y jurídica de otorgarse la escritura. Si no existe tal posibilidad, el adheren-

*te sólo tendrá posibilidad de verificar su crédito dinerario resultante del importe abonado a la fallida. Si la construcción del inmueble se encuentra inconclusa, obstaculiza la pretensión escrituraria, sin que pueda argüirse que la fallida deberá terminar la obra o ser conminada ello, toda vez que tal supuesto es ajeno a la normativa del Art. 1185 bis del anterior C.Civil y 146 de la ley 24.522.*

- **Acreeedores quirografarios** en su gran mayoría

*Se debe tener en cuenta que no corresponde alterar la paridad de trato con los demás acreedores adherentes quienes se insinuaron pidiendo la restitución de los fondos aportados, pero por su gran tinte social que afecta a alrededor de 940 familias, se debe prestar especial atención en que el adquirente en subasta que tomará a su cargo la construcción o terminación del complejo, deberá contemplar una opción de compra o la mejor alternativa para los mismos.*

## I- Introducción

El Art. 1687 del CCCN, dispone en su parte pertinente que “... *La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en los que sea pertinente.*

Es así, como se presenta un híbrido entre el procedimiento extrajudicial previsto por la Ley 24.441 mediante el cual, el fiduciario es quien elige el liquidador y la normativa de la Ley 24.522, para el caso de que los bienes del fideicomiso no fueran suficientes para atender a las obligaciones asumidas, que se aclara no se aplicarán directamente, sino en la medida en que se *consideren pertinentes.*

Este artículo le confiere al juez amplias facultades para proceder a la liquidación judicial, aprovechando los mecanismos que le infiere

la Ley de Concursos y Quiebras, como es, la intervención de una sindicatura, correcta publicidad y determinación del pasivo ante una eventual distribución de remanente a las partes afectadas, siendo importante resaltar que no debe perderse de vista que el fideicomiso no es un sujeto de derecho ni goza de personalidad jurídica, sino un contrato cuya finalidad determinada no se asemeja a lo que exige el Art. 6 de la LCQ.

El contrato de fideicomiso confirió al fiduciario facultades y atribuciones que fueran necesarios para la protección y exigibilidad de sus derechos bajo las normas de ese contrato así también como la conservación de los bienes fideicomitidos y la protección de los intereses de los beneficiarios-adherentes, reemplazándolo por un proceso judicial, a cargo de un juez que dirimirá quien se hará cargo de la liquidación, ante la situación de indefensión de las partes, manteniendo así el patrimonio de afectación ajeno al fiduciario, que pudo haber sido el responsable en su gestión de ese estado de situación de insuficiencia.

## **II. Presentación de verificación de los Adherentes: el particular caso del Fideicomiso Estrella del Sur s/Liquidación Judicial**

“Estrella del Sur” (26/03/2009) es un emprendimiento inmobiliario de 924 unidades funcionales de dos, tres y cuatro ambientes, 728 cocheras, distribuidos en cuatro torres, el cual se encuentra en un grado de avance promedio del 40%, instrumentado bajo la forma de fideicomiso cuya obra se inició en el año 2010. Dos años y medio después comenzó a vislumbrarse un notorio desfasaje entre el ritmo de actualización de las cuotas y la inflación que no permitiría cumplir con los plazos e incrementaría los pagos mensuales, motivo por el cual 287 beneficiarios abandonaron el proyecto y produjo el abandono de la construcción en el año 2012. Entre el año 2014 y 2017 el plan de obras fue reformulado tres veces pero no se pudo cumplir en ninguna de las ocasiones por lo cual a fines de noviembre pasado Bapro Mandatos y Negocios pidió la liquidación judicial de bienes<sup>1</sup>, en su carácter de fiduciario.

Tal situación provocó que la obra quedara totalmente paralizada sin ningún plan aprobado, generando gastos fijos impostergables para

---

<sup>1</sup> Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial de Primera Instancia N° 12.

asegurar la protección y seguridad ante una probable intrusión del patrimonio fideicomitido.

Ante tal situación los adherentes se presentaron a verificar sus créditos a la sindicatura con tres graduaciones:

- Acreedores con privilegio del 241 inc.1) o preferencia general en subsidio;
- Solicitando la escrituración (obligación de hacer consistente en el otorgamiento de posesión y escritura de dominio), en mínima cantidad de casos
- Acreedores quirografarios en su gran mayoría

## **II. 1) Acreedores con Privilegio del 241 inc.1) o preferencia general en subsidio**

El aporte del adherente no puede ser concebido como un “*gasto*” a los fines de la construcción edilicia que conforma el principal activo del Contrato de Fideicomiso en liquidación ya que la intención de los mismos, fue la de obtener una inversión a futuro con la compra de una unidad funcional del emprendimiento inmobiliario.

Dicha prestación de modo alguno transforma a los “*aportes*”, en un “*gasto*” que deba ser privilegiado ante el resto de los acreedores que participaron de la misma relación contractual. Dentro de las particularidades que inviste el privilegio especial, refiere a que el incremento o mayor valor obtenido en el bien del patrimonio del deudor, debe encontrarse “*individualizado*”<sup>2</sup>, circunstancia que no logra ser definida en emprendimientos inmobiliarios en los cuales los aportes de todos los adherentes son precisamente los que configuran el empuje y capital necesario para dar forma y cumplimiento al objeto del fideicomiso.-

Los privilegios dice la ley sólo pueden ser admitidos en forma restrictiva, por ende, si no existe ley que los reconozca expresamente, no pueden aplicarse por mera analogía debido a que revisten carácter excepcional, justamente con el fin de evitar que se conviertan en regla general (CCiv.3876, hoy CCCN. Art. 2573, y LCQ, Art. 239).-

Por las consideraciones expuestas, no corresponde la graduación privilegiada.

<sup>2</sup> Villanueva, Julia “*PRIVILEGIOS*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 130/1.

## II. 2) Solicitando la escrituración del inmueble

Los adherentes basan su pretensión con fundamento en:

- el Art. 146 de la LCQ: “...Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el **25 % del precio**. El juez deberá disponer en estos casos, **cualquiera sea el destino del inmueble**, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido...” y el Art. 1171 del CCCN<sup>3</sup>;
- el fallo de la Sala C de la Cámara Civil en tanto sostiene que “... es oponible a los acreedores privilegiados o quirografarios –aún los hipotecarios- si ha mediado desplazamiento de la posesión a favor del adquirente”<sup>4</sup>
- la cláusula sexta del Boleto de Adhesión Definitiva al Fideicomiso en la cual surge como obligación a cargo del fiduciario otorgar la escritura traslativa de dominio, libre de todo gravamen y sin asumir responsabilidad alguna respecto de cualquier deuda garantizada con hipoteca.

Sin embargo, lo más importante a tener en cuenta, es la particular viabilidad de la aplicación de la norma ya que en el caso en particular no es posible pensar en “escriturar”, cuando surge que la obra está totalmente paralizada de hace tiempo, los espacios y áreas comunes no están habilitados, se encuentra en su totalidad en un grado de avance de apenas un 40%, en sentido lato es fácil presumir que, **en los términos pretendidos resulta de cumplimiento imposible la escrituración.**

El principal efecto que deviene de la constitución de un fideicomiso es la “separación” de los bienes que lo componen respecto del patrimonio de las partes del contrato, es decir, del fiduciario que los

<sup>3</sup> “Art. 1171 CCCN: **Oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra.** Los boletos de compraventa de inmuebles de **fecha cierta** otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el **veinticinco por ciento del precio**. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse **hipoteca en primer grado** sobre el bien, en garantía del saldo del precio.”

<sup>4</sup> Rey Raúl O. Pisicaro D. S. y otro del 17/6/88, LL 1990-A 207 y sig.)

trasmite, del fiduciario propietario-administrador y de los beneficiarios-adherentes. **Es un modo de disposición de la propiedad que sujeta los bienes a un destino determinado, en interés de personas distintas de aquella que recibe la propiedad.**

Como se puede advertir los bienes fideicomitidos son insuficientes para el cumplimiento del contrato de fideicomiso, la conclusión de la construcción del edificio de viviendas y la entrega de las mismas terminadas a los beneficiarios.

Se debe tener en cuenta además que no corresponde alterar la paridad de trato con los demás acreedores adherentes, quienes se insinuaron pidiendo la restitución de los fondos aportados, sin perjuicio de considerar que el adquirente en subasta que tomará a su cargo la construcción o terminación del complejo, deberá contemplar una opción de compra para todos los adherentes, mientras tanto, en esta instancia importará la disposición de fondos del activo, para ejecutar la obra, prestación que incumplió el Fideicomiso Estrella del Sur.

La doctrina y la jurisprudencia ha sido conteste en que *“...la oponibilidad del boleto de compraventa a la quiebra está supeditada a la posibilidad material y jurídica de otorgarse la pertinente escritura. No existiendo tal posibilidad, el comprador solo tendrá posibilidad de verificar su crédito dinerario resultante del importe abonado a la fallida... En consecuencia si la construcción del inmueble se encuentra inconclusa ello obsta a la pretensión escrituraria, sin que pueda argüirse que la fallida deberá terminar la obra o ser conminada ello, toda vez que tal supuesto es ajeno a la normativa del art. 1185 bis del Código Civil y 146 de la ley 24.522”* y así lo ha entendido la jurisprudencia<sup>5</sup>. Heredia<sup>6</sup> en el mismo sentido señala que el titular de un boleto de compraventa no lo es de un crédito contra la masa, sino de un crédito *contra el fallido*, de carácter concursal, por una obligación de hacer, que debe cumplir con la carga verificatoria declarativa de un derecho concursal. Los acreedores son concurrentes o no lo son, independientemente del carácter del crédito insinuado, si es obligación de dar, hacer o

<sup>5</sup> Conf.: ROITMAN, Horacio, *“Efectos de la Quiebra Sobre los Contratos Preexistentes”*, 2da Edición Actualizada Rubinzal - Culzoni, pág. 220-221, Conf: CNCom Sala C, 17.02.1986, “García Labandal, Anibal c/ SACIMIE s/ Quiebra, La Ley 1986 C, pág. 258).-

<sup>6</sup> HEREDIA, Pablo D., *“Tratado exegético de derecho concursal”*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, Tomo 5, pág. 232.

no hacer. El acreedor por escrituración exigible en función de haber cumplido los requisitos del art. 146, párr. 2º, LCQ es, sin dudas acreedor concurrente, pero su condición es la de un quirografario de características especiales, pues aunque en principio se sustrae de la suerte común que corresponde a los demás quirografarios como en este caso, cuando la escrituración se torna imposible, concurre al pasivo por el precio que hubiera pagado.

## **II. 3) Créditos Quirografarios**

Por las razones expuestas, los aportes efectuados por los adherentes constituyen créditos quirografarios por una inversión efectuada sobre la obra en construcción, siguiendo a Heredia constituye un acreedor quirografario de características especiales (II.2 último párrafo).

## **III. Conclusiones**

Bajo el análisis expuesto, es fácil inferir que solicitar la escrituración no puede prosperar porque operativamente es imposible, como tampoco la solicitud de privilegio especial del Art. 241 inc. 1) por el carácter restrictivo que la ley le otorga a los mismos. Teniendo en cuenta que no correspondería alterar la paridad de trato con los demás acreedores adherentes que en su gran mayoría se insinuaron pidiendo la restitución de los fondos aportados como quirografarios y por la gran connotación social del tema que afecta a alrededor de 800 familias, los convierte en quirografarios de carácter “especial”, ya que se debe cuidar celosamente que el adquirente en subasta que tomará a su cargo la construcción o terminación del complejo, deberá contemplar una opción de compra o la mejor alternativa para los mismos.



## Los intereses sobre deudas de autónomos y la importancia del planteo de su morigeración

María Cristina Osso

### Sumario

*Las deudas de autónomos se rigen por un régimen propio establecido por la Ley 18.038 en tanto toma el valor de revista actual y el Dec. 507/93 que en su Art. 24 establece la aplicación de los intereses resarcitorios del Art. 37 de la Ley 11683 sobre el valor actualizado.*

*El resultado de esta conjunción de normas hace que resulte confiscatorio y abusivo aplicar un 3% de interés resarcitorio sobre una **deuda ya actualizada**, sobretodo si se tiene en cuenta que el interés se encuentra compuesto además por un componente inflacionario, provocando un grave efecto multiplicador.*

*El fallo *Puente Olivera, Mariano c/Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur s/despido* la Corte Suprema de Justicia de la Nación revitalizó los términos de la Ley 23928, Art. 7 y Art. 10 por la cual quedaron prohibidas todas las cláusulas de ajuste, aplicables a todos los negocios jurídicos entablados en la Argentina y que se extiende también en materia tributaria.*

*La sindicatura debería plantear la morigeración de intereses en estos casos, porque es visible como se **potencia** la deuda exorbitantemente, en contrario a lo normado por el Art. 7 de la Ley 23928, ya que los intereses son calculados sobre un monto actualizado y la justicia debería respaldar y poner una cota a los mismos.*

*Si bien en el caso de los intereses por créditos fiscales al encuadrarse la relación jurídica en la órbita del derecho público se excluye la aplicación directa del C.C.C.U, no impide que los magistrados puedan aplicar los principios rectores que emanan de dichas normas, siendo importante el compromiso que le corresponde a los Tribu-*

*nales en conformidad con el Art. 771 del C.C.C.U, estableciendo la compatibilidad entre la tasa de interés y el orden moral, de forma tal de invalidar la tasa en la medida que se la juzgue abusiva y desproporcionada, y en el caso en cuestión es probado que así lo es.*

*El mecanismo de ajuste de las deudas de autónomos constituye un verdadero flagelo que podría hacer que el concurso peligre en su finalidad, fracasando o cercenando la par conditio creditorum, además de poner en riesgo a un gran número de contribuyentes in bonis.”*

## **I. Consideraciones preliminares, el marco normativo y doctrinario**

La facultad morigeradora de los intereses, fue reconocida a los jueces a partir del Art. 656 del Código Civil reformado por la Ley 17711 y el mismo lineamiento lo ha mantenido el C.C.N.U en el Art. 771<sup>1</sup>. Dicha facultad sigue siendo discutible cuando la situación se refiere a *intereses legales* como es el caso de los intereses por créditos fiscales, debido a que algunas de dichas normas no resultan hábiles para morigerar este tipo de intereses, a pesar de que los magistrados puedan aplicar los principios que emanan de las previsiones de los Art. 953 y 954 del C. Civil y en el CCNU -Art. 279; 958; 1004 y 332-

En el caso de los intereses por créditos fiscales al encuadrarse la relación jurídica en la órbita del derecho público, se excluye la aplicación directa del Código Civil, pero no impide que los magistrados puedan aplicar los principios rectores que emanan de dichas normas cuando ellos sean considerados contrarios a las buenas costumbres o al orden público<sup>2</sup>. De hecho en el ámbito judicial de la C.A.B.A. se exige a la sindicatura el análisis de los mismos, más no aun en el ámbito provincial.

Según Favier Dubois (h)<sup>3</sup> los intereses reclamados por el Fisco, ge-

<sup>1</sup> **Art. 771** - *Facultades judiciales. Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación....”*

<sup>2</sup> Vítolo, Daniel Roque. *Los Créditos Fiscales y Los concursos*. “El fraude concursal y otras cuestiones de Derecho Falimentario” Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo, Buenos Aires, 2010, pág 83.

<sup>3</sup> Favier Dubois (h) Eduardo M. “Condición para la verificación de créditos fiscales en el proceso concursal”, *XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina*. Ed. Fundación para la Investigación y

neralmente a tasas exorbitantes, no son fijados por la ley sino por normas administrativas de menor jerarquía, por ende son pasibles de impugnación, no escapan al control judicial vinculado al orden público que impone el Art. 953 del C. Civil, hoy Art. 279; 958 y 1004 y al Art. 12 Inc.3 del Tratado de Derechos Humanos de San José de Costa Rica –incorporado a la C.N.- que reprime la “usura” y los jueces pueden/deben morigerarlos, incluso si fuera el caso, declarando la inconstitucionalidad de “oficio” sin que medie planteo concreto de inconstitucionalidad.<sup>4</sup>

## II. Marco legal y normativo del cálculo de intereses de las deudas de autónomos

Un caso particular de intereses de créditos fiscales es el de las deudas de autónomos ya que los mismos deben someterse a un régimen propio cuyo basamento se encuentra en la Ley 18.038<sup>5</sup> cuyo nacimiento fue en un contexto económico muy distinto al actual. El dictamen 48/2001 -D.A.L.(D.G.I.)<sup>6</sup> respecto a lo atinente a la aplicación de intereses a las deudas que por aportes mantuvieron los trabajadores autónomos, resuelve que es procedente el Art. 13<sup>7</sup> de

---

Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2007, pág. 31.

<sup>4</sup> La facultad de abordar oficiosamente la inconstitucionalidad se fue consolidando jurisprudencialmente y la Corte Nacional ha destacado que “*la declaración de inconstitucionalidad de oficio no lesiona el derecho de defensa en juicio, pues lo contrario conduciría a descalificar toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes so pretexto de no haber podido expedirse sobre su aplicación al caso concreto, (sin que ello) importe un avasallamiento de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, pues dicha tarea hace a la esencia del Poder Judicial, una de cuyas funciones específicas consiste en controlar la constitucionalidad de la actividad estatal, a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional –artículo 31- “Mil de Pereyra, Ryta A y otros contra Provincia de Corrientes” Suprema Corte de Justicia de la Nación, 27/09/2002, L.L.2003-A-234. Suplemento de Derecho Constitucional del 2/12/2002, pág.24, por Claudio D. Gómez: “Control de Constitucionalidad de Oficio en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, citado por Moro, Carlos en “Verificación: Un tema siempre conflictivo”. *Nuevas Tendencias en la Jurisprudencia Societaria y Concursal*. Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2009, pág 73.*

<sup>5</sup> B.O.: 10/01/1969. Nuevo Régimen de Jubilaciones y pensiones para los Trabajadores Autónomos- Buenos Aires, 30 de diciembre de 1968.

<sup>6</sup> B.O. 23/7/2001.

<sup>7</sup> Art. 13: “*Los aportes en mora deberán abonarse de acuerdo al monto de la categoría vigente a la fecha de su pago, con más el interés punitivo pertinente, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan*”

la ley 18038, en virtud de que la Ley 21864<sup>8</sup> en su Art. 15<sup>o</sup> excluía de sus disposiciones a estos créditos por remisión a la citada ley y en atención a que el decreto reglamentario de la Ley 23928 de convertibilidad prescribe que, a los créditos de la Seguridad social y demás conceptos a los que se refiere el artículo 7<sup>o</sup> de la ley 21864, se le aplicarán los intereses resarcitorios y punitivos que fijará la Secretaría de Seguridad Social. Este último precepto no se aplicó a los trabajadores autónomos, en virtud de que persistía la exclusión y remisión al Art. 13 de la ley 18038.

Desde el 1 de abril de 1993, rige el Dec. 507/93 cuyo Art. 24 establece que ante la falta de pago de los Recursos de la Seguridad Social -entre los que se cuentan los que corresponden a los aportes de los trabajadores autónomos-, se aplican los intereses resarcitorios del Art. 37 de la Ley 11683, complementando así a la Ley 18038, ***toda vez que si bien ésta no contemplaba la aplicación de intereses, tampoco prohibía su implementación.***

De las consideraciones expuestas, surge para el Organismo Fiscal la plena legitimidad de la metodología de cálculo utilizada para las deudas que, por aportes previsionales, mantuvieron los trabajadores autónomos, la que fue ratificada por la R.G. (A.F.I.P.) 643/99 que dispone en su Art. 4<sup>o</sup> que el capital adeudado por cada período será el monto de aportes que corresponda a la categoría de revista -o su equivalente- para la fecha en que se haga efectivo el pago o liquidación y para períodos adeudados posteriores al 1/4/1993, se deberán tener presentes además los intereses devengados desde el vencimiento hasta la fecha de cancelación definitiva de esos aportes, constituyendo un doble mecanismo de ajuste.

### III.- El particular caso de la actualización de las deudas de autónomos

A los efectos de ejemplificar lo expuesto, un contribuyente que había dado la baja de su actividad y por error no había abonado el último período del 2007 de \$ 572,48, según el mecanismo de la Ley 18038 y R.G. (A.F.I.P.) 643/99 se convirtió en una deuda de capital

<sup>8</sup> Buenos Aires, 28 de Agosto de 1978. Boletín Oficial, 4 de Septiembre de 1978.

<sup>9</sup> Art. 15: "La actualización e intereses establecidos en el artículo 8 no serán aplicables a los créditos mencionados en los incisos a) y e) del artículo 7, a cargo de los trabajadores autónomos, los que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 18.038".

\$ 6.012,31 por su categoría de revista actual que a su vez generó un interés sobre este último de \$ 20.215,40 de interés. Si se hubiesen calculado los intereses del Art. 37 de la Ley 11683 por la misma página de AFIP, el monto del interés sobre la deuda original (\$572,48) sería de \$ 1.925,25.

Si bien el análisis pareciera exceder el marco concursal, sí lo afecta, sobretodo en el caso de un concurso del consumidor, ya que la actualización de las deudas de autónomos ha generado por ejemplo en “**Sanchez Fuentes Marta Celina S/propia quiebra**” (Expte. N° 57-738)<sup>10</sup>, que el 90% de los pasivos esté constituida por estas deudas.-

En relación a lo expuesto es interesante tener en cuenta en “*Puente Olivera, Mariano c/Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur s/despido*” del 08/11/2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un tema que si bien no era de tinte tributario, falló revitalizando los términos de la Ley 23928<sup>11</sup>, Art. 7 y Art. 10, en los cuales quedaron prohibidas todas las cláusulas de ajuste, lo que resulta aplicable a todos los negocios jurídicos entablados en la Argentina pero extensivo también en materia fiscal.

- Art. 7: “*El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1 del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral...Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo dispuesto*”.
- Art. 10: “*Deróganse, con efecto a partir del 1 del mes de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aún a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo apli-*

<sup>10</sup> Juzgado Comercial N° 24, Secretaría 48.

<sup>11</sup> Modificado por el Art. 4 de la Ley 25561, Art. 7 y Art. 10 cambiando la palabra “australes” por “pesos”.

*carse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional -inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar, sino hasta el 1 de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del peso”.*

Frente a un proceso concursal, si los intereses que el fisco pretende verificar resultan a criterio del tribunal excesivos no debería diferenciarse de las pautas de razonabilidad aplicables en las relaciones contractuales, ya que en el marco de un concurso o una quiebra el pretender *realignar* a quien se apartó de las normas fiscales, ya sea en tiempo o forma, hace perder el sentido inductivo o ejemplificativo para los que fueron impuestos -tornándolos sin fundamento-, ya que esta medida recaería perjudicando únicamente a la masa de acreedores. En el mismo sentido la doctrina sentada por la Corte Suprema de Mendoza<sup>12</sup>, una de las precursoras a través de sus fallos respecto a la reducción de intereses, con votos preopinantes de la Dra. Kemelmajer de Carlucci<sup>13</sup>, manifiesta que el concurso no está dirigido al cobro de los créditos individuales sino que, partiendo de una falta de capacidad de pago por parte del deudor se debe tutelar los múltiples intereses inmersos en el concurso a los efectos de evitar la quiebra y favorecer la continuidad de la empresa en crisis.

Es obvio considerar la importancia que le corresponde a los Tribunales en conformidad con el Art. 771 del C.C.C.U de establecer la compatibilidad entre la tasa de interés y el orden moral y las buenas costumbres, de forma tal de invalidar la tasa de esos réditos en la medida que se la juzgue exorbitante y en el caso en cuestión es probado que así lo es, ya que si el monto está actualizado, no hay interés resarcitorio que le corresponda y podría hacer que en definitiva el concurso peligre en su finalidad, fracasando o cercenando la *par conditio creditorum*, además de poner en riesgo a un gran número de contribuyentes *in bonis*.”

---

<sup>12</sup> “Dirección General Impositiva en J° 41.324/1601 DGI en J: 24048, Silvia SACIFIA, por Concurso Preventivo sobre Incidente de Casación”. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1º, 27 de Mayo de 1997. Moro, Carlos E. “Ley de Concursos”. Tomo I, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, Pág. 575/83.

<sup>13</sup> Bonanni, Mariano Aristóbulo. “Verificación de Créditos fiscales y la limitación de los intereses pretendidos”, ED 194-901.

#### IV. Conclusiones

La sindicatura debería plantear la morigeración de los intereses porque ampliamente se puede observar como en el caso expuesto se **re-potencia** la deuda de manera exorbitante, en el sentido contrario a lo normado por el Art. 7 de la Ley 23928, porque no sólo el capital se llega a incrementar más de 10 veces, sino, lo que es más grave aún, los intereses resarcitorios son calculados sobre el monto actualizado.

Resulta confiscatorio y abusivo aplicar un interés resarcitorio sobre una deuda actualizada sin ningún parámetro objetivo que lo justifique, cuando es bien sabido que el objetivo del interés es *resarcir*<sup>14</sup> el paso del tiempo y tiene implícito un componente inflacionario, impactando en cercenar la *par conditio creditorum*.

---

<sup>14</sup> **Resarcir** según el diccionario de la Real Academia es “Dar una cosa o hacer un beneficio a una persona como **reparación de un daño**, perjuicio o molestia que se le ha causado”.



## La carga de verificar y la actividad inquisitiva del síndico

*Lucila I. Prono y Manuel E. Prono*

### Sumario

La concurrencia del acreedor lleva implícita la carga propia de quien demanda judicialmente, expresando, en consecuencia, con claridad los hechos y las circunstancias sobre las que se basa su pretensión acompañando las pruebas pertinentes sobre las que se apoya el reclamo.

El Síndico no puede y no debe reemplazar lo que constituye la carga procesal de verificar. La indagación o investigación que el Síndico debe programar en forma previa a la elaboración de su Informe Individual debe estar dirigida a confirmar o desechar las peticiones crediticias en orden a la documentación y probanzas que el acreedor concurrente haya proporcionado y a establecer en qué medida esa pretensión está suficientemente “causada” y “documentalmente respaldada”.

El Síndico debe dejar constancia en su Informe Individual de todos y cada uno de los pasos, acciones y desarrollos que haya acometido con la finalidad de agotar sus averiguaciones e investigaciones.

## La carga de verificar

A partir de la norma del artículo 32 de la LCQ por la cual *todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación deben requerir* al Síndico la verificación de su crédito comienza para el órgano concursal una tarea de estudio, análisis y elaboración de lo que será su opinión o consejo dirigido al juez del concurso referido a la posibilidad que los acreedores que han cumplido con la carga procesal puedan estar presentes en el pasivo a cristalizar.

Es indudable que se trata de una “carga procesal” y en ese sentido es necesario recordar las enseñanzas del profesor Devis Echandia sobre el concepto de carga: “La relación jurídico-procesal impone a las partes o sujetos determinadas conductas en el desarrollo del proceso, cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas, más o menos graves, como la pérdida de las oportunidades para su defensa, la ejecutoria de providencias desfavorables, e inclusive la pérdida del proceso. De esto se deduce que las partes deben ejecutar ciertos actos, adoptar determinadas conductas, alegar hechos y hacer peticiones, todo ello dentro de los límites de tiempo y lugar que la ley procesal señale, si quieren obtener buen éxito y evitarse perjuicios en el proceso”.

Y continúa “Hay veces que disponemos de un verdadero proceso para ejecutar esos actos, por ejemplo, los derechos de recurrir y de probar. En otros casos estamos en presencia de un acto necesario para la eficacia del ejercicio de un derecho, como la alegación en la demanda de los hechos fundamentales de la pretensión para obtener sentencia favorable. En ambos casos existe la carga procesal, pues aquellos derechos no excluyen la posibilidad de que su no ejercicio ocasione a la parte consecuencias adversas, aun cuando no esté obligado a ejecutarlos. Por esta razón existe la carga procesal de recurrir y probar, no obstante que la parte tiene indudablemente un derecho subjetivo para ejecutar esos actos en el proceso”<sup>1</sup>.

Si bien doctrinariamente la mayoría de los autores sostienen que la etapa de verificación de créditos en el domicilio del Síndico constituye un verdadero proceso, en contraposición Maffia sostiene, en cambio, que se trata de una etapa del proceso.

Rescatamos la opinión de Rouillón: “Tonón, en posición que com-

<sup>1</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de la Prueba Judicial, Anotado y Concordado con los Códigos Procesales de Buenos Aires, Córdoba, de la Nación y Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984, ps. 223/224.

partimos, entiende que la petición de verificación de créditos formulada por el acreedor constituye técnicamente una carga procesal. En esta línea se ubican también Heredia y Truffat, para quienes los acreedores del concursado y sus garantes quedan sujetos a la carga de presentarse en el proceso concursal a fin de obtener el reconocimiento de sus créditos y, en su caso, privilegios, carga que nace de la prohibición legal que inhibe la ejecución individual”<sup>2</sup>.

Tampoco la jurisprudencia coincide en uno u otro sentido y Rouillon advierte sobre los posibles inconvenientes derivados de fallos donde se asimilan actos del proceso concursal con actos “parecidos del proceso bilateral clásico”. Y agrega: “Pero, de toda suerte, no ha de perderse de vista que la verificación está concebida con la vista puesta en la concurrencia, lo que explica muchas de las diferencias, sobre todo, en materia de contradicción múltiple y en las reglas de la congruencia procesal”<sup>3</sup>

En ese sentido, la concurrencia del acreedor lleva implícita la carga propia de quien demanda judicialmente, expresando, en consecuencia, con claridad los hechos y las circunstancias sobre las que se basa su pretensión acompañando las pruebas pertinentes sobre las que se apoya el reclamo. Esta acción, esta carga, está circunscripta a quien intenta integrar el elenco de acreedores del deudor, y el resto de los acreedores concurrentes y, sobre todo, el deudor, están legitimados para contradecir la postulación de cualquier acreedor.

Es decir, como una consecuencia directa del principio de universalidad que rige en los concursos, el procedimiento posibilita el control recíproco entre los pretensos acreedores concurrentes y el control del propio deudor.

### **La labor del síndico**

Ahora bien, todo ese proceso, que hemos abreviado en orden a la extensión del trabajo, desarrollado en la oficina pública del Síndico, termina con el análisis y consideración imparcial que dicho órgano deberá iniciar para llegar a la convicción sobre la procedencia del monto del crédito requerido y su graduación.

---

<sup>2</sup> ROUILLON, Adolfo y FIGUEROA CASAS, Pedro, “Proceso de verificación”, en Código de Comercio Comentado y Anotado, Rouillon, Adolfo A. N., Director; Alonso, Daniel E., Coordinador; La Ley, Bs Aires 2007; Tomo IV-A, pág. 394.

<sup>3</sup> Idem. pág. 395

No son pocas las circunstancias en que algunos acreedores, por lo general que no han sabido demostrar y probar suficientemente el monto y la graduación de sus créditos, intentan en el proceso revisor posterior, endilgar sus falencias, ineficiencia o debilidad documental, al Síndico con el postulado que éste debe investigar y para ello cuenta con las herramientas necesarias.

Sin dejar de reconocer que le caben a la Sindicatura amplias facultades inquisitivas -según la Real Academia Española, perteneciente o relativo a la indagación o averiguación; con cuidado y diligencia - según la normativa general que se desprende del artículo 275 LCQ y de las facultades específicas regladas en el artículo 33 LCQ, lo cierto es que el Síndico no puede y no debe reemplazar lo que constituye la carga procesal de verificar.

La indagación o investigación que el Síndico debe programar en forma previa a la elaboración de su Informe Individual debe estar dirigida a confirmar o desechar las peticiones crediticias en orden a la documentación y probanzas que el acreedor concurrente haya proporcionado y a establecer, conforme los códigos y usos habituales en los procesos de auditoría contable, en que medida esa pretensión está suficientemente “causada” y “documentalmente respaldada”.

Para ello cuenta con varios elementos, por ejemplo la denuncia que efectúa el deudor o la documentación de carácter contable - tres últimos estados contables y el mal llamado balance de presentación - o aquella información o documentación que solicite al acreedor concurrente, y al mismo deudor también, con el objeto de confrontar todos esos elementos.

¿Puede el Síndico, en función de sus averiguaciones, entonces, reemplazar la carga procesal del acreedor concurrente? Evidentemente no. Son muchas las normas de la ley 24522 que podrían citarse al respecto entre las cuales podemos referenciar: (i) El artículo 252 LCQ cuando regula la indelegabilidad de funciones del síndico, agrega: “Además son excluyentes de la actuación del deudor y de los acreedores, salvo en los casos en que expresamente su participación individual y el derecho que éstos tienen de efectuar denuncia sobre la actuación de los funcionarios” (ii) El artículo 32 y c.c. de la LCQ en cuanto establece un procedimiento típico y necesario que debe llevar a cabo el acreedor; (iii) El artículo 56 LCQ cuando regula los efectos del acuerdo homologado alcanzando a todos “los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior

a la presentación, aunque no hayan participado del procedimiento”; (iv) El artículo 125: declarada la quiebra “todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de esta ley...”, incluso los acreedores condicionales; (v) El artículo 200 LCQ en la quiebra, regulando el período informativo, en forma similar a la normativa del artículo 32 citado; (vi) El artículo 202 LCQ sobre verificación en caso de quiebra indirecta; (VII) El Artículo 21 LCQ sobre suspensión de juicios y radicación.

Lo que no puede dejar de hacer el Síndico es informarse, averiguar, investigar, en los casos que posea dudas o advierta incongruencias en las peticiones de los acreedores concurrentes, pero nunca podrá reemplazar la carga propia que la ley les atribuye a los acreedores de causa o título anterior a la presentación.

Parece atinado recordar que la denuncia que efectúa el deudor sobre créditos – sus montos, graduación y exigibilidad – constituye una información de carácter trascendente que también formará parte de las averiguaciones a llevar a cabo. “La denuncia de los créditos que integran el pasivo formulada por el sujeto concursal es un requisito de la presentación del concurso preventivo, y debe encuadrarse dentro del concepto de actos informativos, constituyendo un elemento más de consideración en el análisis que debe efectuar la Sindicatura. A diferencia de otras legislaciones comparadas donde se exige a la Sindicatura su corroboración, en nuestra normativa constituye solamente una referencia no vinculante para la elaboración del presente Informe ni para la resolución de verificación de créditos (Artículo 36 L.C.Q.)”<sup>4</sup>

Con respecto a las investigaciones y averiguaciones que lleva a cabo la Sindicatura, es necesario mencionar las normas técnicas que están a su alcance en su contador público: “*El auditor, a través del desarrollo de su tarea, debe obtener elementos de juicio válidos y suficientes que permitan respaldar las aseveraciones formuladas en su informe*” (Res. Técnica N° 7 FACPCE, II, Normas de Auditoría en general; Normas para el desarrollo de la Auditoría, punto 1)”<sup>5</sup>.

Además, va de suyo, que el Síndico deberá dejar constancia

---

<sup>4</sup> Estudio Esterellas-Morillo-Pavia con el patrocinio legal de Dr. Patricio M. Prono; Dr. Roberto Baravalle y Dr. Antonio García Villareal, en Informes Individuales en autos “Autobuses Santa Fe SRL s/Concurso Preventivo”, Expte Nro.CUIJ: 21-0192178885-4 Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Santa Fe

<sup>5</sup> Informes Individuales en el proceso mencionado en 4.

en su Informe Individual de todos y cada uno de los pasos, acciones y desarrollos que haya acometido con la finalidad de agotar sus averiguaciones e investigaciones.

La carga no es equiparable a la investigación o averiguación emprendida por la Sindicatura. “Cabe recordar que la carga impuesta por la ley a todos los acreedores (quiropgrafarios o privilegiados) responde al principio de concurrencia...Se trata de una carga y no de un deber, por cuanto la falta de concurrencia no produce ninguna sanción al renuente, más allá de la pérdida de su derecho de ser incorporado a la masa de los concurrentes”<sup>6</sup>

Y para finalizar a manera de conclusión, hacemos una referencia a la intervención – por su similitud y concordancia – del Síndico como “parte necesaria” en los juicios a que refiere el artículo 21, donde debe asumir esa participación a título de órgano del concurso, como auxiliar de la justicia y en beneficio de la masa de acreedores y, en forma diferente a la quiebra, sin llegar a sustituir al deudor. Señala la doctrina que esa participación no está dada por su propio interés sino que es el resultado impuesto por la ley en su carácter de órgano.

En igual sentido: “En definitiva, el síndico desarrollara una función de control similar a la que lleva a cabo en la etapa verifcatoria, es decir presentando un informe imparcial donde ponderará la pretensión del acreedor, las defensas opuestas por el concursado y las pruebas rendidas, entonces no es parte en sentido estricto, su función principal sigue estando relacionada con la determinación del pasivo”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> DI TULLIO, José A., “Período Informativo: la Verificación de Créditos”, en Tratado de Derecho Civil y Comercial, SANCHEZ HERRERO, Andrés, (Director), Sánchez Herrero, Pedro (Coordinador); La Ley, Bs As 2017; Tomo X Concursos y Quiebras, p. 338.

<sup>7</sup> PRONO, Patricio M., “Concurso preventivo: requisitos, apertura, efectos”, en Tratado de Derecho Civil y Comercial, SANCHEZ HERRERO, Andrés, (Director), Sánchez Herrero, Pedro (Coordinador); La Ley, Bs As 2017; Tomo X Concursos y Quiebras, p. 314.

## **Ley 27430 y la prescripción de los créditos fiscales en los concursos**

*Miguel Ángel Raspall*

### **Sumario**

La ley 27430 (diciembre de 2017) conocida como Ley de Reformas Tributarias, ha introducido modificaciones en la Ley de Procedimiento Tributario 11.863.- El art. 209 de esta ley 27430 -a través del art. 69 sin número- establece disposiciones que regulan un régimen especial de prescripción para la verificación de los créditos fiscales en los concursos preventivos. El tal orden, el art. 69 s/n modifica -en lo que respecta a los créditos fiscales- al art. 56 de la LCQ, sea tanto en lo que refiriere a la prescripción abreviada de dos años, como para la prescripción especial de seis meses dispuesta para los casos de continuación de procesos.-

### **1. Introducción. Leyes 27.430.-**

La ley 27.430 fue publicada en el B.O. el día 29 de diciembre de 2017, bajo el título de “Ley de Reformas Tributarias”.-

La ley 27430 complementa o modifica 34 leyes.- Algunas de las reformas que esta ley realiza, se proyectan sobre la insolvencia de las personas o de los patrimonios, y con ello, sobre los procesos concursales. La intención de este trabajo, es mostrar la existencia de esta norma reformadora, y los efectos que produce, a fin de que sea considerada en la oportunidad en que el Fisco se presente a verificar créditos en un concurso preventivo, luego de la oportunidad tempestiva.-En el caso de tratarse de un proceso de quiebra, distinguimos la extinción de un crédito por prescripción, de la extinción del mismo por agotamiento del activo liquidado en relación con la oportunidad en la cual el acreedor se insinúa al proceso (Art. 223 LCQ), o sea, la pérdida del derecho de crédito puede sobrevenir por prescripción o por

agotamiento del patrimonio del deudor que ya ha sido distribuido con anterioridad.- En lo que respecta a la prescripción, se le aplican a los créditos el régimen ordinario o propio que comprende a los mismos, y en materia de créditos fiscales, se les aplicaran las previsión de la Ley 11863 sobre suspensión y interrupción.

## **2. La ley 27.430 y la prescripción concursal de créditos fiscales.**

Uno de los remanidos temas en materia insolvencia, es el tratamiento que merecen los créditos fiscales en los procesos concursales, tanto en los concursos preventivos como en la quiebra.-

Los puntos en discusión han sido varios; multas y recargos, intereses, verificación y acreditación causal, créditos auto-gestados, fuero de atracción, continuación de procesos administrativos, prescripción, voto o exclusión, rango de los privilegios y demás.- Como vemos, es una larga lista de temas controvertidos, lo que muestra la distorsiva participación que tiene el fisco en estos procesos. Muchos países han resuelto el tema excluyendo a los créditos fiscales y de la seguridad social, de los procesos concursales, pero no es nuestro caso.-

Además de los temas antes enumerados, es conocida también la flagrante contradicción filosófica que presenta la actitud del estado en los procesos concursales -un verdadero doble estándar- ya que por un lado sanciona una ley concursal que hace foco en la conservación de las empresas y por otro lado, el mismo estado impide que el fisco pueda votar favorablemente propuestas de quita y espera que resultan ser vitales para el salvataje de empresas en la etapa preventiva y como si fuera poco, a las empresas que alcanzan acuerdo concursales que incluyen quitas o largas esperas de los acreedores, sobre la diferencia que se produzca con motivo de las quitas, se le aplica impuestos a las ganancias. Igualmente, se generan tasas de justicia, sellados y otros gastos, mucho de los cuales deben ser pagados como requisito o recaudo previo a que sea homologado el acuerdo.-

Ahora, con la ley 27.430, el fisco incorpora una nueva ventaja mediante la cual busca asegurarse que sus créditos tendrán menos riesgos de que se puedan extinguir producto de la prescripción o sea, una nueva preferencia para estos créditos que los separa del resto de los acreedores.

Ese fisco, que está sobredimensionado en cantidad de empleados -los que cobran sueldos de privilegio-, es el mismo que es lento e ineficiente en su función recaudadora frente a las empresas en dificultades, ello así, no obstante de ser uno de los acreedores que

antes tienen la información sobre el estado de situación de las mismas<sup>1</sup>.- Los bancos y el Fisco, son los dos acreedores que antes toman conocimiento de la preinsolvencia de sus deudores, y sin embargo, el fisco, con toda esa información y con toda un escuadrón super poblado de empleados, abogados, ejecutores y demás, es lento para ejercer sus derechos y por ello, ésta ley 27.430, se expide sobre el régimen prescriptorio de los créditos en los procesos concursales, alongándole los plazos de presentación, suspensión e interrupción de la prescripción, como lo cual no hace más que proteger al Fisco de su propia negligencia e ineficiencia.-

La Ley 11.863 de Procedimientos Fiscales, en el Capítulo VIII trata lo relativo a la “Prescripción” de las deudas fiscales.- En este capítulo, en los arts. 65 a 69 se refiere a las causales de suspensión e interrupción de la prescripción.- Estos artículos regula un sistema de suspensión e interrupción de la prescripción, que a la vez tiene algunos matices diferenciales con respecto a las previsiones del Código Civil y Comercial (CCCN), arts. 2539 y 2544. Por ejemplo, en materia de suspensión, existen plazos especiales establecidos en los arts. 65 y 66 de la referida ley, en los cuales el plazo de suspensión se extiende desde la fecha en que comienza, hasta un determinado lapso de tiempo posterior a haber cesado la causal suspensiva, que puede ser de 90 o 180 días y en algún caso, la suspensión tendrá un término de dos años (art. 66), en vez de seis meses (art. 2541 CCCN).-

La Ley 27.430 en su art. 209 , incorpora un artículo “sin número” a continuación del art. 69 a la ley 11.863 el cual transcribimos (suponemos que debería ser el “69 bis”):

*ARTÍCULO 209.- Incorpórase como artículo sin número a continuación del artículo 69 de la ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, el siguiente:*

*“ARTÍCULO ...- Las causales de suspensión e interrupción establecidas en esta ley resultan aplicables respecto del plazo de prescripción dispuesto en el artículo 56 de la ley 24.522 y sus modificaciones.*

*La presentación en concurso preventivo o declaración de quiebra del contribuyente o responsable, no altera ni modifica los efectos y plazos de duración de las causales referidas en el párrafo pre-*

---

<sup>1</sup> Es sabido que lo primero que hace un deudor que ingresa en zona de dificultades económico-financieras, es dejar de pagar los impuestos o en su caso, comienza con una ininterrumpida serie de acogimientos a planes de pago, moratorias y cuanto más medidas postergatorias del crédito puedan usar.-

*cedente, aun cuando hubieran acaecido con anterioridad a dicha presentación o declaración. Cesados los efectos de las referidas causales, el Fisco contará con un plazo no menor de seis (6) meses o, en su caso, el mayor que pudiera restar cumplir del término de dos (2) años, previsto en el artículo 56 de la ley 24.522 y sus modificaciones, para hacer valer sus derechos en el respectivo proceso universal, sin que en ningún caso la verificación se considere tardía a los fines de la imposición de costas.*”La redacción del artículo en cuestión, nos obliga analizarlo, a fin de considerar las consecuencias que el mismo tendrá respecto de los créditos fiscales y su desenvolvimiento dentro de los concursos, advirtiéndose la clara intención del legislador de darles un tratamiento “especial” dentro de estos procesos. En este análisis no podemos dejar de recordar, que el acortamiento de los plazos de prescripción en los procesos concursales preventivos homologados (prescripción concursal abreviada), ha sido dispuesto a favor del deudor en estado de crisis y de los acreedores, a fin de evitar la presentación de reclamos crediticios muy alejados en el tiempo, que terminen desvirtuado la conformación del pasivo tenido en cuenta a la hora de aprobar la propuesta de acuerdo y con ello, la posibilidad de que se frustre el mismo y la recuperación de la empresa, criterio que de algún modo se ve modificada con esta regulación.-

Veamos ahora como han quedado los créditos fiscales en los procesos concursales preventivos:

#### a. Fuero de atracción.

A los créditos fiscales no se les aplica la regulación del fuero de atracción concursal (Art. 21 y 132 LCQ). Los trámites o procedimientos administrativos fiscales no sufren la suspensión, la atracción ni la prohibición de iniciar nuevos. Si bien el art. 21 LCQ nada dice al respecto, la “no atracción” –desatracción- ha sido resuelta jurisprudencialmente<sup>2</sup> desde largo tiempo atrás y diríamos que hoy esta posición esta fuera de discusión, consolidada en forma mayoritaria y quizá, pacífica.<sup>3</sup>

A su vez, el art. 69 sin número Ley 11.863 con la reforma de la 27.430, ratifica esta línea jurisprudencial, pues se remite al art. 56 LCQ y a

---

<sup>2</sup> Derecho jurisprudencial.

<sup>3</sup> Ej.; SCBA 3.10.2007, “Centro de Emergencias Médicas”; SCBA 2/3/2011 “Acerboni, CNCont.Adm. sala 2 “ Valle de las Leñas. Las citas han sido tomadas de la obra Régimen Concursal Tomo I, Abeledo Perrot (Bs.As. 2014) dirigida por Darío Graziabile, p. 630/631.-

los plazos que en el mismo se establecen para la prescripción cuando existe continuación de procesos, disponiendo que luego, *“agotadas las causales de suspensión e interrupción, el fisco debe presentarse a verificar los créditos, “sin costas”*. La redacción muestra que se trata de una previsión para atender un supuesto en el cual ha existido una tramitación previa fuera del proceso concursal (administrativa o jurisdiccional), con lo cual la norma se expide claramente por la no atracción de los trámites administrativos ni tampoco de los que se tramiten ante el Tribunal Fiscal de la Nación en uso de las vías recursivas.-

#### b. Causales de suspensión e interrupción

De acuerdo con este art. 69 s/n, las disposiciones de la ley 11.863 art. 65 a 69 que regulan las causales de suspensión y de interrupción de la prescripción, son de aplicación aun para hechos que se hubieran dado antes de la presentación en concurso.

Suspensión: El fisco puede haber suspendido el plazo de prescripción con algunas de los hechos o actos previstos en los artículos 65 y 66 por ejemplo: intimación administrativa para el pago de tributos realizados por determinación cierta o presuntivamente; desde la resolución condenatoria para el pago de una multa (hasta 90 días después de notificada); desde el acto de someter la cuestión a instancia conciliatoria, entre otras. Además, cesada la causal suspensiva, en algunos de los supuestos previstos, el fisco cuenta con un plazo adicional para que comience a computarse el término de prescripción de la acción.- De este modo la ley 27430, hace extensiva a los procesos concursales, las causales y los efectos de suspensión e interrupción previstos en la ley 11.863 y con ello, que el estado contará con un plazo adicional que puede ir desde 90 días en adelante<sup>4</sup>. En algunos casos, el efecto del plazo de suspensión llega a dos años (Art. 66)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Art. 65 inc. a) ...cuando mediare recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación, la suspensión, hasta el importe del tributo liquidado, se prolongará hasta Noventa (90) días después de notificada la sentencia del mismo que declare su incompetencia, o determine el tributo, o apruebe la liquidación practicada en sus consecuencia.- Inc. b)...Si la multa fuere recurrida ante el Tribunal Fiscal de la Nación, el término de la suspensión se contará desde la fecha de la resolución recurrida hasta noventa (90) días después de notificada la sentencia del mismo.- Inc. c) ...La prescripción para aplicar sanciones se suspenderá desde el momento de la formulación de la denuncia penal establecida en el art. 20 del Régimen Penal Tributario, por presunta comisión de alguno de los delitos tipificados en dicha ley, hasta los 180 días posteriores a la comunicación a la Administración Federal de Ingresos públicos de la sentencia que se dicta en la causa penal respectiva.-

<sup>5</sup> Art. 66. Se suspenderá por Dos (2) años el curso de la presentación y poderes

*Interrupción.* En los art. 67 a 69 la ley 11.863 trata el efecto interruptivo, las causales y el cómputo de los plazos de interrupción.

### c. La oportunidad de la verificación.

Conforme a lo que hemos explicado, la ley 27430 en su art. 69 s/n, modifica el régimen de la prescripción concursal, generando entonces un supuesto especial que deberá ser contemplado en oportunidad en que el Estado se presente a verificar los créditos en los procesos concursales.-

- No se produce la atracción de los procedimientos administrativos ni de los juicios en el Tribunal Fiscal de la Nación, los que podrán iniciarse o continuarse aun después de abierto un proceso concursal. El art. 69 s/n dispone claramente que ...- *“Las causales de suspensión e interrupción establecidas en esta ley resultan aplicables respecto del plazo de prescripción dispuesto en el artículo 56 de la ley 24.522 y sus modificaciones...La presentación en concurso preventivo o declaración de quiebra del contribuyente o responsable, no altera ni modifica los efectos y plazos de duración de las causales referidas en el párrafo precedente, aun cuando hubieran acaecido con anterioridad a dicha presentación o declaración”*.-
- El plazo del término para verificar, se computa luego de haber cesado la “causal” suspensiva (o interruptiva) y esta cesa cuando lo establece la ley 11863 en los arts. 65 a 69. Como hemos visto, los efectos de la causal suspensiva, cesan algún tiempo después de que el hecho o acto jurídico que la ha generado ha quedado resuelto.- Dispone el art. 69 s/n que *“Cesados los efectos de las referidas causales, el Fisco contará con un plazo no menor de seis (6) meses o, en su caso, el mayor que pudiera restar cumplir del término de dos (2) años, previsto en el artículo 56 de la ley 24.522 y sus modificaciones, para hacer valer sus derechos en el respectivo proceso universal, sin que en ningún caso la verificación se considere tardía a los fines de la imposición de costas.”*

De modo que, al momento en que el fisco se presente a verificar créditos en un proceso concursal, habrá de tenerse en consideración como se debe computar el término de prescripción en cada caso, de acuerdo ha cual haya sido la causal que produjo la suspensión o interrupción de la prescripción.-

---

fiscales para determinar y percibir tributos y aplicar sanciones respecto de los inversionistas en empresas que gozaren de beneficios impositivos provenientes de régimen de promoción industrial, regionales, sectoriales o de cualquier otra índole, desde la intimación de pago efectuada a la empresa titular del beneficio.-

**Los contratos de derivados y pases frente a los  
concursos y liquidaciones.  
Régimen especial de la ley 27440  
(Financiamiento Productivo)**

*Miguel Ángel Raspall*

**Sumario**

Nuestro país viene produciendo en los dos últimos años, una acelerada actualización de su legislación

empresarial.- Entre algunos de los temas en cuestión están la modernización y desburocratización de la administración pública (con miras a simplificar y facilitar la actividad empresarial) y un régimen especial para favorecer a los emprendedores, mipymes y empresas en general.-

El financiamiento de estas empresas es uno de los temas trascendentes a ser considerados y las nuevas leyes ponen su mira en poder desarrollar un mercado de capitales de mucho mayor volumen al existente, al que puedan recurrir las mismas para financiarse, y para ello se requiere que exista una legislación que proteja a los inversores con una normativa apta, ágil, transparente y confiables que estimule la canalización del ahorro interno y las inversiones internacionales. En este contexto, es necesario que existan normas que atenúen los riesgos de operar en el mercado de capitales y confieran seguridad jurídica y previsibilidad a las inversiones.

La Ley 27440 (Ley de Financiamiento Productivo), entre uno de los temas que aborda, se encuentra la situación de algunos contratos propios del mercado de capitales, tales como, los de derivados, pases y de márgenes y garantías, frente al concurso o liquidación de algunas de las partes intervinientes, situación esta que si bien está normalmente regulada en el texto de estos contratos (contratos marcos o contratos individuales), lo cierto es que estas previsiones no eran de aplicación frente a las normas de orden público concursales y de

liquidación de algunas personas jurídicas (bancos y aseguradoras), con la consecuente inseguridad para estas operaciones.

La ley 27440 ha venido a ratificar la aplicación de los términos establecidos en los contratos y garantías que acuerdan las partes, haciéndolos oponibles al concurso, en tanto y cuanto hubieran sido celebrados con cumplimiento de los recaudos que esta ley y la Comisión Nacional de Valores (CNV) establecen, generando un así “régimen especial” dentro del sistema concursal.-

Para ampliar este tema sugerimos ver un trabajo de nuestra autoría publicado en Diario La Ley del 1.8.18 L.L. 2018-D. “Contratos del mercado de capitales frente a los concursos”

## 1. Introducción

En los dos últimos años, nuestro gobierno ha dictado una diversidad de leyes orientadas a facilitar el nacimiento y desarrollos de empresas y en especial de las mipymes, las que requieren un tratamiento especial por ser más frágiles y a la vez, ser las que mayor cantidad de puestos de trabajo ofrecen en el mercado<sup>1</sup>.

Entre los temas que aborda la ley 27440, se encuentran los contratos de derivados, de pases y de márgenes y garantías, que si bien no se relacionan en forma directa con el financiamiento de las empresas, procuran proveerles herramientas de cobertura y previsibilidad para sus compromisos a futuro, o sea, estabilizar o atenuar los riesgos de las variaciones de precios sobre los insumos, productos o moneda con las cuales opera.-

Para que el mercado de capitales pueda ser una fuente de financiamiento de las empresas, se requiere de la participación de los inversionistas internos, pero también de los inversores internacionales (privados e institucionales) y estos último operan -mayoritariamente- en los países que estén categorizados como “mercados desarrollados” o “mercado emergente”, y para alcanzar esta última catego-

<sup>1</sup> Por ejemplo, las leyes la 27.290 (reforma de las SAU), ley 27.349 (Régimen de financiamiento al capital emprendedor y SAS), la Ley 27430 (Reforma Tributaria), ley 27440 (financiamiento productivo), ley 27444 (recoge una parte de las regulaciones del DNU 27/2018 y reformas a la ley 26831 de Mercado de Capitales), 27445 (simplificación y desburocratización), y acompañando a las mismas una cantidad importante de decretos reglamentarios del BCRA, de la CNV, de la IGPJ, AFIP, entre otros.-

<sup>2</sup> En mayo, además, en plena corrida cambiaria, el Gobierno logró aprobar

ría el gobierno ha debido modificar y/o dictar nuevas regulaciones legales<sup>3</sup>.- Nuestro mercado de capitales fue declarado “de frontera”, hecho ocurrido en 2009, por restricciones y dificultades que el gobierno había impuesto a la circulación de los capitales (ingreso y salida de los mismos)<sup>4</sup>.- En día 20 de junio de 2018, nuestro país fue recategorizado por MSCI (Morgan Stanley Capital) incluyéndolo en la categoría de “emergente”.-

Los inversionistas internos no institucionales (ahorrista privado) participan muy poco en el mercado de capitales, existiendo una razonable dosis de descreimiento y desconfianza que retrae la colocación de sus ahorros en estas inversiones. Para modificar esta conducta social, es necesaria la difusión de una información pública clara, que explique las ventajas y un marco legislativo y regulatorio que lo proteja otorgándole seguridad jurídica, reglas de juegos transparentes y mercados regulados y controlados, que atenúen los riesgos<sup>5</sup>.-

## 2. Contratos incluidos en el régimen especial de la ley 27440.-

Veamos ahora, a cuáles contratos del mercado de capitales se la Ley de Financiamiento Productivo (antes conocida como Ley de Reforma del Mercado de Capitales), que era una aspecto fundamental para lograr la recalificación, según indicaron los analistas. <https://igdigital.com/2017/06/argentina-mercado-emergente-20-preguntas-para-entender-que-paso/>

<sup>3</sup> No se trata de algo trivial pertenecer a una de las categorías. Cuando un país sube una de ellas significa recibir de manera inmediata grandes flujos de colocaciones por parte de grandes fondos de inversión. Por ejemplo, los mercados de frontera mueven cerca de 20 mil millones de dólares en inversiones, pero los emergentes mueven más de 2 billones de dólares.

Inversor Global 21.5.17. <https://igdigital.com/2017/06/argentina-mercado-emergente-20-preguntas-para-entender-que-paso/>

<sup>4</sup> Leemos en un trabajo publicado por la Bolsa de Comercio de Rosario en agosto de 2008 (Fernando Baer “Mercados de futuros y derivados en Argentina. Algunas cuestiones regulatorias pendientes) ... A mayo de 2008, la regulación del BCRA en materia cambiaria mostraba un trato desigual a las operaciones realizadas por no-residentes en mercados domésticos.. Explica el autor que las regulaciones diferenciaban a los no residentes, tanto para las pautas de ingreso como de egreso en la operatoria de futuros y derivados.-

<sup>5</sup> En este orden, la CNV dicto en 17.12.2015 las R.G.649 y 650 en la cual exige a los Mercados y Cámara Compensadoras, las políticas dispuestas por la IOSCO (Organización Internacional de Comisiones de Valores), para el control de los riesgos del mercado.-

les aplica el régimen especial de la ley 27440, frente a la insolvencia de alguna de las partes, los que están individualizados en los arts. 188 y 189 de la misma.

#### a) Contratos de derivados

Carreras refiere “...que en términos generales, en el ámbito local se los ha definido como aquellos contratos bilaterales cuyo valor depende o “deriva” del valor de uno o más activos subyacentes (*commodities* o activos financieros) o índices sobre dichos bienes. Su principal característica es que el valor o precio del contrato dependen directamente del valor o precio del activo subyacente, y de esa circunstancia, nace su denominación de “derivado”. De modo que, “un contrato de derivados es un documento, que refleja un acuerdo contractual sobre la evolución de un activo, llamado activo subyacente... .. Están vinculados a la actividad financiera y de mercado de capitales, pero no son contratos que provean financiamiento en forma directa. Su objetivo principal es el traslado de las consecuencias económicas de un riesgo y no la satisfacción de necesidades financieras<sup>6</sup>.

Son contratos a plazo, donde la operatoria se sustenta sobre valores susceptibles de cambiar de precio o cotización durante el transcurso del tiempo, y las diferencias que se producen entre el valor del activo subyacente a la fecha de contratar y a la evolución real del mismo durante la vigencia del contrato, se liquidan y pagan periódicamente conforme a los términos del contrato.-

La CNV., en “Normas, N.T. 2013”, artículo 20 define dentro de las *operaciones de futuro*<sup>7</sup>. Por su parte, la Ley 27440 en su art. 188, si bien no define a los contratos de derivados, los describe indicando sus características.- Nos interesa destacar que los “contratos de derivados” son el género, que incluye diversos tipos de negocios especiales.-

Tal cual lo describe el antes citado artículo 189 ley 27440, estos contratos de derivados pueden realizarse de tres maneras; 1) En Mercados Organizados (MM.OO.) que operan con control y autorización de la CNV, operación en la cual participan un operador autorizado

<sup>6</sup> Carreras, Rocío. “Contratos de derivados” Publicación: Número 9 Fecha: 20-04-2011Cita:IJ-VL-156.

<sup>7</sup> CNV. Normas NT 2013. Capítulo V, Sección IX. Art. 20 Operaciones a plazo dl tipo Contratos de Futuro (Derivados)..-

(bróker) el mercado (ej; ROFEX)<sup>8</sup> y una Cámara Compensadora que actúa en el “centro”, como contrapartida de la relación entre las partes,<sup>9</sup> (ECC)<sup>10</sup> atenuando el riesgo porque el inversor debe depositar los márgenes y garantías al mercado, el cual las dispone y liquida de ser necesario, para ir cubriendo diferencias del valor del activo subyacente.- Obviamente estos contratos se registran en el mercado.- 2) Celebrados y/o registrados en el ámbito de los mercados autorizados por la Comisión Nacional de Valores, pero la liquidación de esas operaciones se realiza sin la intervención de una contraparte central o institución que cumpla funciones de similar naturaleza<sup>11</sup>.- 3) También se admite que puedan ser contratos en forma “extrabursátiles o fuera del mostrador” (OTC)<sup>12</sup>, celebrados individualmente fuera de los mercados y con las garantías que las partes se otorguen, pero para que queden incluidos dentro del régimen de esta ley deberán cumplir las formalidades registrales que disponga la CNV<sup>13</sup>.-

## b) Contratos de pases

Las operaciones de pase o “repo” constituyen una modalidad de financiación habitual en el mercado financiero. Es un contrato real (*entrega de la cosa*) mediante el cual una de las partes compra a la otra, quien vende, títulos valores públicos o privados, al contado, y simultáneamente convienen la operación inversa de compra/venta (“recompra”) a un plazo determinado, por un precio convenido que se denomina “prima”. La diferencia entre el precio de compra al con-

<sup>8</sup> Mercado a Término de Rosario S.A. (Rosario Futures Exchange)

<sup>9</sup> “La existencia de la Cámara permite que las partes negociadoras de un contrato no se obliguen entre sí, sino que lo hacen con respecto a la Cámara, lo que supone eliminar el riesgo de contrapartida y permitir el anonimato de las partes en el proceso de contratación. Actúa como contrapartida de las partes contratantes, siendo comprador para la parte vendedora y vendedor para la parte compradora”.- [https://es.wikipedia.org/wiki/Contrato\\_de\\_futuros](https://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_de_futuros).-

<sup>10</sup> ECC. Entidad de Contraparte Central

<sup>11</sup> ECC . Entidad de contraparte central. Son S.A. e ECC . Entidad de contraparte central. Son S.A especializadas y autorizadas por la CNV para realizar las operaciones de liquidaciones y compensaciones en los mercados de derivados.

<sup>12</sup> OTC ; overthecounter (fuera del mostrador-no regulado) o sea, fuera del mercado y que tienen alto riesgo porque no existen otras garantías que las que las partes negocian entre ellos.-

<sup>13</sup> “Donde no existe cámara de compensación, siendo acuerdos bilaterales que se negocian con contrapartidas, generalmente *market makers* dónde, a diferencia de los mercados organizados, el inversor no tendrá que depositar garantías, existiendo acuerdos de netting y de colateral con la otra parte involucrada en la negociación. Este tipo de contratos tiene un riesgo mayor, ya que sus activos son difíciles de valorar y de controlar..

tado del título y el precio de venta a término (futuro) determina la tasa de interés de la operación. El pase es un préstamo de dinero con una garantía que es, *el título que se intercambia*. A diferencia de otros préstamos con garantía, el activo de garantía (el título) cambia de *propietario* durante la duración del préstamo.- En mismo sentido, el Pase es un solo contrato que consiste en la compra o venta al contado de una especie y en la simultánea venta o compra de esa misma especie para un mismo cliente y a un vencimiento posterior.<sup>14</sup>- La ley 27440 en el art. 188 describe a los contratos de pases u operaciones de pases al cual remitimos.-

### c) **Contratos de márgenes y garantías**

#### i) *Márgenes:*

“El margen es el «pago del incumplidor». En caso de incumplimiento de una contraparte, el margen protege a la otra parte mediante la absorción de pérdidas a través de la garantía proporcionada por la entidad incumplidora.- Existe un margen “inicial” que el inversor deberá dejar depositado para poder concertar la operación y luego márgenes “variables” que van debiendo pagar durante la evolución del contrato para compensar diariamente las diferencias del valor del activo subyacente, de modo tal que el “margen inicial” permanezca inalterado en garantía.- Los márgenes los fija la Cámara Compensadora (ECC) y deben ser proporcionales a los riesgos conforme a la volatilidad del activo subyacente.-

La CNV, en Normas NT 2013, Título VI Capítulo III, *Sección I a V*, desarrolla todo lo vinculado con márgenes y garantías disponiendo sobre el comportamiento y resguardos con el que deberán operar los Mercados y Cámaras de Compensación reconocidos por la CNV y la información que deben suministrar para los operadores y demás<sup>15</sup>.-

#### i) *ii) Garantías:*

El concepto de “garantías” en los contratos de derivados, se vincula con los márgenes e implica el tipo de bienes o derechos que deberán suministrar las partes al celebrar uno de estos contratos, para cubrir las diferencias de cotización del activo subyacente.

---

<sup>14</sup> Bolsar. Preguntas frecuentes. <https://www.bolsar.com/vistas/Capacitacion/PreguntasFrecuentes.aspx>

<sup>15</sup> Estas secciones fueron modificadas por las CNV conforme a las R.G.649 y 650/ 2015 siempre en la búsqueda de dar más seguridad a quienes operan con los mercados

La garantía puede ser dinero, títulos, bonos, acciones u otros activos de fácil realización (garantías líquidas o autoliquidables). De este modo, quien contrata puede tener la garantía de la contraparte central (ECC), la garantía del bróker (ALyC)<sup>16</sup> y además, en su caso, la existencia de un *Fondo de garantía* que se constituye con el aporte de todos los brokers y es usado como garantía de última instancia, destinado a cubrir los compromisos incumplidos por los Agentes del mercado<sup>17</sup>.

Como puede apreciarse, las inversiones que se realizan a través de estos contratos en Mercados Organizados, tienen altas garantías, las que ahora son ahora protegidas –por la ley 27440– frente a las situaciones concursales.

#### **d) Contratos individuales o contratos marco (masters agreement)**

Con relación a los contratos antes individualizados, pueden tratarse de contratos individuales, en los cuales se relacionan las partes contratantes y establecen los términos y condiciones del contrato entre sí, o pueden tratarse de contratos marco (master agreement) los cuales tienen preestablecidos los términos y condiciones y al que las partes adhieren. Cuando se trata de contratos en los cuales intervienen los mercados o cámaras compensadores, estas cuentan con “contratos marco” que son los que las partes celebran, pero cuando son extrabursátiles, las partes pueden o no usar contratos “marco” o estandarizados, tal el uso de los Master Agreements que confecciona ISDA<sup>18</sup>. Si es un contrato OTC (fuera del mercado o extrabursátil) que quiere ser registrado, el mismo deberá cumplir con las condiciones que establece el mercado o en su caso, las que reglamente la CNV.

### **3. Cláusulas de previsión por incumplimientos.**

Cuando hablamos de “incumplimientos” en materia de contratos de derivados, estos puede referirse a varios aspectos de la relación entre las partes, que son establecidos en los Acuerdos Marco o Contratos individuales, y que pueden producir como efecto o con-

<sup>16</sup> ALyC. Agente de liquidación y compensación

<sup>17</sup> CNV. Normas N T 2013. Fondo de garantía obligatorio. Sección IV, art. 15 Título VI, Capítulo I. Mercados.

<sup>18</sup> Son los contratos más utilizados a nivel mundial. Son elaborados por las “International Swap and Derivatives Association”, Inc. - ISDA.

secuencia el vencimiento anticipado del contrato, la compensación y el “neteo”, pudiendo citar entre otros 1) Incumplimiento de pago, o de transferencia de activos en la fecha establecida. 2) Incumplimiento de cualquier otra obligación bajo el Contrato, siempre que dicho incumplimiento no haya sido remediado en su totalidad dentro de las setenta y dos (72) horas hábiles 3) La falta de constitución de las Garantías en tiempo y forma según lo establecido. 4) Declaraciones falsas o incorrectas. 5) Fusión, escisión o transferencia de fondo de comercio<sup>19</sup>.

Además de los términos y condiciones propios del contrato (plazo, cantidad, prima, vencimiento, tipo contractual, márgenes y garantías), estos contratos contienen cláusulas dirigidas a regular los riesgos por incumplimientos en situación insolvencia, que ahora son receptados por ley 27440.

La explicación de estas cláusulas es necesaria para poder entender las previsiones de esta ley;

#### 1) *Vencimiento anticipado (close-out)*

Los contratos de derivados y pases, se celebran habitualmente con diferimiento en el tiempo. Existe una fecha de celebración y otra oportunidad posterior en la cual se produce la conclusión y el cierre.-

Sin embargo, en los contratos, sean individuales o contratos marco, se insertan cláusulas que conceden la posibilidad a la parte cumplidora de resolver anticipadamente el mismo ante la ocurrencia de un evento de incumplimiento previsto en el contrato o en la legislación.- Estas cláusulas son de aplicación frente al ingreso de alguna de las partes en un proceso concursal o liquidativo, ahora son receptadas por la ley 27440.-

#### 2) *Netting; “neteo o compensaciones inmediatas” (sett off)*

El “netting” es un acuerdo de compensación contractual. Netear, implica determinar saldos netos por compensación. O sea, tomar un contrato o todos los contratos que vinculan a las partes, y determinar en un solo acto los créditos y débitos recíprocos, compensarlos, y establecer un saldo único y final (saldo neto).

#### 3) *Close out- netting*

El término refiere a la aplicación conjunta de ambas cláusulas con-

---

<sup>19</sup> Modelo de Contrato Marco de Argentina Clearing S.A.

tractuales antes descriptas, o sea, ante el incumplimiento, producir el vencimiento anticipado del contrato (close-out) y a la vez, producir el neteo (netting) para establecer un único saldo final del contrato y/o de todos los contratos que estuvieran suscriptos y vigentes entre las partes.- Esta cláusula es recomendada por diversas organizaciones internacionales, tales ISDA<sup>20</sup> quien tiene redactado los “master agreement” o contratos marcos de uso difundido a nivel mundial y también establecidas en los Contratos Marco de nuestro país.

La cláusula es receptada por la ley 27440 con relación a los contratos de derivados y pases, márgenes y garantías, y establece la posibilidad de su aplicación en los casos de procesos concursales o procesos liquidativos (entidades financieras), y era reclamada por los Mercados para atenuar los riesgos operativos de estos contratos a término.-

El principal riesgo que busca evitarse por medio de las cláusulas de neteo es el relativo al “cherry picking”<sup>21</sup>, que puede traducirse como seleccionar lo más conveniente. Esta práctica se presenta cuando se inicia un proceso de insolvencia o reestructuración y el liquidador de la compañía obliga a que sus contrapartes cumplan las operaciones en las que la sociedad insolvente obtiene ganancias y no permite la ejecución de las que reflejan o producen pérdidas para el deudor concursado.

#### **4. Los derivados extrabursátiles OTC y la actividad bancaria**

Los contratos de derivados OTC, son concertados individualmente por las partes, sin que intervenga una contraparte en el centro (cámaras o mercados organizados). Son absolutamente habituales en la actividad bancaria, quienes pueden concertar operaciones entre entidades financieras o con particulares. Estos contratos de derivados financieros mueven un gran volumen de negocios y representan una parte importante de todos los contratos de derivados.- Como hemos dicho, están expuestos a un mayor riesgo atento que no operan con las garantías, compensación y liquidación que confiere la ECC.

---

<sup>20</sup> ISDA. Asociación Internacional de Swaps y Derivados. (Swaps and Derivatives Association) es una asociación que reúne como integrantes a los grandes participantes internacionales del mercado global de derivados.

<sup>21</sup> Cherry picking: se traduce como “cosecha de cerezas - llevar a cabo una selección de elementos favorables - seleccionar lo mejor - seleccionar a la carta

Lo cierto es que estos contratos OTC, al ser realizados por las instituciones financieras en mucho volumen, genera preocupación en los países en razón que estas operaciones de derivados conllevan riesgos que pueden poner en peligro la liquidez y solvencia de una institución y a la vez producir efecto cascadas con otras instituciones vinculadas o con muchos particulares, afectando al mercado por un lado y por el otro, al interés público comprometido en el sistema financiero.- En razón de ellos, vemos que los Organismos Multilaterales dictan Recomendaciones para que cumplan los países adherentes, poniendo el control de estas operaciones donde participan entidades financieras bajo la autoridad y regulación de sus Bancos Centrales y/o de la autoridad de aplicación y control del mercado de capitales.

Con relación a las cláusulas de close out-netting, cuando se trata de reestructuración de entidades financieras, se suspende temporariamente la aplicación de la misma por un lapso de tiempo muy breve, pero el suficiente como para que el liquidador o la entidad de control, puedan llevar adelante el proceso de reestructuración o de exclusión de activos y pasivos, producido el cual, si los derechos y obligaciones del banco se transfieren a un adquirente, los contratos de derivados también se transfieren con su vigencia plena y sus garantías, pero en caso que el proceso siguiera con la liquidación de la entidad, entonces se habilita la aplicación de la cláusula *close-out netting*, liquidándose las garantías y aplicando su resultado a la compensación y neteo. Si luego del neteo queda saldo deudor de la entidad financiera en liquidación, el que es acreedor debe verificar el mismo en el proceso y si existen excedentes del neto, se deben depositar en la cuenta del liquidador.-

Esta es una normativa que hoy se aplica extendidamente en los países, por nuestra parte hemos podido acceder a los modelos de EEUU, Chile, España, Colombia.-

La ley 27440 en su art. 192 ha regulado este sistema para las reestructuraciones o liquidación de entidades financieras.-

## **5. La ley 27440 y las modificaciones a las leyes de insolvencia**

Las explicaciones que preceden (muy resumidas por cierto) permitirán al lector interpretar cual es la situación de estos contratos (derivados, pases y márgenes y garantías) frente a un proceso de insolvencia en el nuevo régimen de la ley 27440 (Art. 188 a 194).-

Como decíamos supra, esta ley procura asegurar a los inversores y operadores del mercado de capitales, que su contratación es segura y que existen normas tuitivas que otorgan previsibilidad y seguridad jurídica cuando los contratos son celebrados y registrados conforme a los requerimientos de la CNV.-

La ley establece –en líneas generales- el respeto de los contratos suscritos y registrados en los mercados ante los operadores autorizados (art. 191). Que ante un incumplimiento, serán de aplicación las cláusulas de vencimiento anticipado, de compensación y neteo, evitando el “cherry pincking” y que los márgenes y garantías, se respetaran siendo oponibles al concurso (art. 190).- Admite la validez de las garantías aun constituidas a posteriori de la apertura si estaba el contrato generado y registrado con antelación (art. 118 inc. 2 y 3 LCQ).-

La ley dispone que respecto de estos contratos, no se aplican determinados artículos de la LCQ (24522), de la Entidades Aseguradoras (20091) de Entidades Financieras (21526), de la Carta Orgánica del BCRA (24144) y del CCCN, que se relacionan con la continuación de contratos, con la prohibición de compensación, la oponibilidad de las garantías y otros (Art. 190 Ley 27440). De este modo la ley genera un régimen especial con un tratamiento preferencial para estos contratos frente a los procesos de insolvencia.-

Argentina se suma a los países que admiten la suspensión temporaria (tres días) de la aplicación de la cláusula close out –netting, cuando se trate de entidades financieras en proceso de reestructuración o liquidación.- Pasado dicho breve plazo, la parte cumplidora tendrá derecho a exigir la aplicación de la cláusula conforme a las condiciones contractuales, vencimiento anticipado, compensación y neteo y liquidación de los márgenes y garantías y cobro de diferencias (Art. 190).-

Por su parte el art. 192 inhibe la aplicación del art. 138 LCQ (restitución de bienes de terceros en poder del fallido) indicando que los márgenes y garantías constituidos no integran el patrimonio del fallido y por ende, no podrá ejercerse la acción de reintegro, privilegiándose de este modo el uso de los mismos para el destino de garantía al que están afectados.<sup>22</sup>

En definitiva, la Ley 27440, muestra claramente que el mercado de capitales es un micro sistema jurídico, con normas especiales que dicta el Estado, delegando su reglamentación, aplicación y control

<sup>22</sup> ACSA (Argentina Clearing S.A.) que es una ECC, genera con los bienes un contrato fideicomiso de garantía.

en la Comisión Nacional de Valores, que es la autoridad de aplicación, todo lo cual ha sido reconocido en forma expresa por el art. 1429 del CCCN.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> CCCN Art.1429. "Normas aplicables: Los contratos celebrados en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en tanto éstos sean autorizados y operen bajo el control estatal, se rigen por las normas dictadas por el organismo de control. Estas normas pueden prever la liquidación del contrato por diferencias; regular las operaciones y contratos derivados; fijar garantías, márgenes y otras seguridades: establecer la determinación diaria o periódica de las posiciones de las partes y su liquidación ante eventos como el concurso, la quiebra o la muerte de una de ellas, la compensación y el establecimiento de un saldo neto de las operaciones entre las mismas partes y los demás aspectos necesarios para su operatividad".-

#### 4. Liquidación y distribución de bienes

---

### **Legitimación del síndico para solicitar la desafectación del bien protegido por el régimen de protección a la vivienda del C.C.yC.**

*Florencia Bollero*

#### **Sumario**

A la luz de las reformas del Código Civil y Comercial en cuanto a la protección de la vivienda en los procesos concursales, sobre todo en relación al destino de los remanentes, de acuerdo a lo dicho por el artículo 249 último párrafo, se analizará la conveniencia de no darle legitimación al síndico para solicitar la desafectación atendiendo los intereses de los restantes acreedores de la masa falencial.

Sabemos que el código civil y comercial en sus artículos 244 y sgts ha modificado el régimen de protección de la vivienda, anteriormente llamado bien de familia, en más de un aspecto; dentro de los cuales dos de ellos inciden en la aplicación de la ley 24.522.

Si bien no es tema central de esta ponencia, definitivamente debemos marcar que, al igual que el régimen anterior el bien inmueble afectado a vivienda no es desapoderable y queda fuera de la órbita de la universalidad activa que impera en la quiebra de su titular, puesto que se trata, por regla, de un bien inembargable e inejecutable.

Pero es cierto que hay excepciones; en primer lugar cuando se trata de una deuda contraída con anterioridad a su constitución como tal ó, excepcional y taxativamente, por deudas posteriores (art. 249 ccyc) por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; deudas con garantía real sobre el inmueble (constituida conforme al art. 250); u aquellas originadas en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda así también las que sean por alimentos a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

Por ende entonces, existiendo verificadas en la quiebra del constituyente una o más de estas obligaciones (anteriores o algunas posteriores) el inmueble afectado a vivienda puede ser ejecutado para poder procurar su íntegra satisfacción. en caso contrario, el inmueble quedará excluido del proceso falimentario, puesto que los acreedores posteriores a la afectación nunca contaron con ese bien dentro

de la garantía patrimonial común de su deudor.

La cuestión que trajo aparejados grandes debates vale aclarar antes del código civil y comercial, fue la vinculada al supuesto de existir remanente luego de haber desafectado y liquidado el inmueble en la quiebra y satisfecho las anteriores deudas mencionadas.

La ley 26.994 adoptó el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación y, si hay remanente, debe ser restituido al propietario. Tal solución la contempla expresamente la parte in fine del art. 249 del ccyc: "(...) los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva. si el inmueble se subasta y queda remanente, se entrega al propietario del inmueble (...)". Esta modificación dirimió las posturas encontradas brindando certeza y seguridad jurídica sobre el particular, optando por mantener un sentido con lo prescripto por la Constitución Nacional y en general todo ordenamiento jurídico en relación a la protección de la vivienda, sobre todo teniendo cierto criterio de justicia al equipar la situación de un deudor no fallido con el deudor fallido. entonces, sólo podrán ejecutar el bien afectado a "vivienda" los acreedores anteriores a la afectación y los posteriores enumerados taxativamente por el art. 249 ccyc.

La cuestión que se plantea es si sigue estando justificado la no legitimación del síndico para pedir esa desafectación. Dada esta nueva normativa en un proceso liquidativo falencial, donde, como dijéramos ut supra, solo se verán beneficiados los acreedores excluidos de la protección si el bien es liquidado.

Esta duda está fundamentada por los siguientes hechos relevantes.

Debemos recordar que antes del 2015, era posición mayoritaria que el síndico no tenía esa legitimación, en ese tiempo tenía como justificación que en caso de que el "bien de familia" fuera desafectado, el mismo beneficiaba a todos los acreedores de acuerdo con el régimen de privilegios de la ley 24.522, teoría seguida con mayor fuerza luego del fallo de la suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en Kloster, Luis s/ concurso preventivo/quiebra <sup>1</sup>, por lo tanto esta

---

<sup>1</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 09/05/1995 • Kloster, Luis L. • LLBA 1995 , 685 • AR/JUR/666/1995 - Existiendo concurso preventivo - hoy quiebra iniciado por el fallido, rigen al efecto las normas de la ley 19.551, también de importancia social e institucional, orientadas por principios generales que en el moderno derecho comercial tienden tanto a la protección de los créditos como a la continuidad de la empresa, recuperación patrimonial del concursado de buena fe, etc. (ver Exposición de Motivos, ley 19.551, punto

liquidación era demasiado gravosa y discutible a la luz del derecho constitucional a la vivienda, por ello se buscó darle la interpretación más estricta posible acerca de quien estaba legitimado para pedir la desafectación.

Ahora bien, al aplicar el artículo 249 del código civil y comercial, el menoscabo al a la protección a la vivienda es menor, atento que de haber remanente el mismo se devuelve al titular del bien y que, por otro lado, aunque esto ya se aplicaba a nivel concursal, se regula el derecho a la subrogación real.

Siendo así, ¿no podría el síndico pedir la desafectación con carácter de legitimado en segundo término y ante la falta de solicitud de acreedor interesado?, ¿no podría ser beneficios para la masa concursal?

Es cierto que el síndico debe proteger los intereses de la masa y no el de algún acreedor en particular, pero como plantea el Dr. Di Lello en su artículo publicado en la Revista La Ley<sup>2</sup>, es también el Síndico, como representante de la masa concursal quien debe custodiar los intereses de los acreedores, y por ende, y de acuerdo a la ley concursal, quien tiene el deber de ejercer toda acción para procurar la satisfacción lo más íntegramente posible de todos los créditos concurrentes al pasivo falencial.

En este sentido de razonamiento, y en virtud del nuevo régimen, que como consecuencia de que el acreedor interesado no pidiera la desafectación del bien protegido por el artículo 244 CCC, el mismo participaría en la liquidación con los otros acreedores sobre todo patrimonio del deudor fallido sujeto a desapoderamiento, sin tener en cuenta el bien o la proporción del bien, afectado al régimen de protección de la vivienda. Si es cierto, y es un argumento válido, que este caso el fallido y su familia que mantienen el techo, pero por otro lado no podemos dejar de ver que se está perjudicando a los otros acreedores sobre todo a los quirografarios, que ven disminuido su activo falencial liquidable.

Es por ello que asoma como una solución justa que el síndico pueda intimar al acreedor no influido por la protección de la vivienda a que pida su desafectación y en caso contrario, tal como propone el Dr. Di Lello y me adhiero en esta ponencia, el síndico pudiera solicitarla al juez concursal.

---

1.4°). Asimismo, entran en juego la universalidad del patrimonio (aspecto objetivo), y la universalidad de acreedores (aspecto subjetivo: de este último es consecuencia el principio de la *pars conditio creditoris*, inherente al derecho concursal).

<sup>2</sup> Di Lella, Nicolás J. Afectación de la vivienda y quiebra del constituyente ante la nueva regulación civil y comercial LA LEY 23/06/2016, 23/06/2016, 1

De esa manera y si lograra liquidar el bien y pagar los créditos no afectado por el mismo, los demás acreedores verían aumentadas sus posibilidades de cobro sobre los restantes bienes liquidados.

## Interpretación del art. 208 L.C.Q.

*Gabriel de las Morenas*

### **Ponencia de Lege Lata**

*“Debe interpretarse de manera estricta el art. 208 LCQ decidiendo la venta en subasta allí prevista sin base”*

La ley concursal fija claramente que la subasta debe efectuarse sin base. No obstante, existe una pertinaz tendencia jurisprudencial a fijar base en las subastas a despecho de la expresa letra de la ley. Se fundamenta la necesidad de fijar la base en la participación de ligas de compradores en las ventas judiciales y en la aptitud de la base de precio como medio para combatirlos.

Creemos que la letra de la ley debe ser respetada y que estas imposiciones pretorianas son indebidas por interpretar la norma *contra legem* y porque desatienden uno de los fines primordiales que el legislador procuró consagrar: la venta célere del patrimonio del fallido. Como bien se ha señalado, la ley antiguamente previó la opción de que los acreedores solicitaran la tasación y fijación de base. Esa opción ha sido quitada por el legislador quien al hacerlo tomó una posición clara sobre el punto. Las sucesivas rondas de subastas con base rebajada importan un retraso importante para que los acreedores se hagan con su dividendo. Son medidas que desobedecen la ley y a la vez, en caso de fracaso, restan valor al dividendo por el mero transcurso del tiempo. Cabe recordar que los códigos procesales locales sólo son aplicables ante el silencio de la ley concursal y no pueden aplicarse para descartar la ley de fondo.

En muchas quiebras los oferentes aguardan la salida del bien sin base para ofertar libremente pues todos especulan –y con todo derecho– a obtener la adquisición del bien en cuestión por el mínimo precio. Vale decir, se especula desde el pretorio con la posibilidad de obtener un mejor precio sin advertir que la fijación de base tiene una incidencia más que relativa desde que los oferentes ponderan el valor de mercado y limitan el tope máximo de su oferta con total

prescindencia de la base. Como bien explica Porcelli<sup>1</sup> es, en definitiva, el mercado de donde emerge eventualmente la parte compradora que determina la cuantía del precio a obtenerse. Y, con ello, la posibilidad de satisfacción (total o parcial o ninguna) de los acreedores. Los jueces brindan seguridad jurídica pero no económica.

Es cierto que la fijación de un piso desalienta aventuras pero, a la vez, desalienta al público que hace una genuina especulación sobre la posibilidad de adquirir un bien a bajo precio.

La clave de la subasta se encuentra en el acto de remate con sus pujas. Son las pujas entre los oferentes las que favorecen un alza del precio. Mientras más oferentes concurren, mejores chances de una puja encendida en el remate, y del mismo modo, cuando concurre mucho público el accionar de las ligas de compradores queda limitado.

La única excepción que hallamos fundada para aceptar una base es para el caso de venta de un bien asiento de garantía real, en cuyo caso la aplicación del principio del art. 205 LCQ no se ve incompatible con la norma expresa del art. 208 LCQ, y todo ello con fundamento en la explícitos beneficios legales concedidos a los acreedores unidos con este tipo de preferencias.

En otras palabras, creemos que la fijación de base frente a la prohibición legal se basa en un activismo judicial mal entendido que produce retardos en el proceso de quiebra sin que sus ventajas pasen de la mera apariencia.

En todo caso, deben los magistrados articular los medios necesarios para aventar las ligas de compradores y su accionar corrupto. Siendo siempre lo más importante garantizar que el público pueda acceder libremente al sitio donde se efectuará el remate y una vez iniciado el acto que cualquier postor pueda participar con libertad y seguridad. Estas son las claves de una buena subasta y no la fijación de bases.

Sin perjuicio de lo dicho, la ley prevé con sabia flexibilidad aplicar, en todo lo pertinente, aquello que prescribe el art. 205 LCQ a la venta por subasta. De tal forma, y si la entidad de los bienes lo justifican, podría disponerse la confección de pliegos donde se detalle la calidad, detalle y conservación de los bienes a rematar.

Ni los jueces ni los síndicos tienen responsabilidad alguna en los valores que se obtienen sobre los bienes subastados si el remate se efectuó respetando las formas legales. En cambio, sí hay responsabilidad cuando los trámites falenciales se dilatan innecesariamente. Aún cuando el art. 217 LCQ sea draconiano en sus consecuencias no deja de ser una pauta interpretativa que no debe ser soslayada.

---

<sup>1</sup> PORCELLI Luis A., "Venta judicial en la quiebra. Aspectos jurídicos y económicos (Parte primera)", LL-1997-D- 1202.

## **El síndico concursal y las divisas virtuales: valores susceptibles de incautación y liquidación**

*Carlos Alberto Ferro*

### **Sumario**

El bitcoin o cualquier criptomoneda es un valor transferible que posee valor de riqueza, de tráfico comercial y negociación; es en definitiva un mecanismo de almacenamiento de valor digital y por lo tanto forma parte del activo del fallido, siendo susceptible de incautación y liquidación por parte del síndico mediante el uso de nuevas tecnologías.

### **I-Introducción**

Según especialistas la Argentina es el mercado más avanzado en América latina en lo que hace al bitcoin, aunque sorprenda; el desafío de usar bits de computadora representan un valor intercambiable por bienes y servicios -“dinero programable”- encuentra su soporte en el verdadero trasfondo de la criptomoneda: la blockchain o “cadena de bloques”. En un sentido muy simple, es una suerte de libro mayor contable, online y global, que contiene el historial de todas las transacciones alguna vez realizadas y que suma nuevas páginas, o “bloques”, a medida que se agregan los últimos movimientos.<sup>1</sup>

El bitcoin –la primera criptomoneda que empezó a circular y la más famosa– nació en 2009. Su misterioso creador, que se esconde bajo el pseudónimo de Satoshi Nakamoto, fue quien logró resolver una incógnita: cómo conseguir que un bien digital, que se puede duplicar perfectamente, pueda transformarse en uno registrado del que sólo una persona pueda ser titular.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> <http://thomsonreuterslatam.com>: “bitcoins la moneda virtual crece en la argentina y apunta a los clientes no bancarizados”; del 30/11/2016.

<sup>2</sup> [www.infobae.com](http://www.infobae.com): “La moneda del futuro: qué es, para qué se usa y cómo

La modalidad de comercio mediante criptomonedas –litecoin, ripple, entre otras- irrumpe en todas las transacciones, nacionales, regionales e internacionales por lo que en este trabajo solamente haremos una breve mención al aspecto de la incautación y liquidación de estos valores en el derecho concursal, ajustadas claro está, a las formalidades exigidas.

## II- Breves nociones generales

El bitcoin por su naturaleza y modalidad apunta a los clientes no bancarizados, lo que resulta ideal para sociedades o personas humanas, que trasuntan una economía libre de controles. Los bitcoins son susceptibles de ser incautados por el síndico, y traemos un caso ocurrido recientemente en Gran Bretaña, donde esta divisa virtual fue aprehendida por las autoridades por ser “producto de actividades ilícitas” realizadas por un ciudadano detenido.

Cuenta la crónica que al momento del allanamiento de su domicilio se encontró entre otros menesteres una **cartera fría para el resguardo de criptomonedas**,<sup>3</sup> mediante el uso de tecnología y de la asistencia legal, táctica y técnica se pudo acceder a la cartera digital, hallando 295 bitcoins; luego se solicitó permiso legal para transferir estos bienes a una cartera segura e intercambiarlos por moneda de curso legal (libras esterlinas) en una casa de cambio.

Tomando este antecedente y otros como el cierre de un operador de bitcoins en Japón<sup>4</sup>, el mundo del comercio digital abre nuevos interrogantes y desafíos del cual el derecho concursal no puede permanecer ajeno.

Llevando estos aspectos a nuestra legislación civil y comercial en cierta manera desfasada,<sup>5</sup> una de las alternativas en su tratamiento estaría dada por la situación del síndico que en el momento de una incautación puede y debe tomar registro informático de una cartera fría. Una cartera fría es un dispositivo que almacena parte de la cartera de un usuario

---

invertir”.

<sup>3</sup> <https://www.criptonoticias.com>: “Bitcoins incautados en Reino Unido fueron cambiados a libras por orden de un tribunal”; del 20/7/2018.

<sup>4</sup> <https://www.lainformacion.com>: “Japón pasa a la acción y ordena el primer cierre de un operador de criptomoneda”.

<sup>5</sup> Referimos a esto por cuanto el CCCN no contempla en modo alguno el concepto de criptomoneda o bitcoin, ni refiere a monedas digitales.

de manera segura, generalmente en hardware fuera de línea.<sup>6</sup>

En la actualidad, distintas compañías ofrecen una variedad de opciones para el almacenamiento de criptomonedas; de ello da cuenta un registro que bien puede ser utilizado por un perito informático para rastrear y llegar así a la cartera fría.

Esta nueva modalidad de activo tecnológico debe ser tenida en cuenta en estos tiempos de desaparición del dinero físico, pues representa un bien que puede y debe ser incautado y liquidado. Además de otros aspectos que exceden lo ponderado en este trabajo, el síndico debería requerir inexorablemente del auxilio de técnicos informáticos, cuerpo de peritos, que bien pueden ser suministrados por el Poder Judicial o por la Policía Federal o Gendarmería a requerimiento del tribunal.

El bitcoin o cualquier criptomoneda es valor transferible,<sup>7</sup> sostenido así por tribunales europeos, y posee por lo tanto valor de riqueza, de tráfico comercial y negociación; es en definitiva un mecanismo de almacenamiento de valor digital. Un valor desde el punto de vista jurídico económico es que la criptomoneda tiene aptitud para satisfacer necesidades económicamente apreciables. Manuel Ossorio en su siempre vigente diccionario jurídico manifiesta que el valor “... tiene la equivalencia de una moneda, sobre todo en relación con otra, con un patrón común”.<sup>8</sup>

En la sentencia referida, el Tribunal de Amsterdam explica: “*El bitcoin existe, a partir de una serie de números y letras única y digitalmente encriptada almacenada en el disco duro de la computadora del titular de los derechos. Bitcoin es entregado mediante el envío de bitcoins de una billetera a otra billetera. Los bitcoins son archivos de valor independientes, que el pagador entrega directamente al beneficiario en el caso de un pago. Se deduce que un bitcoin representa un valor y es transferible. En opinión del tribunal, muestra las características de un derecho de propiedad. Por lo tanto, un reclamo de pago en Bitcoin debe considerarse como un reclamo que califica para la verificación*”.

En ciertos países de Europa donde las criptomonedas no se usan como medio de pago o inversión resultando difícil su conversión

<sup>6</sup> <https://www.criptonoticias.com/colecciones/las-4-mejores-carteras-frias-de-bitcoin>; del 27/9/2015.

<sup>7</sup> <https://eurocoinpay.io/blog>: “Tribunal de Amsterdam considera que el bitcoin es un valor transferible” 26/3/2018.

<sup>8</sup> Manuel Ossorio: “Diccionario de Ciencias Económicas y Jurídicas” pág. 1008 ed. Heliasta

por estar prohibido su almacenamiento, la forma más segura de liquidarla ha sido por medio de subastas. Así en Bulgaria incautaron, por investigaciones criminales la cantidad de 213.519 Bitcoins valorados en 2,5 mil millones de dólares americanos, con los que el gobierno tiene pensado hacerlos líquidos mediante subastas a precio de mercado.<sup>9</sup>

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) no contempla referencia alguna a la criptomoneda, ni a la tecnología bolcokchain o sus similares, como era de esperarse. Al respecto el Dr. Eduardo Barreiro Delfino señaló que el Art. 765 del CCCN “...*demuestra una falencia estructural vigente en la sociedad argentina desde hace varias décadas, consistente en el divorcio entre los postulados de la ciencia jurídica y de la ciencia económica*”<sup>10</sup>; cuestiones teóricas que si bien importantes no solucionan ni allanan el camino al síndico en cumplimiento de sus deberes funcionales. La realidad económica se impone.

Sin embargo, por el hecho de que el CCN nada diga respecto de la vigencia del comercio digital y sus instrumentos de notoria influencia en el nuevo siglo, el síndico no debe omitir en su investigación, si la sociedad fallida o el fallido es titular de criptomonedas, de las cuales quedará desapoderado desde la sentencia de quiebra (art. 88 y 106 LCQ); para ello deberá incautar todo hardware del fallido y realizar las pericias mediante los técnicos antes mencionados.

Por ahora, sostienen los medios especializados nacionales, la Comisión Nacional de Valores (CNV) se enfocó en alertar a los inversores e interesados sobre los riesgos asociados a la falta de regulación específica, volatilidad de precios, y fraude; el Banco Central República Argentina (B.C.R.A.) por su parte optó por esperar a que el mercado crezca para luego aplicar una regulación adecuada.<sup>11</sup>

## II- Conclusion

Las divisas virtuales son un valor susceptible de incautación y liquidación (art. 107 LCQ) que integran el activo del fallido, y como tal su intercambio a moneda de curso legal o subasta, servirá para

<sup>9</sup> <https://criptomonedasvigilante.com> “El bitcoin incautado”.

<sup>10</sup> Eduardo A. Barreira Delfino: “Interrogantes del art. 765 del Nuevo Código Civil y Comercial” en <http://www.pensamientocivil.com.ar>

<sup>11</sup> <https://www.cronista.com>: “A contramano de otros países Argentina da aire a las-criptomonedas”.

satisfacer el pasivo verificado. Algunos argumentos en este sentido han sido expuestos por especialistas pero bien conviene recordarlos. Las criptomonedas son un medio de cambio, pues es objeto de intercambio a través de las herramientas del sistema digital, entre ellas como mencionamos la cartería fría; son una unidad de cuenta, cuando se realizan transacciones con bitcoins- o cualquier otra criptodivisa - los precios se establecen en esta unidad de medida de valor y son deposito de valor en el tiempo y en el espacio, esto es entre otras consideraciones, que el consumo que permite su tenencia puede realizarse en otro tiempo y lugar.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Ver entre otros Marcelo Loprete “Los bitcoins y el derecho argentino” en <http://www.abogados.com.ar>; del 16/12/2014.



## **Incautación: Deber de la sindicatura**

*Lucila I. Prono, Antonio Garcia Villareal y Manuel E. Prono*

### **Sumario**

La incautación constituye uno de los principales deberes de la sindicatura en al quiebra.

El síndico puede realizar los actos tendientes a la incautación sin necesidad de contar con autorización ni con oficiales de justicia u otros funcionarios designados por el juez. A su vez, el tribunal, teniendo en cuenta la complejidad de la incautación, los bienes en juego y los tiempos procesales, puede disponer que sea realizada por otro funcionario.

En la incautación debe regir el principio de inmediatez, según el cual una demora o una incautación realizada sin tener en cuenta la naturaleza de los bienes, puede causar un perjuicio difícil de reparar en el proceso y que repercutirá negativamente entre todos los interesados.

### **Antecedentes**

La más autorizada doctrina sostiene: “en ausencia del Síndico – ordinariamente por no habérselo designado todavía – el juez puede nombrar un funcionario incautador ad hoc (oficial de justicia, actuario, notario, etcétera)”<sup>1</sup>.

Bastaría esta sola mención para comprender que es el Síndico en su carácter de órgano-funcionario de los procesos concursales quien tiene el deber de incautar. Sin embargo, la práctica concursal muestra que existe una indisimulada tendencia de algunos tribunales hacia la designación de oficiales de justicia para que actúen en forma conjunta con el Síndico y lleven a cabo la incautación.

En este sentido nos hemos propuesto conocer y divulgar los antecedentes que sobre el particular recoge la doctrina y jurisprudencia.

Las sabias palabras del maestro Cámara, si bien referidas a contextos legales anteriores, sirven para consolidar esa idea rectora:

“Como derivación del desapoderamiento del deudor es tradicional en la sentencia “la intimación a todos los que tengan bienes y documentos del fallido, para que los pongan a disposición del liquidador, bajo las penas y responsabilidades que correspondan” rezaba el art. 53 inc. 2, de la ley 11.719 que el estatuto actual sintetiza: “orden al fallido y a terceros para que entreguen al síndico los bienes de aquél” (art. 95, inc. 3, L.C.)”.<sup>2</sup>

Y en el mismo sentido, ahonda en esta idea el autor citado: “El síndico debe reunir y reconstruir en su integridad el patrimonio del deudor, incautándose de los bienes en poder de éste o de terceros (art. 170 L.C.); en el último caso los tenedores pueden ser designados depositarios si fueren personas de notoria responsabilidad”<sup>3</sup>

En la misma cita Cámara hace referencia a varias legislaciones extranjeras donde se produce el mismo requisito de entregar los bienes incautados al síndico: el art. 15, inc. III ley mejicana, el mandamiento de asegurar y dar posesión de todos los bienes y derechos de cuya administración y disposición se prive al deudor en virtud de la sentencia (de quiebra, agregamos); art. 47 inc. 2, ley chilena; art. 1946, inc. 2, c.com de Colombia; art. 1332, inc. 3, c. com. De Honduras; art. 67, inc. 1, ley del Paraguay; etc.

En las legislaciones extranjeras citadas se puede advertir, en la actualidad, la participación directa del Síndico – en alguna de ellas se menciona al liquidador – en la incautación de bienes de los fallidos: (i) En Chile: una vez asumido el cargo el Síndico debe, en presencia del Secretario del Tribunal adoptar las medidas necesarias para recoger los libros, documentos y bienes del fallido; (ii) En Paraguay: declarada la quiebra, el Síndico está obligado a tomar las medidas necesarias para la guarda de libros, bienes y papeles del fallido para lo cual tomará posesión de ellos... El Síndico hará el inventario definitivo y el avalúo de todos los bienes; (iii) Colombia: La providencia de apertura del proceso de liquidación judicial dispondrá: ... 9. Ordenar al liquidador la elaboración del inventario de los activos del deudor...; (iv) México: entre los derechos y obligaciones del síndico se destacan: tomar posesión de la empresa y de los bienes del quebrado. Redactar el inventario de la empresa y de los bienes<sup>4</sup>.

Como se ve la participación del Síndico resulta imprescindible en las actuaciones dirigidas a materializar el desapoderamiento.

Otras legislaciones comparadas también reservan al funcionario similar participación. Así, la “legge fallimentare” impone al “curatore” (síndico) el deber de “retirar los sellos, elabora el inventario lo antes posible de acuerdo con las reglas establecidas por el código de procedimientos civil, presente o asesorado por el comité de acreedores...”<sup>5</sup>. Esta además aclarar que el “curatore” no es otro que el “raggioneri” es decir el contador público.

Se podría seguir con la enunciación de otras legislaciones donde, invariablemente, el Síndico tiene como una de sus principalísimas misiones, el deber de incautar.

Resulta útil rescatar las prescripciones que traía la ley 19.551, por ejemplo el art. 170: “Incautación: formas – Inmediatamente de dictada la sentencia de quiebra se procede a la incautación de los bienes y papeles del fallido ...

La incautación debe realizarse en la forma más conveniente, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y puede consistir en:

- 1) La clausura del establecimiento del deudor, ...
- 2) La entrega directa de los bienes al síndico, previa la descripción e inventario que se efectuará en tres ejemplares ...”<sup>6</sup>.

Sobre el particular, puede leerse en la exposición de motivos de la ley 19.551, antecedente inmediato de la actual legislación: “En ese sentido pueden destacarse: a) La posibilidad de realizar la incautación por distintos medios de acuerdo a la naturaleza de los bienes (art. 170); b) La perentoria ejecución de las medidas de incautación (art. 171); c) Las reglas sobre las obligaciones del síndico y oportunidad en que se hace cargo de los bienes (art. 172); d) La extensión de las medidas a los libros y documentos (art. 173)”<sup>7</sup>.

### La práctica actual

Parece necesario remarcar que, en la práctica, por lo menos en la primera circunscripción judicial de Santa Fe, pese a que la doctrina lo enseña y reafirma y los antecedentes lo confirman, los Tribunales no incautan a través de otras personas cuya nominación podría disponerse, en la medida que el Síndico no haya aceptado el cargo, sino que dilatan el acto hasta tanto haga su aparición en la escena procesal el órgano concursal cuestión que nos lleva a preguntarnos el porqué de tal actitud, y a respondernos: ¿será porque la incautación es una tarea *ingrata; dificultosa, compleja y hasta a veces peligrosa?* Pero, además de ello, en la mayoría de los casos que debe actuar el Síndico, se requiere de *prudencia, tacto, energía y, por supuesto, formalidad.*

Volviendo al punto inicial sobre la facultad-deber de la Sindicatura para practicar la incautación, resulta interesante la opinión de Pesaresi, reiterando el concepto de funcionario ad-hoc designado por el Tribunal para el caso que aún no hubiera Síndico: “Puesto que el síndico debe ser nombrado por sorteo público y su programación puede demandar unos días, el juez puede asignar al mismo oficial de justicia, al inventariador que haya nombrado al dictar la quiebra (art.88, inc. 10), o bien a un funcionario ad-hoc”<sup>8</sup>. Y en el mismo

sentido: “El poder de administración otorgado por la ley al síndico, va más allá de la simple conservación y custodia de los bienes, importa atribuirle toda una facultad jurídica y material, racionalmente necesaria para el manejo del pasivo del fallido con vistas a su conservación, mejoramiento y recolección de frutos, favoreciendo el desarrollo del patrimonio del quebrado”<sup>9</sup>.

No debe perderse de vista el principio de inmediatez que debe regir en la materia y que indica que una demora o una incautación realizada sin tener en cuenta la naturaleza de los bienes, puede causar un perjuicio difícil de reparar en el proceso y que repercutirá negativamente entre todos los interesados.

Podríamos agregar, todo ello en función de las amplias facultades que consagra el artículo 275 LCQ.

El Síndico posee la facultad y el deber de incautar los bienes de fallido y no requiere intervención de funcionario o agente alguno para cumplir esa tarea en forma inmediata. Esta investidura proviene de la propia ley. Ratificando esta postura que sostenemos, junto con autorizada doctrina que “normalmente, y aunque no se trate de una exigencia que surja de la letra propia de la ley, la incautación es realizada por la sindicatura luego de aceptado el cargo, que cuenta a esos fines con potestades suficientes, tales como el auxilio de la fuerza pública si lo requiriera”<sup>10</sup>. Ello no quiere decir que el síndico sea el único funcionario capaz de realizar la incautación ni tampoco que requiera sí o sí del auxilio de otros funcionarios designado por el juez.

---

<sup>1</sup> ROUILLON, Adolfo A. N.; Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522; Astrea 17ma. Ed., p. 315.

<sup>2</sup> CAMARA, Héctor, El concurso Preventivo y la Quiebra; Depalma, Vol. III, Bs As. 1982, p. 1746. La cita hace referencia a la ley 19551.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Ley de Quiebras de Chile 18175, de los Efectos de la declaración de quiebra; Paraguay Ley 154, De las medidas consiguientes a la declaración de quiebra; Colombia, Ley 1116, Régimen de Insolvencia; México: art. 15 nombramiento del síndico y de la intervención.

<sup>5</sup> Traducción del artículo 87 de la ley de quiebra de Italia.

<sup>6</sup> Art. 170 Ley 19.551

<sup>7</sup> Exposición de motivos de la Ley 19.551, Capítulo IV, Incautación, conservación y administración de los bienes, Sección I. Medidas comunes; punto 95.

<sup>8</sup> PESARESI, Guillermo Mario, Ley de Concursos y Quiebras, Anotada con jurisprudencia, Abeledo Perrot, Bs Aires, 2008, p.661.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> DI TULLIO, José Antonio Tratado de Derecho Civil y Comercial, Sánchez Herrero, Andrés, (Director); Sánchez Herrero, Pedro, (Coordinador), Bs.As., 2017, Ed. La Ley, Tomo X 9. Declaración de la Quiebra. Efectos personales y patrimoniales; pág. 775.

## **El decomiso de bienes provenientes del delito en el marco de un proceso concursal**

*Mariano Hugo Izquierdo, Ramiro Izquierdo,  
Rodrigo Izquierdo y Mónica Guadalupe Marinero*

### **1. Introducción**

En los últimos tiempos en nuestro país, se están empezando a ver gran cantidad de procesos penales iniciados a empresarios relacionados con la obra pública, funcionarios estatales implicados en delitos de corrupción, evasión tributaria, lavado de dinero proveniente del narcotráfico, trata de personas, etc.

Históricamente nuestro país se ha caracterizado por la falta de eficiencia por parte del estado para combatir los delitos económicos, de hecho si uno analiza el historial de condenas logradas por el sistema penal sobre este tipo de delitos, son muy pocas, en la mayoría de ellas termina operando la prescripción, y en el caso de llegarse a una condena, la misma se da muchos años después de cometido el ilícito siendo casi imposible reparar el daño que ese hecho le genera a la sociedad.

Es por esto que en el último tiempo y con los resonantes casos de público conocimiento que acontecieron en el país y en la región, se produjo una exigencia hacia la clase política para que se le dé una respuesta más eficiente a los delitos que tienen una connotación económica, generándose una presión social para que la política criminal direcciona una mayor cantidad de recursos hacia la persecución de este tipo de ilícitos.

Este tipo de delitos atacan a la propiedad de forma masiva, transcienden la esfera de los sujetos particulares damnificados para afectar al sistema económico en su conjunto, es por ello que es muy importante combatirlos y para esto debe existir una articulación entre

la justicia comercial con la justicia penal.

Hoy en día se está debatiendo en el congreso de la nación un proyecto de ley sobre extinción de dominio contra bienes que sean de origen o instrumento del delito.

La inquietud que se nos presenta es que pasa en el caso de una empresa que termina dentro de un proceso concursal, que a simple vista pareciera que realiza una actividad lícita pero en realidad esta entremezclada con una actividad de origen ilícito. ¿Qué pasa con los bienes de la empresa? ¿Qué destino tienen esos bienes en el caso de que no se pueda determinar con exactitud el origen el origen de los mismos? ¿Qué actitud tomar si existe por parte del estado pretensión sobre el patrimonio de la concursada y por ende se pone en peligro la continuidad de la misma? O en el caso de derivar en quiebra, ¿Cómo resguardar el derecho a cobro por parte de los acreedores de la empresa? En especial los laborales que se encuentran en una situación de mayor desventaja.

## **2. Breve comentario al modelo de ley sobre extinción de dominio**

Ley modelo sobre extinción de dominio es una iniciativa del programa de asistencia legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC) que da continuidad a una larga tradición de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). La elaboración de herramientas prácticas que facilitan la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo es una función principal de la oficina; por ello se espera que la ley modelo sea de utilidad para aquellos países que proyectan incorporar esta figura en su legislación interna. Argentina es uno de ellos de hecho hay un proyecto de ley en el congreso que se está tratando en estos momentos.

La extinción de dominio es un instituto jurídico dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita. Como tal, es un instrumento de política criminal que busca complementar el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por los países. Por su naturaleza y alcance, se constituye en un mecanismo novedoso y una respuesta eficaz contra el crimen organizado, ya que se enfoca exclusivamente en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal. El punto de partida del ejercicio fue el derecho a la propiedad que toda persona tiene y del cual nadie puede

ser privado arbitrariamente. En esa medida, la extinción de dominio reafirma la aplicación y reconocimiento de ese derecho y de otros conexos, en el entendido que los bienes adquiridos con capital ilícito no adquieren legitimidad ni pueden gozar de protección legal.

El concepto de extinción de dominio como una “consecuencia patrimonial” es sui generis y que el procedimiento es “autónomo” e “independiente” de cualquier otro juicio o proceso. En síntesis, se requiere de un procedimiento especial, sin el cual los países tardarían mucho en poder llegar a una aplicación efectiva y eficiente del mecanismo.

Esto quiere decir que el proceso de extinción de dominio sería un proceso aparte del proceso penal, es más una de las hipótesis es que tramite por el fuero civil y comercial.

En principio a considerarse que la acción de extinción de dominio es de carácter real, patrimonial, y estrechamente vinculada con el derecho de propiedad, es que se puede pensar que el juez natural de esta acción es el juez civil<sup>1</sup>.

La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna.

La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso.

### **3. Pretensión sobre los bienes en el caso de un proceso concursal**

Analicemos la hipótesis de un concursado o un fallido, que tiene entremezclada una actividad comercial lícita con una ilícita y que a su vez está siendo investigado por un delito que cae dentro de los supuestos de extinción de dominio.

Como sabemos según el art 21 de la ley 24.522, los procesos concur-

---

<sup>1</sup> JENNER ALONSO TOBAR TORRES “APROXIMACIÓN GENERAL A LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO EN COLOMBIA”. <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v14n26/v14n26a03.pdf>

sales producen la suspensión de los juicios del trámite de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso, lo que llamamos “fuero de atracción”, con la excepción de los casos enumerados en dicho artículo, este supuesto no sería uno de ellos, por lo que a simple vista se deduce que correspondería que sea atraído.

Ahora bien, en el caso de un proceso de decomiso, en el cual el estado tiene pretensión sobre los bienes del fallido, de los cuales no ha podido todavía probar el origen lícito o ilícito de los mismos, ¿Cómo se procedería?

Vayamos al supuesto de una empresa que realiza actividades lícitas, con bienes, empleados, inscripciones en los organismos correspondientes, etc.; dicha empresa es investigada a su vez por la realización de actividades ilícitas, supongamos delitos contra la administración pública, en ese momento se presenta en quiebra y los bienes son pretendidos por el proceso concursal y por el proceso de decomiso.

En la práctica es casi imposible determinar cuáles bienes fueron producto e instrumento de la actividad legal y cuáles de la actividad ilícita, por lo tanto habría que ver qué medidas se adoptan sobre los mismos para que no se vean perjudicados los acreedores del proceso falencial, que no tenían relación ni conocimiento de la actividad ilícita llevada a cabo por el fallido.

En la provincia de Santa Fe, a través de la ley 13.579 se creó la Agencia Provincial de Registro, Administración y Destino de bienes y Derechos Patrimoniales, la cual tiene a su cargo el registro, custodia, administración, conservación y disposición de los bienes y derechos patrimoniales que sean (o sean sospechados de ser) productos o instrumentos del delito,

Es decir que desde el inicio de la investigación Penal preparatoria, y a pedido de parte, el tribunal podrá optar por pedir las medidas cautelares necesarias para preservar los bienes en cuestión, en ese momento actúa la Agencia Provincial de Registro, Administración y Destino de bienes y Derechos Patrimoniales para tratar de preservarlos hasta que se esclarezca la situación de los bienes. Antes esto quedaba en manos del Juez, quien no tiene las herramientas necesarias para darle el destino apropiado según el tipo de bien del que se trate.

## Conclusión

El lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas es un problema que está afectando seriamente la economía a nivel mundial, las organizaciones delictivas lejos de ser rudimentarias como se piensa en el imaginario colectivo, tienen complejos sistemas de interconexión con actividades y empresas legales de manera de introducir en el mercado las ganancias provenientes de hechos ilícitos (narcotráfico, corrupción, etc.) generando entre otras cosas distorsiones en la economía.

Sin ir más lejos en este momento en nuestro país hay un caso de resonancia pública, la empresa Austral construcciones S.A., la cual luego de verse involucrada en casos de sobreprecio en la obra pública con un entramado de lavado de dinero de fondos provenientes del estado, se vio afectada en sus actividades, lo que la llevó a tener que presentarse en concurso preventivo y luego, terminar quebrando en Junio del corriente año por pedido de uno de sus acreedores.

La quiebra tramita bajo el número de expediente “AUSTRAL CONSTRUCCIONES S.A. s/QUIEBRA” expte.Nº22216/2017, y está radicado ante la jueza nacional en lo comercial María José Giry Traynor. siendo desinsaculada como sindicatura verificante el Estudio Contable “Ramos Méndez – Garbarini” y como sindicatura liquidadora al Estudio Contable “Stupnik, Stupnik & Varnavaglou”.

Un dato importante que se dio el 10 de abril del año 2017 es que la cámara federal de casación penal confirmó la decisión del juez Sebastián Casanello de entregar a la dirección de vialidad nacional maquinarias de las empresas de Lázaro Báez para ser usadas mientras dure el proceso penal en su contra, ante la sospecha de que “esos bienes pudieran constituir el provecho o producto del delito”, todo esto en el medio de un proceso concursal abierto que hoy terminó en quiebra.

El fallo reconoce que con estas medidas se aseguraría “la reparación del daño causado a la sociedad y al estado para el caso en que, en definitiva, se confirme la hipótesis bajo instrucción”.

Y también se argumenta la decisión de decomisar las maquinarias de la empresa en que internacionalmente nuestro país se comprometió a adoptar todas las acciones necesarias para lograr la identificación de bienes y el recupero de activos de origen ilícito al suscribir la convención de las naciones unidas contra la delincuencia

organizada transnacional y la convención de naciones unidas contra la corrupción, más las recomendaciones del grupo de acción financiera internacional (Gafi)<sup>2</sup>.

En ese marco, la cámara federal entendió “razonable” la decisión de Casanello de entregar al administrador de la dirección nacional de vialidad en carácter de depositario judicial de los rodados y equipos viales -propiedad de Austral Construcciones S.A. y Kank y Costilla S.A.-

Ahora bien, producida la quiebra de Austral Construcciones S.A. estos bienes deberían retornar al proceso falencial para que se liquiden y se pague a los acreedores y al resto de los intervinientes en la quiebra que tengan alguna pretensión de cobro.

No sería descabellado pensar que como síndicos nos encontremos en un concurso preventivo o una quiebra de una empresa que realice este tipo de maniobras, encubriendo actividades ilícitas pero con una estructura de empleados, bienes, que se confunden con actividades lícitas, y se produzca una contraposición de intereses entre el proceso concursal con el proceso de decomiso de los activos provenientes de actividades ilícitas.

La última parte del primer párrafo del art. 23 del código penal, cuando establece que los bienes decomisados pasan a pertenecer al estado “salvo los derechos de restitución o de indemnización del damnificado y de terceros”. Aquí hay derechos de terceros en juego, por lo que el decomiso debería aplicarse, pero el destino final no deberían ser las arcas públicas sino -en este caso- los acreedores del proceso concursal. Entendemos que el problema no radica en esto, sino en la dificultad que implicaría determinar con exactitud el origen de estos bienes, y mientras se investiga el mismo, ¿Qué pasa con los acreedores del proceso falencial que nada tienen que ver con la actividad delictual de la concursada?, especialmente el caso de los laborales que no pueden esperar a que se resuelva la cuestión, o en el caso de un concurso preventivo, en el que se paralizaría la actividad de la empresa (cosa que pasó en el caso que mencionamos) llevándola seguramente a una quiebra con todas las implicancias que ello tiene, afectando el principio de celeridad que debería regir en este tipo de procesos.

---

<sup>2</sup><http://www.eldia.com/nota/2017-4-11-2-8-45-confirman-que-vialidad-usara-maquinas-incautadas-a-baez>

## La liquidación del patrimonio fideicomitado debe estar a cargo de un síndico

*Carlos A. Molina Sandoval<sup>1</sup>*

### Ponencia

*La modificación del Código Civil y Comercial en materia de liquidación de fideicomiso es significativa. La insuficiencia de bienes es, en un sentido económico, similar a la cesación de pagos. El art. 1587, Cod. Civ. y Com. establece que en su parte pertinente que la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente*

*El órgano (o funcionario) encargado de colaborar con la liquidación del patrimonio fideicomitado debe ser un síndico designado de la lista de síndicos. No puede ser el mismo fiduciario (aun cuando sea un fiduciario de buena fe) ni tampoco un administrador o coadministrador concursal.*

*Una forma razonable de interpretación es que el régimen concursal se aplica supletoriamente en todas las normas, salvo aquellas que pudieran ser incompatibles con la finalidad de la liquidación del fideicomiso. En casos excepcionales y cuando el patrimonio fideicomiso así lo imponga, se puede modificar esta reglas: el juez siempre mantiene la facultad de ordenar las reglas necesarias para la eficiente liquidación.*

---

<sup>1</sup> Abogado (U. Nac. Córdoba). Master en Derecho Empresario (U. Empresarial Siglo 21, Cba, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (U. Nac. Cba.). Director de la Sala de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Córdoba. Prof. de Derecho Concursal y Cambiario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U. Nac. Cba. y de Derecho Societario y Seguros de la Universidad Católica de Córdoba. E-mail: camolinasandoval@yahoo.com.ar

*No es sujeto de salvataje concursal.*

## **I. Introducción**

El nuevo art. 1687, CCC, produce un cambio de paradigma fundamental en el esquema liquidativo del fideicomiso. La liquidación del fideicomiso es judicial y el juez tiene facultades oficiosas en ese sentido.

Es el juez competente (el concursal o con competencia concursal) el tribunal encargado de proceder a la liquidación del fideicomiso y proceder a la distribución del patrimonio fideicomitado. Para ello, deberá utilizar, en lo posible, las reglas concursales de venta de bienes. Excepcionalmente, podrá aceptarse la continuación de la empresa en liquidación cuando el fideicomiso desarrolle actividad empresaria. La actividad empresaria del fideicomiso no transforma al fideicomiso en una sociedad simple (anteriormente llamada de hecho). Las normas fiscales permiten dicha actividad e, incluso, el art. 320, CCC, le impone cumplir con las normas contables.

El art. 1687, CCC, señala en el supuesto de que los bienes fideicomitados sean insuficientes para atender esas obligaciones “y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según provisiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente”.

Es el tribunal el que debe tomar decisiones para una eficiente y adecuada liquidación de los bienes. Pese a que la LCQ (o el régimen concursal) no han demostrado ser herramientas eficientes de liquidación de bienes, es claro que el sistema jurídico actual no ha previsto normas especiales para ello.

El órgano encargado de la liquidación del patrimonio fideicomitado debe ser un síndico. No puede serlo el órgano fiduciario ni un administrador, co-administrador o interventor. Es el órgano natural para ello. No es necesaria el establecimiento de una lista de “síndicos” de patrimonios fideicomitados, ya que –a la postre– comparten muchos de los ejes procesales y pautas concursales. No es conveniente que se establezca un mecanismo de “liquidadores fiduciarios” similares a las compañías de seguros.

## II. Ventajas de la liquidación a cargo de un síndico

El síndico es el órgano idóneo para la liquidación del fideicomiso. El fiduciario, como ente privado, es incapaz de resolver problemas, más allá que está obligado a colaborar (conforme lo señala la LCQ, art. 102 y 274, LCQ).

Atento ello, cabe señalar que:

*(i)* la liquidación a cargo de un juez permite unificar todo el régimen en una misma causa que, conforme una aplicación supletoria del régimen concursal, debe respetar los principios de universalidad e igualdad de los acreedores;

*(ii)* el juez competente será, inicialmente, el concursal, salvo que por la naturaleza especialísima de la cuestión pudiera establecerse una solución diferente (v.gr., familia, civil, etc.). Y por ello, el síndico se muestra como el órgano adecuado. La liquidación del fideicomiso (y la declaración de liquidación de algunos fideicomisos) suele ser dictada por el juez concursal, impone el sorteo de un funcionario que colabore con la liquidación, impone una labor informativa (contable, fiscal e incluso concursal) y requiere de la presentación de los informes concursales (individual, general y proyecto de distribución) y la contestación de vistas y traslados en temas previstos por la LCQ;

*(iii)* un administrador judicial, o incluso el mismo fiduciario, no están capacitados naturalmente para desarrollar estas tareas. Esto no significa que no puedan hacerla; pero la labor impone el desarrollo de tareas que no difieren de las que debe realizar un síndico. Entonces, ¿por qué nombrar otro funcionario? ¿Cuál es la ventaja que ello conlleva?

*(iv)* También permite tomar medidas adecuadas de conservación del patrimonio fideicomitado, en caso de resultar necesario.

*(v)* Ello no significa que, en caso de resultar necesario, el juez no pueda integrar la labor síndica con la de un administrador cuando ello sea necesario.

## III. ESTRUCTURA ARGUMENTAL.

El CCC no define pautas ni vías de acceso al proceso de liquidación judicial ni muchas de las cuestiones prácticas que se pueden

suscitar. Simplemente establece la facultad del tribunal de fijar el procedimiento sobre la base de las normas concursales.

En la liquidación judicial del patrimonio fideicomitado la designación de un síndico es ineludible. Incluso en patrimonios no muy complejos, con uno o dos inmuebles, se requiere de la imparcialidad de un auxiliar del tribunal.

El tribunal concursal carece de medios materiales para llevar a cabo muchas de las medidas tendientes a la conservación y liquidación del patrimonio fideicomitado. Requiere de un funcionario (u órgano, según la clásica visión de Maffía) que materialice muchas de las disposiciones que se ordenen y para que fundamentalmente realice una investigación contable y fiscal del patrimonio. Además, que tome participación en los distintos asuntos relacionados con la gestión y administración del patrimonio fiduciario. Incluso en un procedimiento previsto por el régimen concursal que no preveía expresamente el síndico como es el acuerdo preventivo extrajudicial, existió un criterio pretoriano que designó un órgano sindical.

La regla para interpretar el art. 1687, CCC, debe importar que la LCQ se aplicará en todo el proceso de liquidación del patrimonio fideicomitado, salvo que se pueda justificar razonablemente la exclusión de determinadas y específicas normas concursales.

En el caso de fideicomisos de construcción, su liquidación no difiere de la quiebra de una sociedad que tenga por objeto la construcción de un edificio. Ergo, es el síndico el órgano adecuado para su liquidación.

El fiduciario no tiene herramientas técnicas para desarrollar procesos concursales. Muchas veces, incluso, ha sido el causante de la insuficiencia de dichos bienes. Ello no significa que, según el caso, no pueda participar en el proceso concursal. Pero lo hará sobre la base del desapoderamiento del patrimonio fideicomitado y como base para tutelar el derecho de defensa.

Tampoco el administrador es idóneo. La labor concursal tiene reglas específicas y una serie de reglas y pautas que equiparan específicamente sus funciones. Si el CCC no estableció lo contrario, el juez no lo podría hacer salvo que se justifiquen necesidades o circunstancias excepcionales.

**IV. EL FIDEICOMISO NO ES SUJETO DE CRAMDOWN.**

Aceptada también la posibilidad de concursarse preventivamente, cabe señalar que el fideicomiso no es puede ser sujeto del proceso de salvataje (art. 48, LCQ).

Aun cuando el juez tiene facultades para aplicar la LCQ (incluido el art. 48) en lo permitente, pensamos que ello no es suficiente para legitimar la posibilidad de que el fideicomiso pueda recurrir al cramdown.

No sólo porque existen muchas liquidaciones y personas jurídicas que no son sujetas de salvataje sino porque prima facie luce como un procedimiento ajeno a la realidad de los fideicomisos.



## **Sentencia de quiebra recurrida y oportunidad de la liquidación falencial**

*Rubén R. Morcecian*

### **Resumen**

El procedimiento de liquidación de los bienes integrantes del activo falencial responde a principios basilares que informan el instituto y no pueden ser omitidos al momento de disponerlo. Asimismo dichos principios tienen directa incidencia en la oportunidad de la liquidación, la cual solo es posible llevarla a cabo como tal una vez que la sentencia de quiebra haya adquirido firmeza o hay vencido el plazo para su conversión en concurso preventivo. Por tanto no es posible so pretexto de actos conservatorios o preparatorios enderezar el proceso a una verdadera actividad liquidatoria que puede comprometer la integridad del activo (además de nuevos gastos que aumentan el pasivo) de la deudora en caso de revocación de la sentencia de quiebra.

### **Desarrollo**

De la práctica profesional se han detectado numerosos supuestos en los que ante una sentencia de quiebra recurrida, es decir que no se encuentra firme, se han desarrollado, bajo el pretexto de actos preparatorios y hasta conservatorios de los bienes, verdaderos trámites enderezados a la liquidación.

Tales actos importan claramente incurrir en un exceso y desconocimiento del régimen liquidatorio (el cual establece claramente cuando y de que forma se podrá comenzar esta etapa) que puede llegar a comprometer el activo y la estabilidad financiera y económica de la deudora en el caso de revocación de la sentencia de quiebra y en su caso la responsabilidad de los funcionarios involucrados en la prematura liquidación.

## Principios rectores de la etapa de liquidación

De una lectura integradora de la ley es posible identificar algunos principios o pautas orientadoras sobre como resulta el trámite de liquidación en la quiebra.-

1) *Celeridad*: Es evidente que el legislador ha querido imprimir al trámite liquidatorio una característica de celeridad, ya que el propio art.203 establece que la liquidación comenzara de inmediato y luego el 217 establece que todo el proceso debe efectuarse en 4 meses con posibilidad de prorrogarlo por 90 días más. Es evidente que la celeridad esta además impuesta por propias razones de conveniencia, desde que el mantenimiento de los bienes en poder del deudor sin liquidar por un tiempo prolongado no solo retrasa el pago a los acreedores que ya vienen soportando incumplimiento y postergación de su crédito, sino que además conspira contra la eficiencia de la liquidación por cuanto los bienes sin liquidar exigen gastos de mantenimiento, custodia, etc. los cuales serán soportados por la propia quiebra restando posibilidades de pago suficiente a los acreedores o en su caso la entrega de algún remanente al propio deudor.

2) *Conservación de la empresa*: Si bien tradicionalmente se afirma que la liquidación tiene como fin la venta del activo para cancelar el pasivo y como antes dijimos este trámite debe hacerse con celeridad , ya la ley 19551 y luego la vigente 24.522 ha priorizado el hecho de la conservación de la empresa aun en la etapa de liquidación a través de la posibilidad de venta de la empresa en marcha, lo cual resulta consecuencia de la posibilidad de decidir la continuación de la explotación (en sus dos variantes , la llevada por la Sindicatura y la explotada por la cooperativa de trabajadores ).

3) *Mantenimiento de la fuente de trabajo*: La ley 26.684 ha introducido numerosas reformas al régimen concursal, entre ellas algunas relativas al participación del los trabajadores en la fase de liquidación del activo, En efecto, conforme surge del art.203 bis y 205 inc.2 los trabajadores organizados en cooperativas de trabajo podrán solicitar la adquisición de la empresa y requerir la adjudicación de la misma. Esta posibilidad se enmarca en un nuevo espíritu protectorio del que se ve imbuido la legislación concursal cual es la tutela de la fuente de trabajo (véase además el art.205 inc.8).-

4) *Publicidad de los actos de venta*, sea por medio de licitación, subasta o venta singular, la publicación de edictos garantiza la concurrencia y transparencia del procedimiento.

5) *La ponderación Judicial para la adjudicación del bien* en cuestión: Si bien, como lo señala Rivera, en la liquidación tiene vigencia el principio de prevalencia del mayor precio, en la actualidad la ley sin relegar dicho principio, agrega pautas de ponderación judicial a los fines del otorgamiento de la adjudicación, y que consisten en evaluar el aseguramiento de la continuidad de la explotación empresaria mediante un plan de empresa y la magnitud de la planta de personal que se mantiene en actividad como tutela efectiva de la fuente de trabajo (art.205 inc.8).-

6) *Pago de Contado*: La venta se debe realizar al contado sin poder otorgar el beneficio de plazos de pago (art. 205 inc. 4) y con garantía de mantenimiento de la oferta (art. 205 inc. 5). No obstante ello debemos señalar que si bien la ley 24522 modificó el criterio de la normativa anterior que posibilitaba el pago del precio en cuotas, igualmente parecería que en la actualidad también se puede prever el pago en cuotas ya que el art.205 inciso 8 establece que “*el plazo para el pago del precio podrá estipularse en el pliego de licitación*”. La norma no es clara ya que se advierte, cuanto menos, una contradicción entre lo previsto en el inciso 3 y el inciso 8 del mismo artículo 205 pero si de establecer un pago se trata este puede referirse al momento de integrar el total o disponer distintos tiempos para el pago (cuotas?)

### **Oportunidad de la Liquidación**

En el etapa de liquidación si bien imperan los principios antes referidos, es claro que todo debe desarrollarse en la oportunidad que la ley establece, la celeridad, por caso, no puede como tal imponer al proceso y so pretexto de dotar a todo de rapidez, instar actos que impliquen actos liquidatorios como ser requerir tasaciones especiales, peticionar informes y certificaciones, llamado a explotación o concesión para la continuidad de un servicio o solicitar traslado y depósito de bienes para su tasación o exposición. Estos son actos que tienen como finalidad evidente la liquidación.

Si bien es cierto que en la ejecución derivada de la falencia, el juez está imperativamente obligado a vender (careciendo de relevancia el impulso y/o estímulo procesal de los acreedores) en tanto no opere de manera firme alguna de las formas conclusivas de la quiebra; y que la liquidación falencial abarca todos los bienes del deudor fallido como regla general, (a diferencia de la ejecución individual que

sólo se refieren a bienes determinados en su patrimonio -en general, previo embargo-) la imperatividad legal solo opera una vez firme la sentencia de modo que solo en ese estadio se pueda iniciar la etapa liquidatoria .

El principio general que rige la oportunidad de la liquidación surge del art.203 LCQ, "*Oportunidad*. La realización de los bienes se hace por el síndico y debe comenzar de inmediato salvo que se haya interpuesto recurso de reposición contra la sentencia de quiebra, haya sido admitida por el juez la conversión en los términos del artículo 90, o se haya resuelto la continuación de la explotación según lo normado por los artículos 189, 190 y 191"

La liquidación falencial ha de iniciarse en forma inmediata luego de dictada la sentencia de quiebra. La "inmediatez", señala Garcia Martinez, ha de ser equiparada a rapidez y eficiencia, de modo tal que la realización de los bienes en forma rápida posibilite una rápida distribución de los fondos para morigerar en parte el perjuicio sufrido por los acreedores.

La etapa liquidatoria, ordenada en la sentencia de quiebra, debe entonces comenzar de inmediato salvo que concurren algunas de las circunstancias que enumera la ley:

- 1) recurso de reposición pendiente (arts. 94 y 97 LCQ);
- 2) admisión de la conversión de la quiebra (art. 90 LCQ);
- 3) recurso de apelación contra la sentencia de quiebra indirecta cuando ésta es procedente (art.61 y 63);
- 4) recurso de apelación pendiente contra la sentencia de quiebra decretada por extensión.
- 5) Se haya resuelto la continuación de la explotación según lo normado por los arts.189, 190 y 191.

Si bien la ley refiere a inmediatez, lo cierto es que la rapidez y eficiencia dependerán de si los bienes son ubicables de modo que sean incautados y luego realizados. En el caso contrario es obvio que el trámite de liquidación se retrasará hasta tanto los bienes que integran el activo sean ubicados.

En este aspecto se debe tener presente que el art. 217 LCQ exige que las enajenaciones deben ser efectuadas en el plazo de 4 meses desde la fecha de quiebra o desde ella quede firme si se interpuso recurso de reposición , con la posibilidad de ampliar dicho plazo en 90 días mediante resolución judicial fundada. La finalidad de la

norma radican en evitar procesos que se dilaten y con demoras que no benefician ni al deudor ni a los acreedores. Si bien es usual que por la propia dinámica del proceso falencial tales resultan de cumplimiento casi imposible, la sola existencia de la norma permite que los funcionarios encargados de la liquidación se preocupen por imprimirle al trámite la rapidez que la propia ley exige, no obstante lo cual resulta de buena practica informar periódicamente sobre las diligencias realizadas en orden a efectuar la liquidación por cuanto el incumplimiento de los plazos es causal de remoción automática del síndico y del martillero o persona designada para la enajenación, además que respecto del Juez podrá ser considerado como causal de mal desempeño.

Si bien el art.203 citado dispone que la realización de los bienes se hace por el síndico, lo cierto es que el síndico solo es el funcionario que se desempeña como liquidador pero no es quien lleva adelante los actos tendientes a la efectiva realización de los bienes. El síndico tendrá funciones de instar la liquidación, preparatorias de ella y deberá adjuntar los documentos necesarios como informes, certificados y títulos de los bienes para preparar la liquidación, conforme algunos de las formas determinadas por la ley. Esta liquidación deberá ser llevada a cabo por quien haya sido designado a tal efecto por el juez en oportunidad del dictado de la sentencia de quiebra.

Y va de suyo que tratándose de venta judicial en la liquidación falencial ni el síndico ni el enajenador resultan vendedores, sino que quien vende es el órgano judicial, el cual como señala Palacio resulta investido de un poder autónomo instado por el pedido de venta que formula el ejecute en el periodo correspondiente al cumplimiento de la sentencia de remate.

La salvedad de lo antes expuesto esta en los Bienes percederos. En efecto, el art.184LCQ prevé que en cualquier estado de la causa, el síndico *debe pedir la venta inmediata de los bienes percederos, de los que estén expuestos a una grave disminución del precio y de los que sean de conservación dispendiosa*. Esta enajenación se debe hacer por cualquiera de las formas previstas en la Sección I del Capítulo VI, es decir las que se regulan entre los arts.203 a 216 LCQ, mas si la urgencia del caso lo requiere el juez puede autorizar al síndico la venta de los bienes percederos en la forma más conveniente al concurso, venta que se hará o por los modos que prevé el citado capítulo VI, secc.1 o por los que el juez o delegando en el síndico estimen mas convenientes.,

Ahora bien, sentado que no es posible comenzar los trámites liquidatorios hasta tanto la sentencia no se encuentre firme, salvo el caso antes señalado de los bienes perecederos, es claro que no es posible admitir en instancias de quiebra recurrida actos conservatorios o preparatorios que importen derechamente actos liquidatorios.

Resumiendo, la ley concursal en su art. 217 establece dos claros principios temporales en orden al comienzo de la etapa liquidatoria. Así el art. 202 establece que la liquidación debe comenzar de inmediato salvo que se haya interpuesto recurso de reposición contra la sentencia de quiebra y el art.217 expresa que el plazo de liquidación se deberá contar desde la fecha de quiebra o desde que haya quedado firme si se interpuso recurso de reposición.

Es decir que la ley es clara en cuanto el proceso de liquidación solo puede comenzar y su plazo contar a partir de que la sentencia que declara la quiebra haya quedado firme o se haya vencido el plazo de conversión. En consecuencia no es legalmente posible emprender actividades o tramites relativas o atingentes a la liquidación antes de tal circunstancia

El acto preparatorio solo puede limitarse a supuestos que de ningún modo impliquen asunción de gastos para el concurso ya que de admitírseles se corre el riesgo de engrosar el pasivo por el aumento de gastos y de revertirse la sentencia de quiebra dichos gastos podrán comprometer la integridad del activo y estabilidad económica y financiera de la deudora ahora no quebrada .

## 5. Honorarios

---

### Armonización de límites a la regulación de los honorarios en la quiebra al concluir la realización

*Daniel Fernando Alonso*

#### Sumario

Entre los supuestos en los que procede la regulación de honorarios de los funcionarios y profesionales por el juez concursal, se encuentra el referido a aquella a efectuar al concluir la realización de los bienes desapoderados. El sistema concursal de aranceles instituye al “activo realizado” como base para la regulación y tres límites para el monto conjunto o total a repartir en concepto de honorarios entre todos los funcionarios y profesionales intervinientes. Existen circunstancias fácticas en que tales límites no pueden aplicarse simultáneamente. Ello ocurre cuando el límite mínimo –mayor- de “tres sueldos de secretario” excede al límite máximo -12% del activo realizado-. La presente ponencia postula una solución a este interrogante, consistente en integrar el sistema a través de aplicar por analogía la norma del art. 271, segundo párrafo LCQ, perforando el tope máximo.

#### Ponencia

1.- En los supuestos en que el activo realizable implique la imposibilidad fáctica de aplicar simultáneamente los tres parámetros limitativos previstos en el art. 267 LCQ para la regulación de honorarios de funcionarios y profesionales intervinientes, el juez al regular puede recurrir por analogía al criterio excepcional previsto en el art. 271, segundo párrafo LCQ, procediendo a perforar sólo uno de los tres topes legales -el tope superior del 12% del activo realizado-, conservando aplicables los dos restantes referidos al tope mínimo del 4% del activo a distribuir y de tres sueldos de secretario de esta jurisdicción-.

2.- La solución postulada permite atender el principio de proporcionalidad y de justa retribución, recurriendo al menor quebrantamiento posible de los límites legales.

3.- La solución propiciada no obsta a que, en aquellos supuestos en que el monto resultante de aplicar el límite mínimo de “tres sueldos de secretario” supere al monto del activo a distribuir –es decir, no sólo su 12% sino su 100%-, sea la misma aplicada conjuntamente con la, también excepcional, perforación del límite mínimo, a fin de evitar una retribución desproporcionada a la importancia de los trabajos.

## I. Introducción al conflicto y objeto de esta ponencia

El art. 265 de la ley 24.522 (B.O.: 09.08.1995)<sup>1</sup> –en adelante, LCQ- establece los supuestos en los que procede la regulación de honorarios de los funcionarios por el juez concursal. Entre ellos, su inciso 4 prevé la regulación “[a]l finalizar la realización de bienes en la oportunidad del art. 218” –norma referida al informe final y proyecto de distribución-. El primer párrafo del art. 267 de la misma ley, titulado al “monto en caso de quiebra liquidada”, instituye al “activo realizado” como base para la regulación y fija tres límites para el monto conjunto o total a repartir en concepto de honorarios entre los funcionarios y profesionales intervinientes. Dos de esos límites son mínimos y alternativos entre sí –“el que sea mayor”- y el restante es un límite máximo. Dos de esos límites refieren a porcentajes del activo realizado, el otro señala el valor de “tres sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción en que tramita el concurso”.

¿Cómo proceder cuando conforme el resultado de la realización, el “activo realizado” en el caso determina la imposibilidad fáctica de aplicar simultáneamente los tres límites en la regulación, supuesto que ocurre cuando el límite mínimo mayor –“tres sueldos de secretario”- excede al límite máximo –12% del activo realizado-?

Responder a este interrogante constituye el objeto de la presente ponencia. Para ello, dejamos aclarado que la misma no pretende resolver otros interrogantes –igualmente atractivos y relevantes- que han ocasionado frecuentes conflictos, como ser, entre otros: el elenco de sujetos comprendidos en la expresión “funcionarios y profesionales” (art. 267), la inclusión o no de sus trabajos en incidentes concursales, el alcance del concepto “activo realizado” o el modo o porcentaje de distribución entre ellos.

---

<sup>1</sup> Hoy vigente con las modificaciones introducidas por ley 25.563 (2002), 25.589 (2002), 26.086 (2006), 26.684 (2011) y 27.170 (2015), entre las principales.

## II. El supuesto determinado a analizar

El conflicto a analizar surge cuando, en el caso concreto, la aplicación de los parámetros que establece la norma del art. 267 LCQ –norma que permanece inalterada desde la versión original de la ley- da por resultado una imposibilidad fáctica consistente en que el *mínimo*, determinado conforme los parámetros normativos, supera al *máximo* establecido por aplicación de la misma norma. Concretamente, esto ocurre cuando determinándose el monto mínimo a aplicar, es decir, el mayor entre los dos límites mínimos, en el de los “tres sueldos de secretario”, dicho monto, en el caso, excede el obtenido como límite máximo, conforme el 12% del activo realizado.<sup>2</sup>

Tal específica circunstancia fáctica impide respetar simultáneamente las pautas mínima y máxima. Para resolverlo se requiere de una aplicación del sistema cerrado de honorarios de la ley concursal (arts. 265 y siguientes), de un modo coherente y armonizante de todo el ordenamiento jurídico -arg. art. 2 CCyCom-,<sup>3</sup> superador de la contradicción apuntada y que pondere adecuadamente los distintos intereses involucrados incluyendo el garantizar un piso mínimo que salvaguarde la justa retribución de los profesionales intervinientes, extremo que debe ser considerado –como veremos- al procurar la solución del conflicto (cfr. art. 271 LCyQ).

## III. La evolución legislativa en torno a los honorarios

Los desvelos respecto de la compleja, sensible y debatida cuestión de los honorarios en la quiebra no resultan nuevos en nuestro derecho.

Históricamente, surgió primero la preocupación por los límites máximos. Ya Ramón Castillo resaltaba las muchas críticas que habían recibido las estimaciones de honorarios por los jueces, anteriores al dictado de la ley 4.156 (B.O.: 31/12/1902), ley ésta que “se hizo cargo de esa crítica y autorizó a los acreedores a fijar los hono-

---

<sup>2</sup> Esta circunstancia suele a su vez, en la práctica, implicar que los *mínimos* legales - 4% del activo realizado o tres sueldos de Secretario-, arrojen: en el primer caso, un monto muy exiguo a repartir entre los funcionarios y profesionales intervinientes, no acorde con la labor profesional realizada por ellos; y, en el segundo, un monto muy elevado confrontado con el activo que puede incluso exceder al valor del activo a distribuir.

<sup>3</sup> Recientemente, por la solución de la consideración de la “voluntad de legislador”, puede verse: CNCom, Sala C, 12.07.2018. “Teceka S.A. s. quiebra”. RC J 4601/18.

rarios de los funcionarios del juicio (art. 70)".<sup>4</sup> El referido autor del proyecto que se convirtiera en la ley 11.719 (B.O. 30/09/1933 - ADLA 1920 - 1940, 325) señaló que se debía establecer una escala a la que someterse para la regulación de honorarios y retribuciones. A ello lo plasmó en el art. 101 de la ley 11.719, norma que disponía que: "la totalidad de los honorarios y retribuciones del juicio de quiebra y sus incidentes se fijará sobre la base del activo liquidado con arreglo a la siguiente escala...". Allí se preveía un límite total, máximo y en porcentaje descendiente en forma inversamente proporcional al activo liquidado -solución que no es extraña en materia de leyes arancelarias para profesionales actuantes en juicio-.

Y aún cuando tal normativa no estuvo exenta de dificultades,<sup>5</sup> el dictado de la ley 19.551 (B.O.: 08/10/1984), sin perjuicio de su nueva modificación de la regulación, pudo ser interpretado por Argeri como una continuación de "principios generales -que ha ratificado la ley en vigencia elaborados por nuestra doctrina...".<sup>6</sup> Ahora bien, el mismo autor sostuvo que "la aplicación de la escala, entre máxima y mínima, establecida en las normas arancelarias, debe adecuarse a la eficacia de los trabajos, al tiempo insumido, a la complejidad de las cuestiones y modalidades del asunto".<sup>7</sup>

Con tal síntesis, llegamos a la ley vigente, la que exhibe una inocultable finalidad de atender a similares críticas. Por ello, consagra un principio de economía de los costos concursales -conservando el parámetro del valor del "activo realizado" (cfr., art. 290 Ley 19.551 y art. 267 LCQ)-, pero a la vez incorpora el estándar de los "tres sueldos de secretario" (cfr., las mismas normas). Así, la ley vigente podría en cierta medida considerarse alineada con la interpretación de la ley falimentaria que persigue evitar que los emolumentos de los funcionarios se conviertan en "desproporcionados con el dividendo que perciban los acreedores",<sup>8</sup> ello fundado en que el legislador

<sup>4</sup> Ramón S. Castillo, *La Quiebra en la Derecho Argentino*. T. I. Buenos Aires, Tall. Graf. Ariel, 1940, p. 322.

<sup>5</sup> Confrontar, por ejemplo, el debate en el fallo pleno de la Cámara Nacional de Comercio en: 04/07/1963, "Ciganotto y Cía S.R.L., Santiago". LL 111, 337 y LLO: AR/JUR/49/1963.

<sup>6</sup> Saúl A. Argeri, *La quiebra y demás procesos concursales*, t. 3. La Plata, Editora Platense, 1974, p. 338.

<sup>7</sup> *Ibid*, con cita de numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante la vigencia de la ley 11.719.

<sup>8</sup> Cfr., CCivCom Rosario, sala 3, 29/08/2001. Coop de taxímetros de Rosario. LL Litoral 2003-540 - LLO AR/JUR/1858/2001. Hemos seguido este criterio en: CCivCom SF, sala I, 14.08.2017, "Tecbrass S.R.L. s/ concurso preventivo (hoy

incorporó con criterio de excepcionalidad,<sup>9</sup> un criterio de equidad en el art. 271 LCQ -que también se mantiene en su versión original-, canon diferente a su predecesor art. 294 de la ley 19.551.<sup>10</sup>

#### IV. El criterio de equidad previsto en el art. 271 LCQ frente al art. 267 de la misma ley

Se ha interpretado que regular honorarios en un procedimiento falencial “supone el examen de una pluralidad de circunstancias –económicas y no económicas- cuya armonización debe procurarse en cada caso en particular, a fin de determinar una retribución digna y equitativa donde la labor cumplida constituye un elemento esencial a considerar”.<sup>11</sup>

A fin de aplicar tal criterio de equidad -insisto- previsto en el art. 271 LCQ, la razonabilidad del mismo debe conjugarse con la naturaleza

quiebra)”, disponible en: <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php> cita: 683/17 (cfr., considerando 6.2.1).

<sup>9</sup> Adolfo A.N. Rouillon, *Régimen de concursos y quiebras*, 17ma. ed., 1ra. reimpr. Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 428.

<sup>10</sup> El primer párrafo de la norma en cuestión consagra también la inaplicabilidad de las leyes arancelarias locales en los concursos. Es que el sistema arancelario concursal implica que deban aplicarse imperativamente sus normas, como regla y por derivación del principio de especificidad y vocación de autosuficiencia del mismo, y, aún los vacíos normativos en la materia habrán de ser resueltos primeramente mediante la aplicación por analogía de las disposiciones concursales para casos similares y, sólo posterior y subsidiariamente, mediante la aplicación de las leyes arancelarias locales sujeto esto a que la solución que proponga la normativa arancelaria local resulte compatible con los principios rectores de los procedimientos concursales (En similar sentido: Adolfo A. N. Rouillon – Sergio Ruiz, “Comentario al art. 271 LCQ” en Adolfo A.N. Rouillon (director) – Daniel F. Alonso (coordinador). *Código de Comercio Comentado*. T. IV-B. Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 751.

Así, aunque durante la vigencia del régimen concursal regido por la ley 19.551 -en solución aplicable en el régimen vigente-, se ha sostenido que resulta preferible agotar la auto-integración de la misma ley, antes que la aplicación subsidiaria de las normas arancelarias locales (cfr., Cám. Apel. Civ. y Com., Rosario, Sala III, 11.03.1991, “Giacomelli, Abel s/ Concurso Civil Preventivo”, *Zeus*, 59-J-203). Ver también considerando III en: SC BA, 01.11.1994. “Confelom S.A. s/ conc. prev.”. *LLBA* 1994-252, entonces señalando la aplicación del art. 1.627 del Código Civil –hoy aplicable art. 1.255 CCyCom.

<sup>11</sup> Guillermo Mario Pesaresi, *Ley de concursos y quiebras*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 843-844, con cita al fallo: C.C.,Com,TrabyFlia, Villa Dolores, 11/02/1999, “Male, Marcelo J y otra s/quiebra propia”, con voto en disidencia del doctor Yunen. *LLC* 2000-729 – *LLO AR/JUR*/350/1999 (ver en particular el considerando II del voto de la mayoría).

del procedimiento falencial, regido por un principio general implícito de proporcionalidades y por la trascendencia en él de la labor de los funcionarios y profesionales. Por ello, sus honorarios deben ser en sí mismos equitativa y prudentemente estimados.<sup>12</sup>

La presencia de los límites establecidos en el art. 267 permite interpretar que el legislador se interesó coetáneamente por fijar un tope máximo (12% del activo realizado) con la intención de limitar costes exorbitantes. Simultáneamente se ocupó por establecer un piso mínimo (4% del mismo o tres sueldos de secretario, el que sea mayor) con la explícita voluntad de asegurar una regulación digna a los profesionales intervinientes preservando para ellos una justa retribución, máxime cuando incorporó también el parámetro del sueldo de secretario.<sup>13</sup>

La inclusión de un criterio de equidad en el art. 271, segundo párrafo, LCQ, en línea con la búsqueda del equilibrio entre la protección constitucional inherente al principio de justa retribución de los profesionales y las tutelas protectorias del derecho de propiedad de los acreedores, se refleja en la expresión “desproporción entre la importancia del trabajo realizado y la retribución resultante” que inequívocamente importa un subyacente imperativo de proporcionalidad entre labor realizada y remuneración en la expresión.<sup>14</sup> En otros términos, el estándar orienta a procurar tal equilibrio atendiendo a la naturaleza, alcance, calidad y resultado de las tareas profesionales involucradas. Es el juzgador quien debe ejercer los deberes y correlativas facultades que le son conferidas en dicha norma.

## V. Una interpretación integrativa: la perforación del límite máximo

Entiendo que, tras ponderar y valorar las tareas y gestiones desarrolladas por cada uno de los intervinientes, las responsabilidades asumidas y las etapas procesales habidas, atendiendo a su naturaleza, alcance y extensión de las funciones efectivamente cumplidas por ellos, la solución puede encontrarse recurriendo el juez concursal a perforar el límite máximo previsto en el art. 267, cuando aplicar tal límite máximo del 12% del activo realizado, con-

---

12 En este sentido: CCivCom., sala II, Rosario, 27/06/1997, “Díaz, Nora M., *LL Litoral* 1999-968 - *LLO AR/JUR/2692/1997*, criterio que también sigue: Pesaresi, *Op. Cit.* p. 873, con cita al fallo referido.

13 En este sentido, ver voto del Dr. Carbone en: CCivCom en pleno, Rosario, 05/08/2018. Acuerdo nro. 86/98. *LL Litoral* 1998-2, 296 - *LLO AR/JUR/2995/1998*.

14 Una expresión semejante puede verse hoy en el art. 1.255 CCyCom.

dujera a una regulación privada de proporcionalidad con las faenas rendidas por cada uno de los funcionarios y profesionales. Es que el perforar uno de los tres topes legales -el tope superior del 12% del activo realizado-, conservando los dos topes mínimos -es decir, del 4% del activo a distribuir y el de tres sueldos de secretario de esta jurisdicción-, le permite resolver el conflicto, conservando la consideración de las pautas legales como material a integrar pero sin desatender al principio de justa retribución y recurriendo al menor quebrantamiento posible de los límites legales.

No desconozco el argumento inspirado en el principio interpretativo de origen romano *expressio unius est exclusio alterius*,<sup>15</sup> en el sentido de que la norma del art. 271, segundo párrafo LCQ, no habilitaría esta opción en tanto sólo refiere a “la perforación del piso”<sup>16</sup> y no a la perforación del “techo”. Tampoco olvido que su aplicación está reservada a supuestos de desproporción “manifiesta e injusta”. Pero, siendo de la naturaleza de la equidad entender que *donde está la misma razón, está el mismo derecho*;<sup>17</sup> encuentro dificultad en sustentar una hermenéutica que se cierre a la utilización de la misma por analogía -es decir, perforando el techo-, cumpliendo con idénticas premisas de excepcionalidad, ante manifiestas desproporcionalidades y requiriendo de fundamento explícito de las mismas por el juez falencial. Al respecto, debe recordarse lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tema relativo a honorarios -aunque no concursales-, en tanto que en los casos “que exhiben una significación patrimonial genuinamente de excepción, [el juzgador] no puede considerarse constitucionalmente [satisfecho] con una mera remisión a las fórmulas aritméticas previstas en las leyes arancelarias”<sup>18</sup> no debiendo la regulación resultar solamente de la “mecánica aplicación sobre la base patrimonial considerada de los distintos porcentajes contemplados en las leyes arancelarias específicas”.<sup>19</sup>

---

15 Es decir, el principio de que la mención expresa en una norma jurídica de uno o más miembros de una clase debe interpretarse como la exclusión intencionada de todos los demás pertenecientes a la misma clase.

16 Rouillon, *op.cit.*, p. 427.

17 En efecto, el intérprete puede valerse del principio *ubi edem ratio ibi ius*, haciendo extensiva la norma del art. 271 LCQ para alcanzar con su concepto el supuesto no regulado de esta imposibilidad fáctica.

18 Del considerando 5 en: 08/04/1997, “Provincia de Santa Cruz c. Estado Nacional s/ nulidad (decreto 2227)”. *Fallos* 320:495.

19 Enfatiza aún más el fallo citado expresando que la determinación justa y constitucionalmente válida de los honorarios “no depende exclusivamente del monto”, ni admite “como único medio para satisfacerla el apego a las escalas de

La solución propiciada, ciertamente, no lucirá oportuna en aquellos casos en que el monto resultante de aplicar el límite mínimo de “tres sueldos de secretario” supere al valor del activo a distribuir –es decir, no sólo su 12% sino su 100%-. En estos extremos, lamentablemente no infrecuentes, no bastará la solución arriba propuesta sino que habrá asimismo de aplicarse conjuntamente la referida “perforación del piso”,<sup>20</sup> en tanto puede considerarse que, los exiguos resultados de realización tornarían desproporcionada la importancia del trabajo con la retribución conforme tal parámetro.

Entiendo que la solución propiciada es una facultad del juez susceptible de ser ejercida al regular. En caso de ausencia de recurso de apelación, la misma no puede ser habilitada por la alzada para *eleva*r la regulación, puesto que la elevación oficiosa a la Alzada prevista en el art. 272, última oración, LCQ, limita su potestad revisora tornándole sólo posible confirmar o reducir las regulaciones.

Finalmente, considero que el ejercicio de tales facultades-deberes, se imponen al juez concursal para dirimir el conflicto interpretativo generado por la aplicación de la norma del art. 267 LCQ al supuesto fáctico tratado, que impide la aplicación simultánea de todos los límites legales. También considero que una solución de este tipo resulta coherente con la totalidad del ordenamiento y acorde a los principios y valores jurídicos (art. 2 CCyCom),<sup>21</sup> evitando un resultado irrisorio o desproporcionado con el alcance y naturaleza de las actuaciones de los funcionarios y las circunstancias de la causa.

## VI. Conclusión y ponencia

Hemos procurado dar respuesta al conflicto interpretativo acaecido cuando, llegada la oportunidad de la regulación de honorarios en la quiebra liquidativa, el monto del “activo realizado” conllelos aranceles respectivos” (del considerando 6 del mismo fallo).

<sup>20</sup> Ciertamente que, como apuntara el Dr. Rouillon en el fallo pleno ya citado (“Acuerdo nro. 86/98”), “no es extraño al sistema remunerativo concursal que la totalidad de los fondos existentes puedan ser consumidos para una justa retribución, siempre y cuando se atendieran previamente los privilegios especiales y otros gastos del juicio (arg. art. 268, última frase, ley 24.522; norma de vieja estirpe ya que es reiteración de lo que establecía la última frase del art. 291, inc. 3º, ley 19.551)”. Ciertamente también que ello nos ubica en un supuesto de falta de activo (art. 232 LCQ), lo que “habilita a consumir la totalidad de los fondos para una justa retribución luego de atendidos los privilegios especiales y otros gastos de juicio (art. 268 cit.)”. Empero, tal posibilidad no empece a la aplicación de la “perforación del piso” cuando ello permitiera una retribución acorde a la actividad profesional desarrollada.

<sup>21</sup> Entre otros, el establecido en el art. 1.255 CCyCom.

va la imposibilidad fáctica de aplicar simultáneamente los tres límites legales establecidos en el art. 267 LCQ. A tal fin, hemos analizado dichas pautas desde las pautas interpretativas establecidas en el art. 271 LCQ. Tras ello, proponemos:

1.- En los supuestos en que el activo realizable implique la imposibilidad fáctica de aplicar simultáneamente los tres parámetros limitativos previstos en el art. 267 LCQ para la regulación de honorarios de funcionarios y profesionales intervinientes, el juez al regular puede recurrir por analogía al criterio excepcional previsto en el art. 271, segundo párrafo LCQ, procediendo a perforar sólo uno de los tres topes legales -el tope superior del 12% del activo realizado-, conservando aplicables los dos restantes referidos al tope mínimo del 4% del activo a distribuir y de tres sueldos de secretario de esta jurisdicción-.

2.- La solución postulada permite atender el principio de proporcionalidad y de justa retribución, recurriendo al menor quebrantamiento posible de los límites legales.

3.- La solución propiciada no obsta a que, en aquellos supuestos en que el monto resultante de aplicar el límite mínimo de “tres sueldos de secretario” supere al monto del activo a distribuir -es decir, no sólo su 12% sino su 100%-, sea la misma aplicada conjuntamente con la, también excepcional, perforación del límite mínimo, a fin de evitar una retribución desproporcionada a la importancia de los trabajos.



## La garantía patrimonial de los acreedores por gastos del concurso

*Leonardo David Balduzzi*

### Sumario

Existen sobrados motivos para pensar que la sindicatura es prescindible en los concursos de consumidores, que los abogados podrían volver a ser síndicos, que los honorarios mínimos resultan palmariamente excesivos cuanto menos en algunas provincias en contraste con la exigua labor que desarrolla el órgano del concurso, que los consumidores sobreendeudados deberían poder acceder a los procesos concursales con beneficio de litigar sin gastos, y otras tantas buenas ideas. Pero asimismo abundan los argumentos para sostener que los créditos por gastos del concurso no tienen la misma garantía patrimonial que lo acreedores concursales. Concretamente: nuestra ponencia intentará hacer un aporte a la tesis que sostiene la no la liberación de los créditos o saldos impagos por gastos del concurso por efecto del cese de la inhabilitación del fallido y, consecuentemente, que estima procedente la ejecución de bienes ingresados al patrimonio del deudor una vez ocurrido el cese de la inhabilitación.

### Introducción

Aunque no es una novedad en materia concursal,<sup>1</sup> el fenómeno del sobreendeudamiento de consumidores<sup>2</sup> mejor dicho: de

---

<sup>1</sup> PAJARDI, Piero, *Derecho concursal*, con integraciones de Derecho argentino por Héctor Alegría, Arnoldo Kleidermacher, Diana Farhi de Montalbán y Marcelo Gebhardt, Ábaco, Buenos Aires, 1991, t. 1, pp. 521 y 520. Allí, el quiebrista milanés menciona el “irritante” problema de los gastos efectuados por el síndico ante la quiebra negativa, como así también, el de la aplicación extensiva del art. 91 de la *legge fallimentare* a la retribución del órgano del concurso.

<sup>2</sup> Esta temática ha generado por su trascendencia, aristas que involucra y derechos fundamentales que afecta un extraordinario caudal de producción jurídica en tiempo relativamente breve. Una pequeña muestra son las veintisiete ponencias tratadas en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal realizado

personas humanas que no realizan actividad económica bajo la forma de empresa<sup>3</sup> ha vuelto recurrente, casi como una característica de este tipo de quiebras, la situación de insuficiencia de fondos para pagar los gastos que genera el proceso concursal.

Es que siendo el salario o haber jubilatorio el único bien que ingresa al patrimonio del consumidor sobreendeudado, el desapoderamiento sólo se extiende sobre la porción susceptible de embargo (art. 108, inc. 7, LCQ) y por el período que transcurre desde la declaración de quiebra (art. 106, LCQ) hasta que opera el cese de pleno derecho de la inhabilitación salvo los supuestos de prórroga o reconducción. En efecto, la masa activa liquidable son doce meses de salario o haber jubilatorio embargable.

Y si algún bien mueble o inmueble integrase el patrimonio desapoderable (art. 108, LCQ), casi por descontado que estará afectado al pago de créditos con privilegio especial (art. 241, LCQ). En esa hipótesis, los acreedores privilegiados especiales pueden cobrarse del producido de la realización de los bienes asiento del privilegio, previa reserva de los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuados en el concurso, contribuyendo en el pago de gastos y honorarios de los funcionarios del concurso en la medida que se correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes (art. 244, 2º parte, LCQ). En una palabra: lo acreedores con privilegio especial se “cortan solos” en lo que a gastos del concurso respecta.

En este contexto, el destino del proceso concursal se presenta como la crónica de una muerte anunciada. O el juez declara la conclusión de la quiebra una vez transcurridos los dos años desde la clausura del procedimiento por distribución final sin que aparezcan nuevos bienes (art. 231, *in fine*, LCQ); o bien debe declararse la clausura del procedimiento por falta de activo si después de realizada la verificación de créditos no existe activo suficiente para satisfacer los gastos del juicio (art. 232, LCQ).

Si la quiebra concluye por levantamiento sin trámite, avenimiento, pago total u otorgamiento de cartas de pago, pues no existe inconveniente alguno respecto del pago de los gastos del concurso; la pro-

---

en Villa Giardino (Córdoba) durante el mes de septiembre del año 2015.

<sup>3</sup> VÍTOLO, Daniel R., “La mal llamada insolvencia del consumidor y los tratados internacionales de derechos humanos”, ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal realizado en Villa Giardino (Córdoba) durante el mes de septiembre del año 2015, t.2., pp. 143 y ss.

cedencia de dichos modos conclusivos exige siempre la satisfacción plena de los gastos de conservación y de justicia (arts. 96, 3° párr., 226, 2° párr., 228, 1° párr. y 229, 1° párr., LCQ).

Ahora bien, una vez que opera la conclusión de la quiebra los acreedores recuperan el poder de agresión patrimonial a través de las acciones individuales en contra del ex fallido. Pero esto es completamente relativo si tenemos en cuenta que el cese de la inhabilitación divide al patrimonio del fallido en dos *id est*: la masa activa liquidable y el patrimonio post-concursal, impidiendo que los acreedores concursales ejecuten bienes ingresados al patrimonio del deudor con posterioridad al cese de la inhabilitación. De allí que se sostenga que la rehabilitación opera como una causal mediata de extinción de las obligaciones.<sup>4</sup>

La pregunta es, entonces, si el efecto extintivo que mencionamos también alcanza a los acreedores por gastos del concurso.

## I. Aclaraciones preliminares

En la jurisprudencia<sup>5</sup>, la cuestión de los gastos del concurso y la ejecución de bienes adquiridos con posterioridad al cese de la inhabilitación se ha planteado únicamente respecto de los honorarios del síndico. La explicación es sencilla: el abogado del deudor cobra antes de iniciar el proceso, los montos de Tasa de Justicia y Caja de Abogados son relativamente bajos porque no hay activo y tampoco se generan costas como consecuencia de impugnaciones de créditos ya que muchos acreedores ni se presentan a verificar; por el contrario, el funcionario sindical está obligado por ley a aceptar un cargo y realizar un trabajo que difícilmente pueda cobrar del activo liquidado. De todos modos, estimamos que no debemos formular distinciones en relación a los créditos que integran la categoría de gastos del concurso; todos ellos gozan del mismo régimen legal (art. 240, LCQ).

<sup>4</sup> CONIL PAZ, Alberto A., *Conclusión de la quiebra*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 152.

<sup>5</sup> CCivComCórdoba, 2° Nom, 18/10/2012, "Suárez, Mario A. s/quiebra propia simple"; CCivComCórdoba, 3° Nom., 9/3/2012, "Rodríguez, Graciela del Carmen s/quiebra propia simple"; en ambos precedentes, con un excelente dictamen favorable del Sr. Fiscal de Cámaras Civiles y Comerciales Dr. Francisco Junyent Bas, las Cámaras hicieron lugar a la ejecución de bienes posteriores al cese de la inhabilitación. En contra: CCivComMinasPazyTribMendoza, 1° Nom, 6/7/2011, "Costarelli, Javier Enrique p/quiebra s/ejecución de honorarios p/ejecuciones", *L.L. Gran Cuyo* 2011 (noviembre), 1059.

Desde otro costado, el problema que abordamos no se presenta si el fallido es una persona jurídica. Es que siendo definitiva la inhabilitación de las personas de existencia ideal (art. 237, LCQ) mal podría haber bienes adquiridos con posterioridad al cese de la inhabilitación. En esta hipótesis, los acreedores por gastos del concurso deberán echar mano a las acciones de recomposición patrimonial: ineficacia concursal por conocimiento del estado de cesación de pagos (art. 119, LCQ), fraude (arts. 338 a 342, CCCN), simulación (arts. 333 a 337, CCCN), extensión de quiebra (arts. 160 y ss., LCQ), responsabilidad concursal (arts. 173 y ss., LCQ) o responsabilidad societaria (arts. 54 ter, 59, 274 y 279, LSC). Ahora bien, si la quiebra de la persona jurídica concluye por levantamiento sin trámite (art. 96, LCQ), conversión en concurso preventivo (arts. 90 y ss., LCQ), avenimiento (arts. 225 a 227, LCQ), pago total (art. 228, LCQ), otorgamiento de cartas de pago (art. 229, 1º párr., LCQ) o inexistencia de acreedores (art. 229, 2º párr., LCQ), se produce la extinción de los efectos de la quiebra y, entre ellos, el de la inhabilitación. De modo tal que aquí sí es posible la adquisición de nuevos bienes a partir del cese de la inhabilitación. Pero adviértase que dichos modos conclusivos salvo la conversión, en el que el proceso concursal continuará bajo la modalidad preventiva, siempre exigen la satisfacción plena de los gastos de conservación y de justicia (arts. 96, 3º párr., 226, 2º párr., 228, 1º párr. y 229, LCQ).

## II. Argumentos a favor de la liberación

A favor de la liberación de los créditos por gastos del concurso y en contra de la ejecución de bienes adquiridos luego del cese de la inhabilitación pueden ensayarse los siguientes argumentos:

i) La ley concursal resuelve expresamente el supuesto de insuficiencia de fondos a través de la regla del prorrateo (art. 240, *in fine*, LCQ). Es decir, si realizados todos los bienes del fallido los fondos recaudados no fuesen suficientes para atender los gastos del concurso, entonces los acreedores deberán soportar proporcionalmente la falta de pago de sus créditos.

ii) Se dice que la extraconcursalidad de los acreedores por gastos del concurso estaría dada por el pago inmediato y la no necesidad de verificar el crédito, pero no su ejecución más allá del concurso.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> CHIAVASSA, Eduardo N., "Los saldos insolutos de los gastos del concurso y la posibilidad de su ejecución postconcursal", ponencia presentada en el IX Con-

iii) Uno de los ejes de la ley concursal 24.522 fue el del proceso concursal como remedio y no como sanción. En este sentido, el nuevo régimen de inhabilitación automático, objetivo y breve pretende hacer realidad el ideal del legislador de volver renovado y rápidamente a la dinámica del mercado “sin los grillos de un pasado que lo condena”, como decía MAFFÍA<sup>7</sup>. En efecto, el pretendido nuevo comienzo o *fresh start* se vería altamente obstaculizado si el fallido tuviese que soportar los gastos del concurso con los bienes adquiridos con posterioridad al cese de la inhabilitación. El *fresh start* requiere volver a fojas cero y, evidentemente, la no liberación de los gastos del concurso conspira contra ello.

### III. Argumentos en contra de la liberación

En contra de la liberación de los créditos por gastos del concurso y a favor de la ejecución de bienes ingresados al patrimonio del fallido con posterioridad al cese de la inhabilitación la doctrina ha dicho:

i) “La extraconcursalidad que hace a su esencia justifica que no se aplique a su respecto la generalidad de los efectos que rigen intracursalmente, entre ellas, la liberación patrimonial por rehabilitación.”<sup>8</sup>

ii) “No parece que deba sostener que la garantía patrimonial de los créditos del concurso tenga que resultar la misma que la que ampara a los créditos anteriores a la quiebra...”<sup>9</sup>

iii) “Esta interpretación protege adecuadamente la particular naturaleza de estos créditos, y viabiliza la efectiva satisfacción que la propia ley ha querido de algún modo proteger aun dentro de la quiebra al permitirles el cobro de modo inmediato a su devengamiento (art. 240 L.C.Q.).”<sup>10</sup>

iv) “Los créditos prededucibles lo son en el concurso, pero se greso Argentino de Derecho Concursal realizado en Villa Giardino (Córdoba) durante el mes de septiembre del año 2015, t.2., p. 193, con cita de VILLANUEVA, Julia, *Privilegios*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pág. 430 y ss.

<sup>7</sup> MAFFÍA, Osvaldo J., *Derecho concursal*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1985, t. 1, p. 451.

<sup>8</sup> GARCÍA, Silvana M., *La extinción de las obligaciones de la quiebra*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2012, p. 290 y 291.

<sup>9</sup> GARCÍA, Silvana M., ob. cit., p. 291.

<sup>10</sup> GARCÍA, Silvana M., ob. cit., p. 291.

comportan como créditos posconcursoales que son finalizado [sic] el concurso, es decir, no quedan alcanzados por la liberación falencial, la que queda limitada a los créditos concursales. Dice claramente la parte 2<sup>a</sup> del art. 104, LCQ, que las deudas contraídas mientras el fallido no esté rehabilitado pueden dar lugar a nuevo concurso..., lo que justifica este doble régimen de los créditos prededucibles [sic], la prededucibilidad en el concurso y la posibilidad de ejecución o de pedir la formación de nuevo concurso luego de la rehabilitación.”<sup>11</sup>

v) “No existen deudas de la masa en sentido estricto, existen deudas del fallido que deben ser pagadas en moneda falimentaria y deudas del fallido que se sustraen a las leyes del concurso; la naturaleza jurídica de ambas es idéntica; salvo la extensión, el fallido responde con todos sus bienes, presentes y futuros; ninguna limitación de responsabilidad está prevista para estas obligaciones desde que la ley quiere que sean cumplidas en su integralidad.”<sup>12</sup>

#### IV. Nuestra opinión

Compartimos la tesis que sostiene la no la liberación de los créditos o saldos impagos por gastos del concurso por efecto del cese de la inhabilitación del fallido y, en consecuencia, que estima procedente la ejecución de bienes ingresados al patrimonio del deudor una vez ocurrido el cese de la inhabilitación. Seguidamente expondremos nuestra versión de los argumentos elaborados por la doctrina y, asimismo, sumaremos algunos otros.

##### IV.1. Los acreedores por gastos del concurso y su garantía patrimonial

La categoría de acreedores por gastos del concurso es sumamente particular porque nacen con motivo o en ocasión de un proceso judicial que tiene como presupuesto objetivo el estado de insolvencia o cesación de pagos. De ahí que la ley de un trato altamente preferente (art. 240, LCQ). ¿Quién quiere ser acreedor de alguien que no podrá pagar?

Podríamos decir que lo acreedores del art. 240 se encuentran a mitad

<sup>11</sup> GRAZIABILE, Darío J, “Sobre el efecto liberatorio falencial y los créditos prededucibles”, *A.P.C.* 2013-7-860.

<sup>12</sup> RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, “Relazione generale”, en rev *Il Diritto fallimentare...*, annata LXV, maggio-giugno de 1990, N° 3, p. 405 PP., citado por: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Modificaciones...”, *R.D.P.C.*, pág. 180).

de camino entre los acreedores concursales y los post-concursales, compartiendo notas comunes con sendas clases de accipiens. En efecto: con los concursales comparten la atribución de cobrar en el marco del proceso colectivo; con los post-concursales, el hecho de que los créditos nazcan con posterioridad a la declaración de quiebra salvo los devengados en el concurso preventivo que deviene en quiebra y la subsistencia del poder de agresión patrimonial una vez concluida la quiebra.

Pero hay un elemento más que los acreedores del art. 240 tienen en común con cada una de aquellas categorías: el patrimonio como garantía de los créditos. Y ello se explica porque la división patrimonial que experimenta el deudor fallido opera únicamente respecto de los créditos concursales y post-concursales (arts. 107, 125 1º párr., y 104, 2º párr., LCQ) pero no sobre los acreedores por gastos del concurso; para ellos el patrimonio no admite división alguna.<sup>13</sup>

En consecuencia, el patrimonio del deudor prenda común de los gastos del concurso se integra por: **i)** los bienes existentes en el patrimonio del fallido a la fecha de la declaración de quiebra y los que adquiera hasta su rehabilitación (art. 107, LCQ) más los que reingresen al patrimonio a través de las acciones de recomposición (arts. 109, 118 a 123, LCQ, arts. 333 a 342, CCCN); **ii)** los bienes adquiridos por el deudor luego del cese de la inhabilitación (art. 104, 2º párr., LCQ).

¿Y de dónde se deriva la composición del patrimonio que es garantía de los acreedores por gastos del concurso?

Del art. 240 de la LCQ y del carácter post-concursal de esos créditos. El derecho al cobro preferente en el proceso concursal se explica por ser créditos surgidos con motivo o en ocasión él; la posibilidad de agredir bienes adquiridos luego del cese de la inhabilitación encuentra anclaje en su carácter post-concursal. De allí que autores como GRAZIABILE<sup>14</sup> aludan a un “doble régimen” de los créditos prededucibles.

En definitiva: como los acreedores del art. 240 no están alcanzados por los efectos típicos que produce la declaración de quiebra respecto de los acreedores concursales, luego parece seguro que tampoco los puede afectar la liberación patrimonial a causa del cese de la inhabilitación.

---

<sup>13</sup> CONIL PAZ, Alberto A., ob. cit., p. 150.

<sup>14</sup> GRAZIABILE, Darío J, “Sobre el efecto liberatorio falencial y los créditos prededucibles”, *A.P.C.* 2013-7-860.

#### IV.2. Criterio de razonabilidad

No parece razonable que el deudor pueda iniciar el proceso concursal generando cuantiosos gastos en comparación a su activo y que al año de la declaración de quiebra su nuevo patrimonio resulte intocable por los acreedores que ha causado el propio proceso fallimentario. El *fresh start*, en última instancia, supone perjudicar a los acreedores concursales pero no a los acreedores que nacieron con motivo o en ocasión de la quiebra dado que ellos son quienes permiten el funcionamiento del esquema liquidativo. Adviértase que ni siquiera en el *descharge* del derecho anglosajón los gastos del concurso quedan imposibilitados de atacar bienes adquiridos post-rehabilitación.<sup>15</sup>

Por nuestra parte, creemos que la liberación de las deudas por gastos de conservación y de justicia no está ni puede estarlo en el espíritu de la ley concursal.

#### IV.3. Los honorarios como retribución al trabajo realizado y su carácter alimentario

El honorario es el salario en sentido *lato* del profesional, y ello importa su carácter alimentario, además de la naturaleza de orden público;<sup>16</sup> es la retribución a la realización de un trabajo material o intelectual.<sup>17</sup> Desde esa óptica, los honorarios profesionales también son dignos de protección.

Nótese que en los concursos más complejos, pese a intervenir ma-

---

<sup>15</sup> En este sentido puede leerse: “Por último, cabe analizar una característica permanente de la ley concursal desde sus comienzos; y es la de conceder a los fallidos una nueva oportunidad de rehabilitarse. Esto se encuentra comprendido en la norma que libera al deudor de la casi totalidad de sus deudas, desde la declaración de la quiebra y para el futuro con excepción de los créditos alimentario, fiscales, o los resultantes de actos dolosos, como el fraude, se éste civil o penal. Vale decir que, salvo estas excepciones, el activo habido por el fallido con posterioridad a la quiebra no responde por el pasivo falencial.” (PAJARDI, Piero, *Derecho concursal*, con integraciones de Derecho argentino por Héctor Alegría, Arnoldo Kleidermacher, Diana Farhi de Montalbán y Marcelo Gebhardt, Ábaco, Buenos Aires, 1991, t. 1, p. 80)

<sup>16</sup> ARGERI, Saúl A., *El síndico en el concurso de quiebra*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1991, p. 611.

<sup>17</sup> Vélez los definió en los siguientes términos: “Son igualmente frutos civiles los salarios u honorarios del trabajo material, o del trabajo inmaterial de las ciencias” (art. 2330, Cód. Civ.).

yor número de funcionarios vgr.: evaluador, coadministrador, etc., lo cual aumenta indefectiblemente los montos que en concepto de honorarios habrán de pagarse, la insuficiencia de fondos no es problema porque la composición del activo del fallido asegura casi siempre el pago íntegro de los honorarios devengados. Por el contrario, en las quiebras de personas humanas que no desarrollan actividad en forma de empresa, el activo del fallido doce meses de salario o haberes susceptibles de ser embargado no alcanza a cubrir el mínimo de honorarios que corresponde regularle al síndico (art. 267, 1º párr., LCQ).

Es verdad que la actividad del síndico se halla sensiblemente reducida en las llamadas quiebras de papeles pero no es menos cierto que hay una actividad mínima obligatoria vgr.: publicación de edictos, diligenciamiento de oficios a los registros, informe individual de créditos, etc. que el funcionario no puede dejar de realizar; por ello, justamente, la ley establece un mínimo de honorarios que no dependen de la mayor o menor actividad desplegada en el proceso.

#### IV.4. Un argumento “extra” para el caso de los honorarios del síndico: la irrenunciabilidad a su designación o cargo

Es sabido que el estatuto falimentario establece la irrenunciabilidad de la sindicatura, tanto a su designación como al cargo aceptado (art. 255, 1º y 2º párr., LCQ). Dicha regla significa que: **i)** el síndico no puede elegir los procesos concursales en los que actúa;<sup>18</sup> **ii)** si resulta sorteado debe asumir el cargo<sup>19</sup>; **iii)** sólo se puede renunciar por causa grave que impida su desempeño; **iv)** el síndico que renuncia debe probar salvo que sea notoria o de público conocimiento la causa grave que invoca; **v)** la renuncia comprende la totalidad de las sindicaturas en que el funcionario actúe; **vi)** la renuncia debe ser juzgada por la Cámara de Apelaciones con criterio restrictivo; **vii)** la renuncia injustificada acarrea la imposición de sanciones y la eliminación de la lista en la que se encuentra inscripto.

Quizás si el síndico tuviese la facultad de elegir en qué concursos interviene, pues allí si sería ilógico pretender cobrarse sus honorarios impagos agrediendo bienes del nuevo patrimonio del deudor. Es decir: el síndico tendría la posibilidad de analizar la situación

<sup>18</sup> JUNYENT BAS, FRANCISCO A. y CARLOS A. MOLINA SANDOVAL, *Ley de concursos y quiebras comentada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, t. 2, p. 541.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

patrimonial del fallido y evaluar, en función de ello, la conveniencia de aceptar o no el cargo. Pero afortunadamente ello no sucede en nuestro sistema concursal y el síndico no puede especular con el activo del deudor.

Ahora bien, la señalada nota esto es: la irrenunciabilidad del síndico a su designación o cargo tampoco puede ser soslayada en el análisis de la liberación patrimonial por saldos impagos de honorarios. Adviértase que el síndico no es un acreedor como cualquier otro, pero no por el importantísimo rol que como órgano cumple en el concurso, sino porque no ha podido elegir con quién entabla su relación de crédito. En una palabra: creemos el síndico no podría nunca estar obligado a aceptar un cargo para realizar un trabajo que jamás va a cobrar.

#### IV.5. La asistemática interpretación del art. 240

El doble régimen concursal y extraconcursal del que gozan los acreedores por gastos del concurso no puede nunca operar en detrimento de sus expectativas de cobro. Téngase en cuenta que al régimen concursal se lo adjudica la ley por tratarse de gastos realizados con motivo o en ocasión del concurso ¿quién quiere ser acreedor de alguien que no podrá pagar?; y el extraconcursal, se corresponde con su carácter de acreedores de causa o título posterior a la declaración de quiebra.

Por otra parte, sabido es que en ocasión de insolvencia las relaciones jurídicas privadas patrimoniales salen de la esfera del derecho común para ingresar a un régimen especial como lo es el concursal. Ahora bien, para que ello ocurra es menester ineludible el dictado de una sentencia judicial que disponga la apertura del proceso concursal; tal pronunciamiento jurisdiccional posee un cierto alcance sobre el patrimonio del deudor. O sea que si aceptamos la tesis que propugna la irresponsabilidad patrimonial del deudor por gastos del concurso con bienes adquiridos luego del cese de la inhabilitación, pues tendríamos que decir que hay acreedores de causa o título posterior a la declaración de quiebra que son alcanzados por un efecto típico del proceso concursal.

En conclusión: nos parece que la tesis que resistimos incurre aunque en el loable auxilio del consumidor sobreendeudado en una interpretación asistemática del régimen concursal.

## **Conclusión**

Desde luego concedemos que la sindicatura es prescindible en los concursos de consumidores, que los abogados deberían volver a ser síndicos, que los honorarios mínimos resultan palmariamente excesivos al menos en algunas provincias en contraste con la exigua labor que desarrolla el órgano del concurso (art. 267, 1º párr., LCQ), que los consumidores sobreendeudados deberían poder acceder a los procesos concursales con beneficio de litigar sin gastos, y otras tantas buenas ideas. Lo que no aceptamos es que los créditos por gastos del concurso tengan idéntica garantía patrimonial que lo acreedores concursales.



## Ultraactividad del síndico vs. “fresh start” del fallido

*Claudio Alfredo Casadío Martínez*

### Sumario

Interpretamos de *lege lata* que siempre deben regulársele honorarios al síndico por la labor desplegada luego de las que se efectúen en el principal, independientemente de quien se haga cargo de las costas, por cuanto tales tareas nunca pudieron ser consideradas aquellas.

Dichos honorarios, si las costas se impusieron al concurso, pueden ejecutar bienes adquiridos por el exfallido luego de su rehabilitación o embargarse los sueldos que perciba para así ser satisfechos.

### Desarrollo

#### 1. Ultraactividad del síndico.

Bajo este rótulo se han considerado las tareas que debe realizar el síndico tanto en el proceso principal como en los incidentes que se incoen luego de la regulación de honorarios que se efectúe en aquel, cuyas oportunidades se encuentran establecidas por la LCQ, y que son también llamada “funciones residuales”<sup>1</sup> sea en un concurso o quiebra.

Estas tareas futuras, tales como verificaciones tardías que se inicien luego de varios años de vencido el plazo para ello al obtener sentencia favorable en juicios continuados ¿merecen una regulación independiente o se encuentran ya incluidas en la regulación general que se le hiciera?

---

<sup>1</sup> CNCom. B, 9-5-07, Pilar Partes S.A s/ concurso preventivo s/incidente de apelación art. 250 código procesal MJJ12768

## 2. Interpretación jurisprudencial; principales lineamientos.

Se ha entendido que en los supuestos de ultraactividad no corresponde aplicar la restricción de la imposición de costas que prevé “Cirugía Norte S.A.” por cuanto tales labores nunca pudieron haber sido consideradas por el juez al regular honorarios en el proceso universal –precisamente porque aún no habían sido realizadas– y en definitiva se entendió que en estos casos, independientemente de la imposición de cosa que se efectúe, corresponde que sean regulados honorarios al síndico por su accionar en el incidente<sup>2</sup>.

También se resolvió que si bien la doctrina que emana del fallo plenario Cirugía Norte establece que sólo procede la regulación de honorarios del síndico y su letrado cuando el concurso sea vencedor en costas, cuando el incidente de verificación admitió la acreencia con posterioridad al acuerdo homologatorio, “mal pudieron ser considerados estos trabajos al tiempo de evaluar la cuantía de la remuneración. En razón de lo expuesto, la sindicatura tiene derecho a una regulación por su intervención en esta etapa del proceso”<sup>3</sup>.

También se entendió que si el síndico y su letrado solicitan la regulación de sus honorarios, no procede denegar dicha pretensión con base en que las tareas cumplidas en la etapa posterior a la homologación fueron consideradas en la una regulación precedente, si no surge que al fijar los emolumentos se hubiera ponderado<sup>4</sup>.

Se postuló también que<sup>5</sup> si bien la actual norma no contempla la fijación de estipendios por las gestiones de la sindicatura ulteriores a la homologación, ello no resulta óbice para justipreciar las múltiples tareas efectivamente cumplidas por el auxiliar en relación a cuestiones ajenas a la competencia del contralor del acuerdo, e inherentes al cargo que el mentado profesional aún desempeña, por lo tanto no corresponde esperar hasta la oportunidad prevista en el art. 289 L.C. –es decir los que le corresponden como controlador del acuerdo–, ya que tratándose de “funciones residuales”, se irán extinguiendo con el transcurso del procedimiento. En el caso ello se vio potenciado

<sup>2</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial D, 07/10/08, “Ciccione Calcográfica SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de revisión promovido por la concursada al crédito de la AFIP”

<sup>3</sup> CNCom. D 15-11-07 Parysow Roxana s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión por Bankboston MJJ1952

<sup>4</sup> CNCom. B, 9-11-2001, Establecimientos Textiles San Andres SA

<sup>5</sup> CNCom. B, 9-5-07, Pilar Partes S.A s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación art. 250 código procesal MJJ12768

porque se había constituido un comité de acreedores, por lo que concluyen que diferir la regulación de los honorarios por las tareas desplegadas con posterioridad a la homologación del acuerdo susceptibles de ser remuneradas, hasta que se tenga éste por cumplido, podía vulnerar innecesariamente los derechos del profesional, ya que ellas hacen al contenido específico del proceso y no se relacionan con el cumplimiento del acuerdo.

En síntesis estimamos que se encuentra fuera de toda duda que, en los supuestos antes indicados corresponde regular honorarios al Síndico.

### 3. Doctrina de la CSJN.

Respecto a esta cuestión resulta trascendental el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Canteras El Sauce” de fecha 30/3/04 en que, siguiendo el dictamen del Sr. Procurador General se resolvió revocar la sentencia de cámara que confirmó el rechazo del pedido de regulación de honorarios que efectuara el síndico.

Al respecto, allí se dijo que resulta dogmática por constituir una afirmación sin sustento fáctico alguno, y tan sólo una conjetura, sostener que la primera regulación preveía la ulterior actividad de la sindicatura, ya que ella está sujeta a situaciones procesales de imposible determinación y aparece en contradicción con la disposición legal que prevé la existencia de más de una oportunidad para la regulación de honorarios y en particular respecto a la actividad posterior a la presentación del informe final.

En el particular caso que llegó a los estrados de la Corte Federal se expresó<sup>6</sup> que las tareas realizadas a posteriori de la determinación de honorarios a raíz del informe final no fueron pocas ni simples ni diminutas, ni tampoco insumieron escaso tiempo y esfuerzo; por el contrario, extendidas por más de cinco años, los trabajos profesionales fueron de una relevante significancia material y jurídica.

### 4. Rehabilitación y “Fresh start”.

Recordemos que como sus predecesoras, la derogada ley 19551 disponía en su art. 244 que “El fallido no rehabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ni ser socio, administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de socieda-

<sup>6</sup> Pesaresi, Guillermo M., “Honorarios por trabajos futuros. Contornos de la “ultraactividad” de la regulación”, La Ley Sup.CyQ 2004 (septiembre), 38

des comerciales o civiles; tampoco puede ser factor o apoderado con facultades generales para el ejercicio de actividad comercial...”, ello con independencia de las inhabilidades, incapacidades o incompatibilidades que estén contenidas en otras leyes (Cfme art. 247).

Para obtener la rehabilitación del fallido era menester proceder a la formación de un incidente de “calificación de conducta”, donde el juez concursal procedía, valga la redundancia, a calificar el accionar del deudor que lo llevo a la situación de falencia: fraudulento, culpable o casual, y de tal calificación dependía luego en qué momento se producía la rehabilitación: inmediatamente, a los 5 o 10 años respectivamente.

Hoy el sistema vigente difiere de aquel, y así el art. 234 LCQ regula que *“El fallido queda inhabilitado desde la fecha de la quiebra”*, con lo cual se instaura un régimen de inhabilitación automática, de plazo mucho menor que su predecesor y aplicable en todos los casos, sea cual fuere la razón por la que derivó la quiebra. Plazo que acotemos puede eventualmente acortarse o prorrogarse.

Es decir que la inhabilitación comienza a correr desde el dictado de la sentencia de quiebra, y que también en caso de quiebra de personas jurídicas se hace extensiva a quienes integraron los órganos de administración.

Esta inhabilitación, como todas las de su género, implica una restricción a la realización de ciertos actos jurídicos<sup>7</sup> previsto específicamente en el art. 238 LCQ y diferentes normas legales.

Se ha sostenido que en el ámbito de la quiebra, la rehabilitación<sup>8</sup> puede ser definida como una declaración judicial en virtud de la cual se habilita de nuevo al quebrado para el ejercicio de aquellas actividades y derechos para los que había sido inhabilitado como consecuencia de la declaración de quiebra<sup>9</sup>; y así el art. 236 LCQ estipula que *“La inhabilitación del fallido... cesa de pleno derecho al año de la fecha de la sentencia de quiebra... salvo que se dé algunos de los supuestos de reducción o prórroga...”*.

---

<sup>7</sup> Arecha Martín, La inhabilitación en la quiebra, en Temas actuales de derecho concursal, Fundasud, 2007, pag. 77.

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión y si cese de la inhabilitación y rehabilitación deben ser considerados como sinónimos tenemos una particular postura, que es minoritaria en doctrina y contraria a la interpretación que dio a la cuestión la CSJN, sobre la que no andaremos en esta oportunidad.

<sup>9</sup> Rivera, Roitman, Vitolo, Ley de Concursos y Quiebras T. III pag. 431.

No obstante acontecer de pleno derecho, la mentada rehabilitación se produce luego de una sentencia judicial<sup>10</sup>, que requiere de un breve trámite<sup>11</sup>, cuyo dictado llevó al conflicto interpretativo respecto de si la misma posee carácter declarativo o constitutivo, es decir si sus efectos se retrotraen al año de la sentencia de quiebra (fecha de cese de la inhabilitación de pleno derecho) o sólo los produce hacia el futuro, las mismas han quedado prácticamente zanjadas luego de la sentencia in re “Barreiro” dictada por el Máximo Tribunal Federal de la Nación. En efecto la Corte Federal adhiriendo a lo dictaminado por la Procuración, entendió que el cese de inhabilitación del fallido operaba automáticamente, salvo que se configuraran los supuestos de reducción o prórroga a los que alude la LCQ, por lo que los bienes adquiridos luego de tal circunstancia –el mero transcurso de un año– no pueden ser desapoderados.

De una u otra forma, esto produce en definitiva, un desdoblamiento patrimonial que implica que este “nuevo” patrimonio puede contraer nuevas obligaciones y le pueda ser nuevamente decretada la quiebra y al año estaría nuevamente rehabilitado, con lo cual podría serle decretada también una tercer quiebra.

Acotemos que esta resolución acontecerá por regla antes que al síndico le sean regulados sus honorarios.

## **5. Rehabilitación y gastos de conservación y justicia.**

Conforme el art. 107 LCQ “El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación”.

Es decir que los bienes adquiridos luego de la rehabilitación quedan fuera del desapoderamiento, empero diferentes precedentes han comenzado a reconocer que si bien el principio general establecido por la LCQ es que el desapoderamiento tiene a la rehabilitación como límite temporal, este principio no se hace extensivo a los gastos de conservación y justicia previstos en el art. 240 LCQ, que por lo tanto pueden ejecutarse sobre los mismos.

---

<sup>10</sup> Graziabile Darío, Ley de concursos comentada, Astrea, 2da edición pag. 421, en contra CCiv.Com. Mar del Plata, Sala III 24—8-10, Kachmaryk Daniel,

<sup>11</sup> Gebhardt, Marcelo, Ley de concursos y quiebras, T.2. Astrea pag. 366, quien refiere que se requiere constancia fehaciente de la inexistencia de proceso penal contra el fallido y el cómputo del plazo anual.

A modo de ejemplo de esta evolución podemos citar que la CNCom. originalmente rechazó el embargo de haberes del fallido luego de la rehabilitación<sup>12</sup>, empero más recientemente este criterio fue modificado. Así la Sala D de dicha Cámara en un fallo dictado en el año 2015 resolvió que *“es claro que habiendo operado la rehabilitación de la fallida, el embargo de sus haberes no puede mantenerse para cancelar deudas de carácter preconcursal o acreencias posteriores que no han redundado en beneficio del concurso, pero sí para afrontar los gastos de conservación y justicia (art. 240, LCQ), en tanto aquella carece de bienes a su nombre y lo incautado hasta el momento resulta insuficiente para abonarlos”*<sup>13</sup>. Con posterioridad esta senda fue ratificada en otros precedentes<sup>14</sup>.

En igual sentido la Sala E de dicha Cámara<sup>15</sup> expresó que<sup>16</sup> el principio concursal de universalidad propio de estos procesos alcanza a los acreedores de causa o título anterior al decreto de quiebra y no a los créditos generados por la tramitación del proceso falencial (los llamados gastos del concurso); ello en razón de que la norma se encuentra dentro de la sección IV titulada “efectos generales sobre relaciones jurídicas preexistentes”, categoría en la cual no cabe incluir a los gastos del concurso porque son originados con posterioridad al decreto de quiebra.

Es decir que estas acreencias reciben un tratamiento distinto al de los créditos pre-concursales, así no están sujetos al resultado de la liquidación de los bienes, ni se cobran en la oportunidad de presentarse el proyecto de distribución y tampoco están alcanzados por la ley del dividendo como los acreedores del fallido, razón por la cual sus expectativas de cobro siquiera resultar frustradas por la caducidad prevista por el art. 224 de la ley concursal; y si bien a partir de la rehabilitación de la fallida el embargo de sus haberes no puede mantenerse –o decretarse– para cancelar deudas de carácter pre-concursal o acreencias posteriores que no han redundado en beneficio del concurso, sí puede disponerse para afrontar los gastos de justicia insatisfechos, por resultar lo incautado insuficiente para abonarlos íntegramente

No obstante estos precedentes y la claridad de sus argumentos, esta postura encuentra aún reticencias en su aplicación práctica.

<sup>12</sup> CNCom. C 19-5-05 Falzarano Domingo s/Quiebra, elDial AA2FZD

<sup>13</sup> CNCom, D, 17-9-15 “Scalzo María Rosa s/quiebra”

<sup>14</sup> CNCom. D, 24-5-16 “Manzi, Adriana Libertad s/quiebra”

<sup>15</sup> CNCom. E, 11-12-17, “Lago Sivia Mariana s/ Pedido de propia quiebra”

<sup>16</sup> Ver nuestro comentario “Tome nota: con los ingresos post rehabilitación del fallido se pueden cancelar los gastos de conservación y justicia (incluidos los honorarios del síndico).” Doctrina Societaria y Concursal, N° 366/Mayo 2018.

## 6. Rehabilitación y ultraactividad.

Ahora bien, mas allá de la postura que adoptemos respecto de la posibilidad de perseguir los gastos de conservación y justicia sobre bienes desapoderados cuando hubiera regulación de honorarios al síndico, en nuestra opinión se encuentra fuera de toda duda que se pueden (*rectius* deben) realizar al síndico por tales tareas posteriores pueden agredir los bienes que hubiera adquirido el ex fallido.

Ello así por cuanto a los argumentos ut supra esgrimidos –referentes a las diferencias entre gastos de conservación y justicia y créditos preconcursales- debemos agregar otro que estimamos dirimente: son honorarios por tareas desplegadas luego de la rehabilitación del fallido conforme indicáramos en el punto 4 último párrafo de este trabajo.

## 7. Ponencia.

Interpretamos de *lege lata* que:

a. siempre deben regularse honorarios al síndico por la labor desplegada luego de las formuladas en el principal, independientemente de quien se haga cargo de las costas, por cuanto tales tareas nunca pudieron ser consideradas en aquellas previamente efectuadas.

b. dichos honorarios, si las costas se impusieron al concurso, pueden ejecutar bienes adquiridos por el exfallido luego de su rehabilitación o embargarse los sueldos que perciba para así ser satisfechos.



## **Bases y criterios aplicables a la regulación de honorarios de la Sindicatura en el proceso concursal**

*Cristian D. Escobar*

### **Introducción**

El presente trabajo tiene por finalidad exponer las diferentes situaciones controversiales que se suscitan al momento de regularse los honorarios de la Sindicatura en el proceso concursal, partiendo del marco normativo y luego continuar con las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudencia existente al respecto.

### **Marco Normativo**

Arts. 265/ 266 –Ley de concursos y Quiebras-

### **Análisis sobre la base de cómputo para regular honorarios a la Sindicatura**

Conforme lo regula el art. 266 LCQ el tope máximo a los fines regulatorios no puede superar el 4 % del pasivo verificado.

Que se entiende por Pasivo verificado? . Que rubros se deben tomar?

1-Corresponde tomar solo los créditos verificados del art. 36 LCQ o también incluir los créditos declarados admisibles?

2-Y respecto de los declarados inadmisibles?.....Todos o solo los que promovieron recurso de revisión?

3-Y que pasa con aquellos acreedores que son reconocidos por otra vía, esto es:

a) Pronto pago –art. 16 LCQ;

- b) Procesos de conocimiento en trámite y juicios laborales-art. 21 inc. 2 LCQ;
- c) Ejecución por remate no judicial-art. 23 LCQ;
- d) Incidente de revisión-art. 37 LCQ;
- e) Verificación tardía-art. 56 LCQ;

A los fines de ir respondiendo a estos interrogantes, una estricta interpretación de la expresión “Pasivo Verificado” refiere a aquel crédito que fue aconsejado verificar por el Síndico y así lo considero el magistrado al dictar resolución, pero que además no fue observado (ni por los acreedores ni por el concursado).

La jurisprudencia, en la generalidad de los casos, en oportunidad de aplicar el art. 266 LCQ, toma como base regulatoria los créditos declarados verificados y admisibles, pero que aun así se advierte que la misma resulta injusta y violatoria de disposiciones como el art. 14 y 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

En el Diccionario de la Lengua Española “verificación” significa acción de verificar o comprobar la verdad de una cosa. y; como la totalidad de los créditos contra el concursado deben pasar por el proceso de verificación, resulta atinado tomar una interpretación amplia, lo que permite justipreciar debidamente la labor del síndico y no la la interpretación restringida que limita la base regulatoria únicamente a los créditos verificados y admisibles, dejando huérfana de regulación la actividad que debió desempeñar para elaborar su dictamen y aconsejar la declaración de inadmisibilidad de créditos presentados a verificar.

A ello podría responderse que los créditos declarados inadmisibles serán computados como base regulatoria de los honorarios del síndico en el incidente de revisión que promueva el acreedor en los términos del art. 37, pero refutando esta afirmación, debe tenerse presente que el planteo de la revisión tiene el carácter de facultativo.

No obstante advertirse que el objetivo del segundo párrafo del art. 266 de la ley concursal es evitar altas regulaciones de honorarios calculadas sobre la base de activos de gran volumen y pasivos poco importantes, la realidad muchas veces demuestra que el efecto es adverso, perjudicando con una magra regulación al funcionario sindical.

Como dicen Guillermo M. Pesaresi y Julio F. Passaron en su obra,

“Parece interesante la postura de quienes entienden que –según el art. 266, parr. 2º, de la ley 24.522-deben ser considerados como límite todos los créditos insinuados (en el sentido del art. 32, LCQ) y no exclusivamente los verificados o declarados admisibles, lectura que compatibiliza la norma con las exigencias de imparcialidad y de la retribución integral y justa de los servicios prestados.....”.

*Guillermo M. Pesaresi y Julio F. Passaron-“Honorarios en Concursos y Quiebras”, Editorial Astrea año 2009, pág. 141.*

### **La importancia de la inclusión en la base de cómputo de los declarados inadmisibles**

Si bien la normativa concursal no prevé la inclusión dentro del tope máximo del art. 266 LCQ, de aquellos pretensos acreedores que fueron declarados inadmisibles, en mi opinión, resulta perjudicial por cuanto erosiona la base de cómputo, atentando de esta forma con los propios intereses del síndico.

Si la base de cómputo se integra solamente con los créditos verificados y admisibles, el síndico se verá tentado en aconsejar la verificación de la unanimidad de los acreedores que se insinuaron en forma tempestiva, a los fines de acotar la diferencia existente entre el activo que el juez “prudencialmente estime” y los créditos que en definitiva resulten verificados y declarados admisibles.

En consecuencia, a los fines de no enfrentar la labor de la sindicatura y su interés en la percepción de sus honorarios, resulta necesario considerar como base de cómputo del tope máximo la totalidad de los créditos insinuados, de manera tal de no privar a dicho funcionario del reconocimiento económico respecto de los créditos en los que habrá volcado el mayor esfuerzo y las mayores tareas investigativas con el objetivo de elaborar un informe individual fundado: el correspondiente a los declarados inadmisibles.

*Curso de Actualización en Honorarios en Concursos y Quiebras dictado por Juan Marcelo Villoldo. C.P.C.E. Delegación Marcos Juárez-Pcia. de Córdoba. Año 2017.*

### **a-Acreedores ingresantes por la vía del pronto pago-art. 16 L.C.Q.**

El pronto pago procede en los casos de remuneraciones debidas a los trabajadores del deudor en default por cualquier crédito

emergente de la relación laboral que goce de privilegio general o especial y que surja del “Informe” que debe elaborar el sindico. Constituye una de las herramientas más importantes con que cuentan los acreedores laborales para satisfacer sus acreencias.

Esta figura constituye una verificación sumaria, dada la innecesariedad de que el trabajador concurra a la instancia fijada por los arts. 32 y 200 LCQ.

Previa vista al sindico y al concursado, el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de pronto pago mediante resolución fundada, solo cuando se tratare de créditos que no surgieren de los libros que estuviere obligado a llevar el concursado, existiere duda sobre su origen o legitimidad, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado.

Resulta notorio decir que para que proceda el dictado de dicha sentencia, es trascendente la labor del sindico, quien deberá informarle al juez del concurso sobre la viabilidad o no de la petición, debiendo practicar una pormenorizada auditoria sobre la documental existente (registros contables, libro de sueldos, contratos laborales, legajos, etc.) y quien además deberá definir, que debe entenderse por “fondos líquidos disponibles” en correcto estudio del “origen y aplicación de fondos” que permite la continuidad empresarial, regulando prudentemente la operatividad del plan de pagos.

Si el acreedor laboral opta por ingresar al proceso mediante el procedimiento de verificación que regula el art. 32 LCQ, y es reconocida su pretensión, obviamente, dicho crédito pasara a engrosar la base de cálculo para el tope máximo a los fines regulatorios, pero al optarse bajo la figura del pronto pago e independientemente que la misma prospere o no, la realidad de los hechos demuestra que la labor sindical en ese aspecto quedara huérfana de regulación, agravándose aun, por el hipotético de que todos los acreedores laborales opten por esta vía.

Como dicen Guillermo M. Pesaresi y Julio F. Passaron: “Es obvio que el instituto del pronto pago laboral es diferente a la normal “insinuación”, pues como dice el art. 16 de la LCQ, “no es necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia en juicio laboral previo”; sin embargo, puede recalcarse que, a la postre, resulta ser un pedido similar a una verificación tempestiva, pues comparten los mismos requisitos, esto es, mencionar documentada pero informalmente el monto, la causa y el privilegio correspondiente al cré-

dito que se reclama. De manera que es posible receptor a los fines arancelarios la postura que asemeja el trámite del pronto pago al de incidente de verificación, o sea, reconocer que “el síndico debe realizar tareas similares a las que efectúa en el proceso de verificación previsto en los arts. 32 a 38 de la ley 24.522, a efectos de opinar de la procedencia o no del crédito insinuado por el acreedor laboral”.

*Guillermo M. Pesaresi y Julio F. Passaron-“Honorarios en Concursos y Quiebras”, Editorial Astrea año 2009, pág. 587.*

*<http://www.planetaius.com.ar/foroderecho/pronto-pago-creditos-laborales-1753>*

*Régimen de Concursos y Quiebras revisado por Adolfo A.N. Rouillon, 17ª. Edición. Editorial Astrea, pág. 55/61.*

### **b-Procesos de conocimiento en trámite y juicios laborales – art. 21 inc. 2 LCQ**

Según el art. 21 inc. 2 LCQ el actor-acreedor que hubiera promovido un proceso de conocimiento o laboral contra la deudora, con anterioridad a su presentación en concurso, puede optar entre solicitar la verificación, suspendiendo el procedimiento o continuar el trámite del proceso ante el Juzgado de origen hasta el dictado de la sentencia. La sentencia favorable a las pretensiones del actor constituye título verificadorio en el concurso. La misma no habilita el ingreso automático del acreedor al pasivo concursal, debiendo por ende someterse al proceso de verificación.

Tres situaciones pueden presentarse en oportunidad de regularse los honorarios:

1-Que el proceso de conocimiento cuente con sentencia firme, admitiendo el crédito reclamado por el actor. En este caso, y verificado en el concurso el crédito sustentado en aquella sentencia, el juez deberá considerarlo en la base de cómputo del tope máximo del art. 266.

2-Que el proceso de conocimiento cuente con sentencia firme, rechazando el crédito reclamado por el actor. En este caso, resultando el concurso vencedor en costas, será el tercero quien deba afrontar los honorarios que le sean regulados al síndico.

3-Que el proceso no cuente con sentencia al momento de practicar la regulación de honorarios en el concurso. En este caso, el recono-

cimiento de la función del síndico en dicho proceso dependerá del resultado de la sentencia. Si el concurso resulta vencedor en costas, el magistrado deberá regular los honorarios al síndico por su actuación en dicho proceso a cargo del tercero incidentista, caso contrario serán a cargo del concurso.

El Dr. Adolfo A. N. Rouillon, expresa en su comentario al art. 21 LCQ: “La actuación del síndico dentro de los procesos de conocimiento perseguidos contra el concursado-emisión de informe o dictamen no se retribuye de manera autónoma ni segmentada de la regulación de honorarios general que le corresponde por la tarea global en el concurso preventivo. ....dicho informe equivale y reemplaza al informe individual...”. En mi opinión considero que dicho tratamiento es viable en tanto la sentencia de verificación que se dictare a favor del tercero in bonis se emita antes del momento en que se regulen los honorarios en el concurso. Si fuera dictada a posteriori de la regulación en el concurso, corresponderá practicar al funcionario concursal una regulación autónoma e independiente.

*Curso de Actualización en Honorarios en Concursos y Quiebras dictado por Juan Marcelo Villoldo. C.P.C.E. Delegación Marcos Juárez-Pcia. de Córdoba. Año 2017*

*Régimen de Concursos y Quiebras . Dr. Adolfo A. N. Rouillon. 17<sup>a</sup>. Edición. Editorial Astrea. Pág. 78.*

### **c) Remate extrajudicial-art. 23 L.C.Q.**

La legislación concursal tiene previsto que los acreedores titulares de garantías reales pueden ejecutar en “remate no judicial”, recurso del cual pueden valerse algunas instituciones de crédito (Banco Hipotecario Nacional, Banco de la Nación Argentina, etc.) que por su reconocida seriedad obsta cualquier abuso y no deben ser perturbadas con las complicaciones y dilaciones propias de los procedimientos concursales. La ley establece que los acreedores titulares de créditos con garantía real que tengan derecho a ejecutar mediante remate no judicial bienes de la concursada deben rendir cuentas en el concurso acompañando los títulos de sus créditos y los comprobantes respectivos, dentro de los veinte días de haberse realizado el remate. La rendición de cuentas debe sustanciarse por incidente, con intervención del concursado y del síndico.

El problema que se plantea en esta hipótesis es si estos acreedores deben verificar o no sus acreencias en el concurso.

Prevalece en la doctrina el criterio que la aprobación de la rendición de cuentas luego de concluido el trámite incidental que impone el art. 23 LCQ; importa la verificación del crédito privilegiado pues aprobada aquella queda perfeccionada la venta extrajudicial y el cobro que haya hecho el acreedor con garantía real percibiéndolo de la ejecución realizada.

Resulta entonces que al intervenir el síndico en el incidente de rendición de cuentas quien deberá efectuar un análisis de legitimidad del crédito en cuestión, y en el extremo de aprobarse dicha rendición, tal situación tiene el mismo alcance que la sentencia que declara verificado el crédito, con lo cual no cabe duda que debe incluirse el monto del crédito comprobado en la rendición de cuentas dentro de la base de cómputo del tope máximo del art. 266.

*Curso de Actualización en Honorarios en Concursos y Quiebras dictado por Juan Marcelo Villoldo. C.P.C.E. Delegación Marcos Juárez-Pcia. de Córdoba. Año 2017.*

*Santiago C. Fassi/Marcelo Gebhardt, "Concursos y Quiebras", 5ta. Edición Actualizada. Editorial Astrea. Pág. 24.*

#### **d) Incidente de revisión-art. 37 LCQ/e)- Verificación Tardía –art. 56 LCQ:**

Se destaca la evolución en la doctrina y jurisprudencia respecto a si corresponde o no regular honorarios al síndico por su actividad desplegada en los incidentes de revisión y/ de verificación tardía.

El trabajo profesional que despliega el síndico en estos incidentes se encuentra comprendido en la regulación que el juez del concurso practica de conformidad al art. 265 de la LCQ en la causa principal? O por el contrario, su actuación debe considerarse como tarea extra susceptible de regulación independiente?

-Si el concurso resulta condenado en costas: en un comienzo se sostuvo jurisprudencialmente que la actuación en un incidente, aun posterior a la homologación del acuerdo preventivo no puede ser considerada actividad extraordinaria que exceda la actuación normal del síndico, por cuanto existe un mecanismo de retribución de la sindicatura que incluye la totalidad de los trabajos en la oportunidad debida. Es decir no se admitían regulaciones parciales.

-Si el concurso resulta vencedor en costas: también aquí desde un comienzo se sostuvo jurisprudencialmente que no corresponde regular al sindico por cuanto este funcionario no despliega actividad extra en tales incidentes. Cabe mencionar aquí el Pleno Rodríguez Barro S.A. del 24/06/81 –CNC: “*En los procesos contenciosos en que el concurso resulta vencedor en costas no corresponde regular honorarios al sindico....*”

Otros decisorios judiciales dictaminaron lo contrario, estableciendo una regulación independiente de la que corresponde por el art. 265 de la LCQ. Cabe mencionar aquí:

-Pleno, “Cirugía Norte S.R.L.”-Cámara Nacional Comercial, 29/12/88: “*Corresponde regular honorarios al sindico, por la representación del concurso cuando este resulte vencedor en costas....*”

-Pleno “Autosprint”-Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario: “*...no corresponde regular al Sindico por la labor desempeñada en la verificación tempestiva....o tardía de créditos, ya que se impongan o no las costas al versificante.....con la sola excepción eu que resulte manifiesto que el sindico haya sido el único conradictor del verificante y le haya vencido-(fallo ED 136-441).*”

*Costas y Honorarios en el procedimiento concursal ley 24.522. Edgar Jose Baracat, Ed. Juris-Pag. 110/111.*

Se destaca lo mencionado por Guillermo M. Pesaresi y Julio F. Passaron en su obra respecto de lo expresado por la Dra. Kemelmajer de Carlucci: “En principio, el sindico no tiene derecho a regulaciones independientes cuando actúa en el proceso concursal y las costas son a cargo de la masa”. Pero agrego a continuación: “Sin embargo, existen supuestos, como el de autos, en que se originan actividades judiciales que suponen un “plus “, que deben ser reparadas por un tercero condenado en costas. La no regulación supondría un enriquecimiento indebido del tercero vencido, que podría litigar, sin responsabilidad alguna de su parte.....”

*Guillermo M. Pesaresi y Julio F. Passaron-“Honorarios en Concursos y Quiebras”, Editorial Astrea año 2009, pág. 486.*

Existen fallos posteriores a los ut supra citados que se expiden a favor de la regulación de honorarios del sindico sea que el incidente sea resuelto antes o después de la regulación en el principal e independientemente de quien resulte condenado. Se exponen resumidamente en última hoja dichos fallos.

En base a esta jurisprudencia resulta apropiado decir:

Incidente resuelto antes de la regulación de honorarios en el principal:

-Si resulta vencedor el concurso será el tercero incidentista quien deberá hacerse cargo de las costas que corresponde regular al síndico.

-Si resulta vencido el concurso, entiendo no corresponderá aquí practicar una regulación independiente de la regulación en el principal pero corresponderá tomar el importe del crédito que resulte verificado en la base de computo del tope máximo del art. 266 LCQ.

. Incidente resuelto después de la regulación de honorarios en el principal:

a-Si resulta vencedor el concurso será el tercero incidentista quien deberá hacerse cargo de las costas que corresponde regular al síndico.

b-Si resulta vencido el concurso, deberá ser este condenado en costas y corresponderá una regulación autónoma e independiente de la ya practicada en el proceso principal, ya que el magistrado no pudo tener en cuenta a dicho crédito en la base de cómputo del tope máximo.

Aquí cobra vigencia el concepto de ultraactividad del síndico en el concurso preventivo y que refiere a la actividad que desarrolla dicho funcionario con posterioridad a las regulaciones previstas en el artículo 265 LCQ y la relación que tiene esto con los honorarios que le corresponden.

Jurisprudencia :

*-“COMUNA DE TIMBUES Y OTROS C/ZAMPA OSCAR E. S/VERIF. TARDIA, EXPTE. 157/09 – Auto 309 del 20/08/2010 de la SALA IV Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial proveniente del Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial de la 13ra. Nominación de Rosario-. Se destaca parte del fallo:....Y considerando: Que se coincide con las argumentaciones volcadas por parte de la doctrina y jurisprudencia que se inclinan por sostener que cuando el tercero es condenado en costas en los incidentes de verificación tardía y en la revisión, corresponde regular honorarios a la sindicatura y su letrado patrocinante.....Que, no es válido sostener que en la verificación tardía de créditos, el trabajo que despliega el síndico es el mismo que en la verificación tempestiva. O sostener que la actividad que se despliega en la tardía es la que*

*se dejo de desarrollar en la tempestiva.....En la verificación tempestiva le basta al sindico, con redactar un simple informe individual de crédito, aconsejando su verificación o rechazo, y cuanto más, hacer compulsas contables en los libros del deudor y del insinuante de verificación, para contar con los respaldos necesarios para emitir el dictamen. En cambio, en la verificación tardía, que tramita por la vía incidental, además de todo ello, la sindicatura tendrá que concurrir al tribunal, asistir a las audiencias de testigos y de posiciones, informarse sobre las conclusiones periciales, compulsar prolijamente las actuaciones, etc., inclusive, en algunos supuestos hasta ofrecer pruebas.....RESUELVE: Hacer lugar a la apelación y revocar la providencia impugnada, y en su lugar, disponer regular en proporción de ley los honorarios para la sindicatura y su letrado patrocinante el 15 % de los que se fijen para el abogado de la parte vencedora de conformidad a lo explicado en los considerandos.*

*-Incidente N° 6 P.L. RIVERO Y CIA. S.A. S/CONCURSO PREVENTIVO S/INCIDENTE DE REVISION DE CREDITO, EXPTE. 4408/2012/6/CA5-Juzgado N° 18 Secretaria N° 35-Bs.As.03/06/2016.Y VISTOS:... En ese contexto, fue admitido por la jurisprudencia que correspondía regular honorarios al sindico cuando las costas no habían sido generadas por él, sino por el concursado, cuando por ejemplo, este último había omitido denunciar el crédito en su presentación y se había opuesto injustificadamente a que fuera verificado.....Las consideraciones precedentes no implican afirmar que la labor realizada por la sindicatura en estos autos deba considerarse gratuita, gratuidad que no puede predicarse respecto de trabajos que deben ser, por su naturaleza, remunerados.....La Sala no encuentra razón, como se dijo, para considerar que esa labor y consecuente responsabilidad deban considerarse gratuitas, por lo que, a fin de cuantificar la remuneración de marras se tendrá en cuenta la importancia económica del expediente.....En tales condiciones, habrán de confirmarse en su cuantía los honorarios regulados a fs. 395....*

Edgar J. Baracat "Derecho Procesal Concursal" Ed. Nova Tesis, 12/05/2004. Pág. 473/478.

<https://www.adelaprat.com/2011/07/honorarios-concursales-ultraactividad-del-sindico-en-el-concurso-preventivo-y-en-la-quietud-propuestas-de-reformas-en-el-tema-de-honorarios/>

## Actualización del pasivo para determinar el tope del cuatro por ciento

*Federico G. Estrada*

### Ponencia

Los honorarios deben regularse teniendo en cuenta el tope del 4 % (cuatro por ciento) del pasivo actualizado, según cada clase de crédito que lo componga y sin aplicar la regla general del art. 19 L.C.Q. que dispone la suspensión de intereses. Este principio debe tenerse en cuenta más aún cuando existan indicadores económicos básicos que se alteren de manera significativa a lo largo del proceso.

#### a. Introducción

En la República Argentina han ocurrido varias crisis económicas desde pocos años anteriores a la sanción de la actual ley 24.522 y hasta el presente<sup>1</sup>.

Esas crisis tuvieron un denominador común: la brusca y veloz alteración del valor del dólar estadounidense y el nivel general de precios.

Al momento de escribir este trabajo, sin que podamos hablar aún de crisis, la divisa norteamericana se apreció respecto del peso en más de un cincuenta por ciento en seis meses.

La inflación, en valores promedio anuales del treinta por ciento, es un fenómeno constante en la economía argentina de los últimos años.

Todos estos acontecimientos, variados pero recurrentes, hacen que debamos analizar situaciones no previstas de manera específica en la ley para arribar a una justa regulación de honorarios, ya que afectan de manera diferente al proceso concursal en sus distintas etapas.

---

<sup>1</sup> La hiperinflación de 1989, con un aumento del nivel general de precios del orden del cinco mil por ciento anual; la *megadevaluación* de 2002, cuando el dólar estadounidense pasó de valer un peso a cuatro, para luego bajar a tres en pocas semanas; en 27 años en Argentina de multiplicó por 28, aproximadamente, la paridad peso / dólar.

Principios generales de la Ley de Concursos, garantías de la Constitución Nacional y elementos de racionalidad económica nos brindan herramientas para ello.

### **b. La alteración del escenario económico durante el concurso preventivo**

Cualquiera de las situaciones reales señaladas en la introducción puede alterar significativamente los valores que se toman como parámetro para la regulación de los honorarios en el concurso preventivo.

Entre la más completa valuación de activo y pasivo –el informe general del art. 39- y la regulación de honorarios, contenida en la sentencia de homologación del acuerdo, normalmente transcurren más de seis meses. Esto, claro está, tratándose de un procedimiento sin la más mínima suspensión y tramitado bajo estricto respeto de los plazos procesales.

A veces decimos en Argentina que *seis meses es largo plazo* porque nuestra historia económica tiene varios ejemplos de grandes y veloces alteraciones de las variables económicas. Ello produce la particular situación analizada en esta ponencia.

Todo esto toma más sentido aún cuando se producen demoras en la tramitación del proceso concursal, algunas de cierta normalidad o previsibles<sup>2</sup>, otras sin explicación ni fundamento alguno<sup>3</sup>.

### **c. Qué valor del Activo debe tomarse para aplicar la escala del uno al cuatro por ciento**

Respecto de lo que dispone el art. 266 I L.C.Q., parece no haber discusión en cuanto a que el porcentaje del uno al cuatro debe ser aplicado sobre el valor del activo actualizado<sup>4</sup>.

Si bien es muy probable que, en condiciones normales<sup>5</sup>, ese valor

<sup>2</sup> Como sería el caso de algún recurso admitido que suspenda alguna etapa desde la apertura hasta la homologación del acuerdo.

<sup>3</sup> En algunas jurisdicciones del país, como la primera circunscripción judicial de San Luis, existen numerosos concursos con veinte o más años de abiertos que no registran actividad procesal útil, con el consiguiente perjuicio para los acreedores y considerable beneficio para los deudores.

<sup>4</sup> Entre otros Pesaresi G. M. – Pasarón J. F., Honorarios en concursos y quiebras, Ed. Astrea, septiembre de 2002, pág. 128.

<sup>5</sup> Un paso fugaz por la normalidad tuvo nuestra economía durante la llamada convertibilidad, época que duró poco más de diez años –desde principios de

sea prácticamente el mismo que el determinado por la sindicatura en el informe general del art. 39, no debe perderse de vista que una justa retribución surgirá del valor que el activo asuma en el momento de practicarse la regulación de honorarios. Esto en función de hacerlo sobre el *activo prudencialmente estimado* como prescribe la norma citada.

#### **d. Qué significan los honorarios para el deudor que obtiene un acuerdo preventivo**

Desde el punto de vista económico los honorarios que el deudor debe pagar luego de homologado el acuerdo preventivo son el costo directo de utilizar individualmente un poder público para lograr la protección del patrimonio bajo el imperio de la ley.

Es la retribución por los servicios prestados por profesionales no incluidos dentro del presupuesto general del Poder Judicial, ya sean los contratados por el deudor mismo –los abogados que menciona la ley- o por los que el juzgado designa –los síndicos-.

Del mismo modo que cuando se necesita cobertura para un determinado riesgo se paga una prima y una compañía de seguros se hace cargo de soportar los eventuales daños, el servicio de justicia le cobra al concursado los gastos de haber tramitado un proceso en el cual resulta beneficiado con el blindaje de su activo.

Con mayor amplitud, habitualmente decimos que el proceso concursal protege a la empresa en marcha, siendo por lo tanto mayor el alcance de ese seguro pues no sólo se circunscribe a los bienes sino a los recursos humanos, los flujos de fondos, la presencia de la organización en la sociedad, etc.

Si bien la naturaleza económica del negocio del seguro es diferente de nuestro tema bajo análisis, la comparación es útil porque nos permite vincular el conjunto de bienes a proteger con el precio que se paga.

Esa suerte de prima de seguro, que cubre legalmente los bienes de la deudora del daño por agresiones individuales por parte de los acreedores, se calcula en función del valor del activo y con tope en el 4 % (cuatro por ciento) del *pasivo verificado*<sup>6</sup>.

---

1991-, en la cual la paridad con el dólar estadounidense fue de un peso y la inflación estuvo en los valores de las economías más estables del mundo. Popularmente también llamada la época del uno a uno, terminó con una de las crisis más profundas en lo que va del siglo XXI.

<sup>6</sup> Como bien señalan Pesaresi y Pasarón, op. cit., pág. 139 y 141, reseñando varios

La medida de los honorarios está dada por el valor del activo porque es eso lo que el régimen legal concursal protege. Según haya sido el desempeño de los profesionales a remunerar el juez tendrá un intervalo amplio de valoración, entre el uno y el cuatro por ciento, pero con relación siempre al conjunto de bienes que componen el activo. El pasivo sólo opera como un límite, siendo el cuatro por ciento del pasivo *verificado*<sup>7</sup> la cifra tope hasta la cual podrá extenderse la retribución.

#### **e. Qué valor del Pasivo debe operar como tope del cuatro por ciento**

El foco de atención de este trabajo está puesto en qué valor debe asumir el pasivo para aplicarle el tope del 4 % (cuatro por ciento) como límite en la regulación de honorarios.

Ese pasivo debe estar actualizado aún cuando esté compuesto por créditos a los que se aplica suspensión de intereses.

La regla general del art. 19 L.C.Q. impone la suspensión de los intereses de todo crédito de causa o título anterior a la presentación.

Las excepciones a esa regla no son impedimento para tener un valor actual del pasivo, ya que precisamente los créditos laborales, en moneda extranjera, garantizados con prenda e hipoteca y las deudas no dinerarias actualizan su valor por su propia composición.

El inconveniente lo presenta el principio general de suspensión de intereses, que fue instituido para proteger el activo del deudor en crisis, limitando el valor del pasivo a la fecha de presentación en concurso, pero que a los fines de la retribución a los profesionales merece un análisis distinto.

Como fundamento para actualizar los créditos con intereses suspendidos, al solo efecto de no reducir injustamente el tope en la regulación de honorarios, podemos exponer:

- El art. 159 L.C.Q., que establece un criterio para que el juez resuelva casos no contemplados. Las *normas que sean análogas* nos llevan a la conclusión de que si el activo debe

---

aportes precedentes sobre el tema, tal vez el pasivo verificado debería interpretarse como el presentado a verificar, independientemente de la suerte de dicho trámite, ya que los beneficiarios de los honorarios dedican trabajo tanto al pasivo verificado o admisible como al inadmisibile. Además, esa tarea debe estar desprovista de todo interés relacionado con la magnitud que finalmente asuma el total de deudas.

<sup>7</sup> Según las distintas interpretaciones que éste pueda tener.

ser *prudencialmente estimado*, como establece el art. 266 I, el pasivo también lo será. Y una estimación prudente del pasivo no puede estar afectada por la suspensión de intereses, más aún cuando exista una brusca y veloz alteración de variables económicas tan sensibles como la inflación y el tipo de cambio.

- La racionalidad económica, el precio justo por la protección del activo que se logra con la homologación del acuerdo. Si un activo, un conjunto de bienes, es protegido frente a un pasivo actualizable -por excepción al principio general del art. 19-, con mayor efecto resulta esa protección si el pasivo no se actualiza. El deudor, en definitiva, tiene más bienes y menos deudas. De esta manera, no existe razón alguna para disminuir el precio que el deudor debe pagar por esa suerte de *seguro* contra agresiones patrimoniales. En tal caso, el tope de ese precio debería ser igual que cuando el pasivo se actualiza por su propia composición, nunca menor.

- Las garantías de retribución justa, igual remuneración por igual tarea, igualdad ante la ley como base del impuesto y de las cargas públicas, consagradas en los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional. Si un pasivo actualizable produce un tope determinado en la regulación de honorarios, un pasivo no actualizable no debe reducir ese tope ya que afectaría esta garantía de retribución justa e igualitaria. El trabajo profesional sobre pasivo sujeto a suspensión de intereses o no es el mismo. La elaboración del informe individual, la producción de pruebas, la valoración de las impugnaciones, todo tiene igual valor, de manera tal que no existe fundamento para que en un caso se paguen honorarios menores que en el otro.

#### **f. A modo de síntesis**

Para arribar a una justa regulación de honorarios corresponde actualizar tanto el activo como el pasivo y recién a partir de ahí aplicar los porcentajes correspondientes.

La actualización -o más precisamente *estimación prudencial*- del activo está prevista expresamente en el art. 266 I L.C.Q.

Existe una regla general de suspensión de intereses contenida en el art. 19 L.C.Q. que, en principio, atenta contra la actualización del pasivo que consideramos justa.

Para que esa regla pueda dejarse de lado hay que recurrir a principios generales de la Ley de Concursos enunciados en el art. 159, garantías de los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional y elementos de racionalidad económica que determinan el precio justo a pagar por la protección del activo del deudor y la empresa en marcha.

Así, finalmente, cada elemento del pasivo debe ser actualizado a la fecha de regulación de honorarios en función de los diferentes créditos que lo componen.

## El problema de los honorarios del síndico

*Anibal Daniel Osuna*

### Sumario

Me pareció interesante abordar este tema nuevamente ya que, como sabemos, hay una comisión creada para modificar la Ley de Concursos y Quiebras, y los profesionales que ejercemos al sindicatura concursal nos encontramos más que interesados en que se modifique, esta vez a nuestro favor, la escala de regulación de honorarios, tanto en el concurso preventivo como en la quiebra.

A nadie escapa que la modificación de la ley 19.551 por la actual ley 24.522 recortó de una forma importante la escala de honorarios en los concursos y quiebras, y en especial los que corresponden a la sindicatura.

Hoy, a poco más de veinte años de la sanción de actual ley, en mi opinión estamos viendo los “efectos no deseados” de ese cambio.

### El origen del problema

La antigua ley 19.551 tenía una escala de honorarios mucho “más generosa” que la actual, a grandes números era el doble o más del doble, ya que si se tiene en cuenta que actualmente los honorarios de los letrados del síndico debe soportarlos él mismo, lo que antes no era así. Eso redujo a menos de la mitad la escala arancelaria. En el caso del concurso preventivo, la antigua ley preveía la siguiente regulación de honorarios:

- sobre el monto del activo prudencialmente estimado por el juez o tribunal, en proporción no inferior al 2% ni superior 8%, teniendo en cuenta los trabajos realizados y el tiempo de desempeño. Las regulaciones no podían exceder del 8 % del pasivo verificado. En el caso de la quiebra, la antigua ley preveía la siguiente regulación de honorarios:

- sobre el activo realizado, no pudiendo en su totalidad ser inferior al 8% ni superior al 25% de esa cantidad

La reforma de la ley 24.522 reduce sustancialmente la escala arancelaria, creyendo que reducir los honorarios de los profesionales solucionaría el problema de las empresas a concursarse.

En el caso del concurso preventivo, lleva los honorarios del 1% al 4% del activo prudencialmente estimado, y para las quiebras, del 4% al 12% del activo realizado, disponiendo que los honorarios de los letrados de la sindicatura debe soportarlos el síndico.

Introduce otra modificación, que es la introducir una especie de honorario mínimo, para el caso del concurso preventivo, equivalente a dos sueldos del sueldo de secretario de primera instancia, y para el caso de la quiebra, equivalente a tres sueldos del secretario de primera instancia.

### **Los problemas**

En mi opinión existen diversos problemas para los que ejercemos la sindicatura, que en los últimos años se han profundizado, a saber:

- . Los concursos preventivos, es decir las empresas que aún conservan algo de vida, son menos que las quiebras;
- . En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, jurisdicción en la que ejerzo la profesión, alrededor del 65% de las quiebras son clausuradas sin activo, por ello, alrededor de dos tercios de nuestro trabajo se trata de una especie de “carga pública”, teniendo nulas posibilidades de cobro;
- . Del 35% de las quiebras restantes, la mitad de ellas tienen magros activos, por lo tanto, las regulaciones de honorarios suelen ser una miseria para la sindicatura;
- . En lo personal, de los 31 juzgados comerciales que hay en la Ciudad de Buenos Aires, no conozco que ninguno de ellos, en primera instancia, le hubieran regulado al síndico el honorario mínimo equivalente a tres sueldos de secretario de primera instancia, tal como pretendió imponer el legislador;
- . De las distintas salas de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sólo tres de ellas, (B, D y E) tienen precedentes jurisprudenciales sobre regulaciones de honorarios, tomando como base el mínimo de los tres sueldos de secretario de primera instancia, en

los casos en que los activos realizados son escasos;

. La sala A de la Excma. Cámara Comercial tiene su propia jurisprudencia, aplicando, en el caso de realización de activos de escasa significación el 30% del producido con destino a la regulación de honorarios profesionales;

. Las otras salas, aplican el tope del 12% para la regulación de honorarios;

. Es así que se pueden ver regulaciones de honorarios de \$ 2.800.- para la sindicatura, luego de cinco años de trabajo, y para un activo realizado de \$ 30.000.-. Indudablemente, esos honorarios no alcanzan a cubrir siquiera el costo de la papelería y el transporte público para desplazarse hasta el juzgado;

. No por todo esto, las exigencias a la sindicatura son pocas, en la mayoría de los casos se le exige un compromiso y profesionalidad que no se ve reflejado al momento de la regulación de honorarios.

Toda esta combinación de cuestiones, alta exigencia a la sindicatura y pésimas regulaciones de honorarios, ha llevado a que muchos profesionales, sobre todo en el segmento de síndicos “B”, se replanteen continuar o no en la actividad, optando muchos de ellos por no inscribirse para el ejercicio de la sindicatura.

Esto se vio en la inscripción para el cuatrienio 2017-2020 en la Ciudad de Buenos Aires, en la categoría B, sucediendo que en dicha inscripción llevada a cabo en el año 2016, no alcanzaran la cantidad de aspirantes a síndicos B a cubrir la cantidad necesaria de titulares.

Por ello, hubo 6 síndicos que se designaron como titulares de 2 juzgados, y 310 síndicos que fueron designados como titulares en un juzgado y como suplente en otro.

Luego de un año y medio del inicio del cuatrienio, hubo síndicos titulares que no aceptaron cargos y fueron removidos, y hay más síndicos titulares en más de un juzgado.

También es importante que se aclare que muchos de los aspirantes que se inscribieron no tienen título de posgrado en la especialidad, ni experiencia en la actividad, y muy posiblemente encomienden su tarea a terceras personas, desvirtuando de esa forma la esencia del ejercicio personal de la actividad de síndico.

Estos “efectos no deseados”, en mi opinión, son los que se lograron desatendiendo el problema de los honorarios, entre otras cosas.

## Propuestas para una futura reforma legal

Es opinión generalizada de quienes ejercemos la sindicatura, atento que el tema es tratado regularmente en ciclos, conferencias y eventos profesionales, que una futura reforma legal, debería prever en lo relativo al tema de los honorarios profesionales, los siguientes lineamientos:

1. Que se apliquen las escalas arancelarias de la antigua ley 19.551;
2. Que los honorarios del asesoramiento letrado de la sindicatura sea soportado por el concurso y/o la quiebra, y no como en la actualidad que los soporta el síndico;
3. Que se establezca como honorario mínimo para el caso del concurso los dos sueldos de secretario de primera instancia, y para el caso de la quiebra los tres sueldos de secretario, y que dichos mínimos sean de cumplimiento obligatorio, sin que la redacción del articulado dé lugar a interpretaciones ambiguas. En síntesis, que exista un verdadero honorario mínimo, y que el mismo tenga un monto razonable;
4. Que en caso de quiebras, por lo menos el 30% de lo recaudado sea destinado al pago de los gastos de conservación y justicia, sin que pueda ese mínimo ser afectado por créditos con otros privilegios;
5. Que se derogue efectivamente el último párrafo del art. 266 que dispone un tope de 1% de honorarios para aquellos concursos en los cuales el activo supera los cien millones de pesos. Si bien, en la Ciudad de Buenos Aires, existe jurisprudencia que considera que dicha ley de emergencia no se encuentra vigente, pero sería saludable su derogación;
6. Que se modifique el artículo de la que fija como remuneración de la sindicatura por el control del cumplimiento del acuerdo la suma del 1% de las sumas abonadas, fijando cualquier porcentaje en base a sumas actualizadas, ya que con el transcurso del tiempo, cualquier suma pierde toda entidad por efectos de la inflación;
7. Que se legisle la regulación de honorarios a la sindicatura en los casos de "ultraactividad", es decir cualquier otra tarea que se le encomiende al síndico luego de la regulación de honorarios, que de alguna manera pone fin a su tarea.

## Honorarios mínimos. Arts. 266 y 267 de la ley 24.522. Modificaciones propuestas

*Martín Alejandro Stolkiner*

### Sumario

La ponencia desarrolla y fundamenta la necesidad de modificar los arts. 266 y 267 de la Ley 24.522 reafirmando que la regulación mínima de los sueldos de secretario de primera instancia no puede ser vulnerada en ningún caso.

Así se propone agregar un párrafo en el art. 266 de la Ley 24.522 estableciendo que *“La regulación nunca podrá ser inferior a DOS (2) sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción donde tramita el concurso.”*

Finalmente se propone agregar un párrafo en el art. 267 de la Ley 24.522 diciendo que *“La regulación nunca podrá ser inferior a TRES (3) sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción en que tramita el concurso”*

### Ponencia

Deben modificarse los arts. 266 y 267 de la Ley 24.522 quedando redactados de la siguiente forma:

“ARTICULO 266.- Cómputo en caso de acuerdo. En caso de acuerdo preventivo, los honorarios totales de los funcionarios y de los letrados del síndico y del deudor son regulados sobre el monto del activo prudencialmente estimado por el juez o tribunal, en proporción no inferior al UNO POR CIENTO (1%) ni superior al CUATRO POR CIENTO (4%), teniendo en cuenta los trabajos realizados y el tiempo de desempeño.

*La regulación nunca podrá ser inferior a DOS (2) sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción donde tramita el concurso.”*

“ARTICULO 267.- Monto en caso de quiebra liquidada. En los casos de los incisos 3 y 4 del Artículo 265, la regulación de honorarios de los funcionarios y profesionales, se efectúa sobre el activo realizado, no pudiendo en su totalidad ser inferior al CUATRO POR CIENTO (4%) ni superior al DOCE POR CIENTO (12%) del activo realizado.

Esta proporción se aplica en el caso del Artículo 265, inciso 2, calculándose prudencialmente el valor del activo hasta entonces no realizado, para adicionarlo al ya realizado, y teniendo en consideración la proporción de tareas efectivamente cumplida.

*La regulación nunca podrá ser inferior a TRES (3) sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción en que tramita el concurso”*

## **Fundamentos**

Antes de desarrollar en profundidad los fundamentos de la ponencia, debo destacar lo limitado de su alcance, por cuanto lejos de abordar una necesaria reforma integral del régimen de honorarios de la Ley 24.522 que contemple todos los aspectos relevantes en la materia, se propone sólo una modesta modificación legal. Ello ante las dificultades de la comunidad involucrada en la temática – pese a la cantidad de trabajos realizados- en lograr los consensos necesarios para que los legisladores aborden integralmente la problemática.

## **La problemática**

Es sabido que la problemática de los honorarios mínimos establecidos en los arts. 266 y 267 de la Ley 24.522 es la paradójica situación que se presenta cuando el mínimo legal fundado en la retribución el Secretario de Primera Instancia es superior al 4% del activo estimado para el caso de homologación de la propuesta de acuerdo en concurso preventivo (art. 266) o bien del 12% del producido de la realización de los bienes en la quiebra liquidada (art. 267), generando así una situación de colisión de normas que impone al

órgano judicial optar entre respetar solo una de las dos directrices en juego: o bien el “piso” de los sueldos actuariales o, bien, en su defecto, el “techo” del porcentual máximo del activo.

### **Postura actual de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal.**

Las distintas salas de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal poseen actualmente distintas posiciones no uniforme, a saber:

Sala E: La sala E a partir del fallo dictado en autos “Agalte S.A. s/ quiebra” del 2/11/11 viene resolviendo que “El total de las regulaciones no puede ser inferior al 4% del activo realizado o a tres sueldos de secretario de primera instancia -el que sea mayor-, ni tampoco puede exceder el 12% del parámetro citado en primer término. Consecuentemente, teniendo en cuenta el total del activo indicado se adoptará la pauta mínima prevista en el art. 267 primer párrafo, fundada en el salario del Secretario de Juzgado. Ello pues, el porcentual máximo previsto en el precepto legal referido -12% del activo- resulta ser inferior a tres sueldos de Secretario de primera instancia” (Autos: “REPRESENTACIONES DE TELECOMUNICACIONES S.A. s/QUIEBRA” 30/06/2015, 13824/2011 CIUDAD SALUD S.R.L. s/QUIEBRA 19/04/2016, entre muchos otros)

Sala D: La Sala D sigue la misma posición de la Sala E (Autos: “TRANSFRIGO S.R.L. s/ QUIEBRA 06/08/2015: En virtud de lo dispuesto en la LCQ: 265 inc. 4 y los mínimos arancelarios establecidos en la LCQ: 267 primer párrafo, elévanse los honorarios regulados en fs. 3729 a \$ 89.000 para el síndico... Monto del Activo Liquidado 181.387”). Señala el tribunal que la ley concursal no efectúa distingo alguno en cuanto a las pautas que deben regir la fijación de la retribución profesional según la entidad del proceso. Por otra parte, en cuanto al mecanismo previsto por la LCQ 271 su utilización es excepcional y de aplicación restrictiva porque en el concepto mismo del honorario mínimo ya anida la idea de desproporción entre los valores en juego y la retribución, por lo que resulta improcedente su perforación si las tareas realizadas fueron comunes y ordinarias, ya que dicha retribución sostén tiende a establecer una protección al trabajo desarrollado por profesionales especializados. (12672/2014/ CA1 SUANNO LORENZO S/QUIEBRA, 24/05/2016).

Sala B: La Sala B adopta también el mismo criterio pero morigerado, determinando los honorarios para el caso de encontrarse en la paradoja ya presentada en función al mérito que hace de la labor de los profesionales. Caben citar los siguientes casos (29823/2003-BRANCA FERNANDO JAVIER s/QUIEBRA 16/06/2015: Activo Realizado: \$ 0 Honorarios Totales: \$ 370; 36845/2007 - SIPESA ARGENTINA S.A. s/QUIEBRA 16/06/2015: Activo Realizado: \$ 2.300 Honorarios Totales: \$ 30.300; 63588/2003 - GONZALEZ EDITH VIVIANA s/QUIEBRA 17/04/2015: Activo Realizado: \$ 262.000 Honorarios Totales: \$ 55.000; 10049/2013 - TRUST TECHNOLOGY S.A. s/QUIEBRA 16/05/2016).

No puede pasar inadvertida la disidencia permanente de la Dra. Piaggi que entiende no puede prescindirse de la pauta mínima fundada en el salario del Secretario de Juzgado. El legislador quiso asegurar una retribución justa a los letrados y funcionarios de la quiebra liquidativa, fijando un mínimo retributivo, con independencia de las contingencias porcentuales en las quiebras de poca monta.

Sala A: La Sala A, ante el caso paradójico del art. 267, asigna a las retribuciones de los funcionarios en el trámite falencial hasta el 30% del activo realizado como tope regulatorio.

Para ello regula los honorarios de los profesionales intervinientes con prescindencia de la pauta mínima fundada en el salario del Secretario de Juzgado que contempla el art. 267 LCQ y tomando a ese efecto un porcentual del activo realizado que posibilite compatibilizar la finalidad última del procedimiento falencial -que es la obtención del mayor dividendo concursal posible por parte de los acreedores- con el derecho a una retribución digna por parte de los beneficiarios de esos emolumentos (Autos: 60674/2001 CLORIS S.A. s/QUIEBRA 28/04/2016).

Sala F: Adopta el mismo criterio que la Sala A (Autos: 13642/2011 CONSTRUCTORA L'AQUILA S.R.L. s/QUIEBRA 30/09/2014. Activo Realizado: \$ 25.000 Honorarios Totales: \$ 9.000, indicando que deben regularse los honorarios de los profesionales intervinientes prescindiendo de la pauta mínima fundada en la retribución del Secretario de Juzgado que prevé el art. 267 LCQ y tomando al efecto un porcentual del activo que posibilite compatibilizar la tuitiva distributiva de la quiebra con el derecho a una retribución digna (art. 271 LCQ).

Sala C. La Sala C postula contrariamente a las restantes salas que el tope del 12% del activo realizado es invulnerable. "Si bien la norma

establece que el total de las regulaciones no podrá ser inferior al 4 % del activo realizado o a tres sueldos del secretario de primera instancia, el que sea mayor, también fija como tope máximo el 12 % del activo liquidado. En estas condiciones, en razón de la redacción del precepto citado y la reducción de las regulaciones de honorarios introducida por la ley 24.522 cabe interpretar que este límite no puede ser superado en ningún caso (Autos: 2816/2012. INDUSTRIAS GRAFICAS SAN MARTIN S.A. s/QUIEBRA.25/06/2015 Activo Realizado: \$ 35.471 Honorarios Totales: \$ 4.256; GARIFO, JULIO NESTOR s/QUIEBRA Expediente N° 112487/2001/CA2 12/05/2016).

El criterio de esta sala produce resultados disvaliosos y contradictorios, llevando a que en procesos con activos insignificantes o sin ningún activo las regulaciones sean mucho mayores que en aquellas que se realizan bienes. “Atendiendo a la naturaleza y el resultado de la labor desarrollada por el funcionario beneficiario de la regulación apelada, y no existiendo en el caso activo sobre el cual aplicar los porcentajes establecidos por el art. 267 de la L.C., resultará prudente apartarse de la pauta fija establecida por dicha norma, en uso de la facultad que establece el art. 271 de la L.C., pues la aplicación de tal criterio importaría una manifiesta desproporción entre la importancia del trabajo y la retribución obtenida (Autos: 10860/2010. “MUROVANKIN DORA VIVIANA S/ Quiebra” 19/09/2013: Activo Realizado: \$ 0 Depósito Efectuado por Fallida: \$ 1.000 Honorarios Totales: \$ 30.000)

### **Necesidad de la Reforma. Propuesta. Fundamentos.**

Ante los distintos criterios expuestos por las distintas salas de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital, y sin perjuicio de los fallos que puedan haber dictado también los distintos Tribunales de las restantes jurisdicciones del país, es que se propone que se auspicie la modificación de los arts. 266 y 267 de la Ley 24.522 quedando claramente establecido que el mínimo basado en los sueldos del secretario de primera instancia es inmovible con independencia de la magnitud de los activos realizados y/o estimados en el proceso.

Ello pues éste temperamento que se propone es el que se ajusta a la finalidad que persiguió la ley, que es la de asegurar a los funcionarios y letrados de la quiebra un mínimo retributivo, y sin perjuicio de apartarse de esta solución cuando la aplicación de tal criterio im-

porte una manifiesta desproporción entre la importancia del trabajo y la retribución obtenida, tal como lo prevé el art. 271 de la Ley.

Si la Justicia es el norte a la hora de fijar el honorario, no debemos perder de vista que la retribución del profesional ostenta un eminente carácter alimentario. No hay diferencia, en sustancia, entre ese emolumento y los sueldos y salarios que perciben quienes trabajan en relación de dependencia, no hay razón para discriminar ese honorario y ponerlo a otro peldaño, cuando importa o debe importar la contraprestación por una función profesional para la que se necesita dignidad, esfuerzo, inteligencia, diligencia, celeridad y constante perfeccionamiento a la hora de especializarse.

La perforación de los mínimos arancelarios fijados por el legislador como remuneración mínima, conculca derechos constitucionales, entre ellos el de propiedad, al privar a los profesionales de percibir una retribución justa y equitativa como contraprestación al trabajo realizado que siempre se presume oneroso. La propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Soslayar su vigencia, cualesquiera sean las razones para enervar su recto contenido, importaría retirar a la República del concierto de naciones civilizadas, que contemplan el derecho de propiedad como uno de los pilares del respeto a los derechos inherentes a la persona y que configura una formidable base de impulso para el progreso de las naciones

Esta verdadera zona gris en la legislación concursal, determinó la existencia de resultados disvaliosos, que – a la postre – atentaron contra el necesario equilibrio entre tarea profesional y su reconocimiento con un adecuado honorario, o –lo que es más grave aún, en algunos casos– lisa y llanamente contra el principio de onerosidad de tales tareas.

Resulta impensable que se pretenda contar con un eficiente sistema de administración de justicia, cuando sus factores se encuentran sumidos en la incertidumbre y en la estrechez en lo atinente al reconocimiento de una justa retribución. Así, una mirada más elevada nos permite vislumbrar que la forma en que se ven afectados los honorarios de los profesionales guarda estrecha relación con el funcionamiento de la administración de justicia toda.

A partir de los temas planteados, con serena conciencia de su importancia social, así como de la necesidad de que se contemple el carác-

ter de orden público ínsito en los parámetros legales que limitan las atribuciones de los jueces para la regulación de los honorarios judiciales, se intenta contribuir mediante la presentación de esta propuesta, que expuestas a un amplio debate, seguramente permitirán acercar un comienzo de solución al problema derivados del estado de situación descripto.

Reitero que esta ponencia resulta sumamente modesta en orden a la necesidad de atender integralmente la múltiple problemática existente en la fijación de los honorarios en materia concursal, más debe reconocerse que los intentos de la profesión para llamar la atención de los dirigentes sobre la materia no han tenido los resultados esperados, lográndose –por otro lado- éxitos cuando se han abordado cuestiones problemáticas puntuales (ej. Adecuación del arancel del art. 32 de la LCQ)

En definitiva, lejos de ejercer la queja o la protesta, se intenta contribuir con reflexiones y propuestas acerca de una cuestión que hace al presente y al futuro de profesionales que han decidido laborar en el sistema de justicia. En suma, sirva la presente como una invitación al debate, al esfuerzo compartido y sensato que tienda, sin perder de vista los justos reclamos profesionales, a poner claridad y certeza en un tema que le atiene a la sociedad toda.



## ¿Se abolió la esclavitud? Para los síndicos concursales creemos que no

*Patricia Mirta Turniansky<sup>1</sup>*

### **Abstract**

En este trabajo analizaremos la situación actual del síndico concursal, desde sus funciones y responsabilidades hasta la inversión que debe realizar tanto en tiempo como económicamente para cumplir con lo que el Poder Judicial le exige.

El síndico concursal tiene que poner a disposición de la justicia no sólo sus conocimientos sino un lugar de atención y estar disponible durante todo el año aún sabiendo que no va a recuperar nunca esa inversión que está realizando en la mayoría de los casos.

Esta situación no es ignorada por la justicia pero no se realiza nada tendiente a modificarla.

Cada día hay más síndicos que quieren dejar de ejercer su función pero la Cámara Comercial no acepta las renunciaciones, lo que obliga a los síndicos a dejar de cumplir sus funciones logrando desvincularse a través de una remoción, una sanción que recibe el profesional que ya había solicitado ser excluido de las listas. El Poder Judicial en lugar de hacer una autoevaluación del porqué de esta situación, queriendo demostrar su poder lo excluye de todas las listas y disminuye los magros honorarios en un 30% o 50 % y hasta puede imponerle multas. La disminución de honorarios es lo que menos afecta a la sindicatura porque los honorarios suelen ser nulos.

Investigando la situación de las distintas profesiones no encontra-

<sup>1</sup> **Patricia Mirta Turniansky**. Contadora Pública (UM) Especialista en Sindicatura Concursal (UNA), Especialista en Docencia Universitaria (UBA), Máster en Insolvencia Empresaria (UM), Investigadora Académica (IADECO), Prof. Adjunta de Derecho Económico II (FCE-UBA), Profesora Integrante del Jurado de Evaluación de Trabajo final de la Carrera de Especialización en Sindicatura Concursal como Miembro externa (UAI). Síndica concursal, categoría "B" en C.A.B.A. y en San Isidro, Provincia de Buenos Aires. Comentarios serán bien recibidos en: [patriciaturniansky@gmail.com](mailto:patriciaturniansky@gmail.com)

mos ninguna situación similar.

Las primeras consecuencias son que cada vez el trabajo sea menos eficiente porque nadie puede dedicarse a esta función “full time”, los profesionales van perdiendo interés en perfeccionarse, en asistir a Jornadas porque siguen siendo inversiones irrecuperables, lo que equivale a decir gastos.

Es asombroso solicitar a un especialista en crisis empresariales que siga adelante con esta función.

El síndico concursal desarrolla una tarea que no puede realizar un abogado como es el juez y necesita del auxilio de un contador público, aunque su opinión no sea vinculante y en muchos casos no la tome en cuenta sin justificativo alguno.

La función del síndico consiste en obtener a través de la contabilidad del ente la información requerida para la confección de los informes solicitados. El contador público es el único profesional capacitado para interpretar los balances de una empresa y debe realizar informes que hagan realmente apreciar al juez la información que le brinda marcando una verdadera diferencia en el proceso. Ángel Moia<sup>2</sup>, afirma que los abogados piensan en Word y los contadores en Excel. Son profesionales con distintas formas de analizar la situación pero es necesario integrarlas para salir de la crisis.

Analizando la ideología de la ley de concursos y quiebras (en adelante LCQ), consistente en salvar a las empresas en crisis, tratando de mantener los puestos de trabajo para lograr una soñada paz social y viendo cuales son las funciones que se le asignan al síndico se puede comprender la necesidad de un contador público en el proceso.

La realidad, hoy nos lleva a pensar que se va a cumplir en no mucho tiempo la premonición del Prof. Ariel Dasso y en los procesos judiciales los jueces serán auxiliados por los monos.

Entendemos que para los síndicos concursales no está abolida la esclavitud. Concepto que desarrollaremos en el presente trabajo.

---

<sup>2</sup> Ángel Moia. Juez Comercial en la Provincia de Entre Ríos (donde incorporaron dentro del staff del Juzgado a contadores rentados). Jornadas preparatorias del X congreso de derecho concursal #Santa Fe 2018, 4 de julio de 2018, UNA, CABA.

## I.- El trabajo no se presume gratuito

Esta afirmación no me pertenece, estoy repitiendo literalmente lo que dice el art. 124 de la ley de contrato de trabajo (en adelante LCT).

Si buscamos en el Código Civil de Vélez Sarsfield, pese a no estar más en vigencia es un antecedente importante encontramos en el art. 1627 *“El que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir”*. Entendemos que el salario se devenga diariamente y debe cobrarse con una determinada frecuencia.

Con la sanción del Código Civil y Comercial unificado Néstor Caferratta<sup>3</sup>, entiende que *“en el título preliminar, se establecen cuáles son los ‘mandatos de optimización’, los paradigmas o modelos previos a la comprensión de la problemática, principios estructurales de la materia, que orientan la búsqueda con una inteligencia común, de soluciones adecuadas, estableciendo criterios o directrices de funcionamiento”*. Lo que nos lleva a pensar que los jueces tendrían que actuar de acuerdo a este lineamiento para encontrar una solución al problema.

## II.-Abolición de la esclavitud<sup>4</sup>

*“Nadie podrá ser sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”*, artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El Día Internacional para la Abolición de la Esclavitud nos recuerda que aún falta mucho para su erradicación, pero la lucha contra la esclavitud continúa. Hoy en día, millones de personas están siendo víctimas de esclavitud: trata de personas, explotación sexual, las peores formas del trabajo del niño, el matrimonio forzado, la servidumbre por deudas, y el reclutamiento forzoso de niños para utilizarlos en conflictos armados, son algunos ejemplos.

<sup>3</sup> Néstor A. Caferratta, «Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación», Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 17/11/2014, p. 273 y ss., AR/DOC/3833/2014, en cita de Calace Vigo, Paula, 13-09-2017, MJ-DOC-11994-AR | MJDI1994. Artículo publicado en Juris, Jurisprudencia Rosarina Online.

<sup>4</sup> <http://www.unesco.org>. Fecha de captura 15 de julio de 2018

A lo largo de la historia, se ha luchado contra la esclavitud de diferentes formas. Por ejemplo la Asamblea del Año XIII de las Provincias Unidas del Río de la Plata dictó la libertad de vientres en 1813 y la Constitución de la Nación Argentina, de 1853, dio por abolida completamente la esclavitud en su artículo 15. La “libertad de vientres” declarada en la Asamblea del año 1813 consistió en que, precisamente, el vientre de las esclavas era libre; por tanto todo el nacido luego de la declaración de la Asamblea como hijo de una mujer esclava, no era esclavo sino libre. A partir del 1 de mayo de 1853 en que entró en vigencia la nueva Constitución Nacional, quedó abolida la esclavitud definitivamente. En su artículo 15 decía y **sigue diciendo aún hoy**: “*En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución;...*”

### III.- Trabajo esclavo<sup>5</sup>

Como trabajo esclavo se designa una forma de trabajo forzado que es ilegal. Es un tipo de trabajo que no es remunerado o lo es insuficientemente, en el cual el trabajador es explotado, maltratado y su libertad y derechos son restringidos.

El trabajo esclavo se basa en el antiguo modelo de trabajo esclavista, en que los esclavos eran obligados a hacer todo lo que su jefe o patrón mandaba sin recibir prácticamente nada a cambio, generalmente bajo tortura y maltrato.

### IV.- Situación actual del síndico concursal

En nuestro país, donde la actividad concursal es eminentemente judicial, el procedimiento gira en torno a una labor, de mayor o menor amplitud y consecuente compromiso, atribuida a un profesional de las ciencias contables o jurídicas, o ambas a la vez, que tiene a su cargo las funciones más importantes en el procedimiento<sup>6</sup>.

En tal caso, el sistema al cual adscribe tradicionalmente nuestro país es el de la sindicatura, a cargo de un profesional especializado en

<sup>5</sup> <https://www.significados.com/trabajo/>. Fecha de captura 15-07-18.

<sup>6</sup> Escandell, José: “Los nuevos roles de funcionarios, los nuevos funcionarios y los demás actuantes en los concursos” - Derecho y Empresa - N° 4 - Univ. Austral - Rosario - 1995 - pág. 326, citado por **Dasso, Ariel** ¡Llegaron los maníes! ... Felices los monos (El salario del síndico) Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (D.S.C.E.). Tomo XIX, pág 533, junio 2017.

ciencias económicas, preferentemente con título universitario de especialización en sindicatura concursal (art. 253LCQ), al cual el legislador asigna las funciones más importantes en todo el desarrollo del procedimiento, sometido siempre, dada su técnica jurisdiccional, a la dirección del juez (art. 273 LCQ)<sup>7</sup>.

El juez, los secretarios, los prosecretarios y demás funcionarios del Poder Judicial perciben sus salarios de las arcas del tesoro nacional, gozan de licencias por viajes, por enfermedad, están eximidos de impuestos y gozan de un mes y medio de vacaciones pudiéndoles tocar en forma rotativa ejercer sus funciones durante la feria, compensándoles luego el período vacacional; el síndico, en cambio, cobra según las pautas establecidas por la misma ley que regula el procedimiento. La semana anterior a la feria los jueces se ocupan de dejar a los síndicos suficiente trabajo para que realicen durante la misma y si el juez de feria considera que es necesaria la presencia del mismo lo puede intimar bajo apercibimiento de remoción a que se presente en 24 horas<sup>8</sup>.

Es cierto que el derecho al honorario profesional, al salario, como exponen algunas sentencias que identifican conceptos que en una última instancia son análogos, significa algo más que un mero recurso para obtener ventajas, pues **constituye el derecho alimentario protegido con garantía constitucional**. El derecho a la remuneración del trabajo, su retribución, en el caso de los procedimientos concursales corresponde a tareas realizadas durante larguísimos períodos, cada vez más extensos y complejos como resultan de las recientes modificaciones introducidas por las leyes 25589 y 26086, 26684<sup>9</sup>. No vamos a dejar de mencionar la modificación de la ley

<sup>7</sup> Mosso, Guillermo. Estudios y profesionales en el desempeño de la sindicatura concursal - ED - 1996 - T. 166 - pág. 972. Rubín, Miguel. Estudios y profesionales en el desempeño de la sindicatura concursal - ED - 1996 - T. 166 - pág. 849, citado idem 5.

<sup>8</sup> Esto último no es una suposición sino que sucedió durante la feria judicial de enero de 2018 donde se intimó a un síndico concursal suplente a mediante notificación al celular presentarse bajo apercibimiento de remoción en 24 horas cuando su licencia del titular ya había concluidos. El tema de las licencias merece un tratamiento aparte.

<sup>9</sup> La correcta estimación de los honorarios de los funcionarios y profesionales intervinientes en un proceso concursal, supone el examen de una pluralidad de circunstancias -económicas y no económicas- cuya armonización debe procurarse caso por caso a fin de determinar una "retribución digna y equitativa", en donde la labor cumplida es obviamente un elemento esencial a considerar, pues sin ella no cabe reputar legítima regulación alguna (del voto en disidencia del doctor Yunen) (CCiv. Com., Trab. y Familia, Villa Dolores - 11/2/1999, "Male, Marcelo J. y

27.170<sup>10</sup> que no soluciona nada pero quiere parecer generosa.

En el caso de los abogados, la situación tiene paliativos porque quien actúa en el ejercicio de la actividad del derecho con patrocinio o representación ya fuere del deudor como del acreedor, lo hace con vinculación al sujeto con el cual acuerda un honorario, sin perder de vista que el abogado que patrocina a un síndico concursal corre la misma suerte que el síndico en cuanto al cobro de honorarios pero tiene la libertad de renunciar cuando quiere y no tiene responsabilidades en el proceso más que las que le surjan de su relación con el síndico y las que asuma por su carácter profesional.

No alcanza la hipocresía legal a pretender lo contrario. El abogado del concursado o del acreedor pacta honorarios. Los percibe al margen de la regulación legal, y nada le veda hacerlo.

El síndico concursal, en cambio, actúa en cumplimiento de una función que le está impuesta por la ley. Carece de toda razonabilidad, y resulta agravante al sentido común sostener, como alguna vez se ha dicho, que el síndico conoce el sistema legal y su forma de retribución, por lo cual carece de razón en las objeciones referidas al sistema, cuando se trata, en verdad, de determinar la justicia de ese sistema de retribución<sup>11</sup>.

El síndico, órgano o funcionario, cumple con una función encomendada por la ley; “es lo que la ley dice que debe hacer” o lo que de acuerdo al Código Civil y Comercial unificado “el juez dice que debe hacer”, sin posibilidad de cuestionamiento o elección personal. La ley le impone derechos y obligaciones. Diríamos más obligaciones que derechos porque su análisis de la situación puede ser totalmente desestimada por el juez y los derechos que estarían en gran parte comprendidos en una remuneración por su tarea no lo puede ejer-

---

otra, quiebra propia”) - LL - C.2000 - pág. 729, en cita idem 5.

<sup>10</sup> Ley 27170 que actualiza el arancel recibido por el síndico después de 20 años. De este arancel están excluidos los créditos de causa laboral y los equivalentes a menos de tres salarios mínimos, vitales y móviles. Tampoco el síndico recibe el arancel cuando va heredando quiebras que fueron declaradas en el año 1992 cuando ni existía el arancel o cuando esto ya ha sido aplicado por los síndicos anteriores.

<sup>11</sup> El art. 257, L. 24522 -que establece a exclusivo cargo del síndico los honorarios del profesional que contrate- es racional y constitucional pues quien ejerce la sindicatura concursal debe conocer los riesgos de su función, entre los que se cuenta la posibilidad de que sus emolumentos no satisfagan sus expectativas en virtud de la escasa magnitud del activo (CNCom. - Sala B - 9/3/2000 - Orga, Juan J. s/quiebra) - LL - T. 2001-B - pág. 872 - J. Agrup. - caso 15.647.

cer. Cuando es designado no puede evadir la actividad que la ley le impone. No tiene margen para ejercer la evaluación de la relación entre trabajo -esfuerzo- y responsabilidad. Debe ejecutar su trabajo conforme a las reglas que surgen de la ley. Sin limitaciones de tiempo y sin ser escuchado sobre la conveniencia para el proceso y para los acreedores de hacerlo. Y en aquellas hipótesis en las cuales la retribución de su trabajo pueda aparecer diluida frente a la inexistencia de un contenido económico, se plantearán las situaciones intolerables de carencia de retribución, agraviantes de sus elementales derechos al salario, lo que significa derecho al trabajo y a la vida.

Sin retribución digna, no habrá posibilidad de trabajo digno, ni eficaz. Esto está dado en gran medida por la falta de recursos tanto económicos como de tiempo y por sentir su función totalmente desvalorizada.

Afrontar los gastos mismos significa la exigencia de un capital propio suficiente que, en determinados casos, puede insumir erogaciones múltiples y de alto costo. Desconocemos la existencia de otro trabajo que no sea un emprendimiento propio donde se deba invertir en una oficina una año antes para poder postularse al mismo, durante el cual uno tendrá que utilizarla para alguna actividad rentable, sumado a los estudios que se le exigen a un síndico, la preferencia de que ejerza la docencia universitaria, otra actividad “ad-honorem”, para ser elegido para realizar un trabajo sin remuneración, donde no se puede renunciar, no se puede solicitar licencia salvo causa grave que impida su desempeño a juzgar por la Cámara con **criterio restrictivo** y **deberá seguir en sus funciones hasta la aceptación del cargo por su reemplazante** (art.255 LCQ)<sup>12</sup>. El hecho de que uno no cobre y no esté dispuesto a seguir dilapidando su patrimonio no es causa suficiente o tiene que llegar a su propia quiebra. En cualquier trabajo se puede renunciar porque uno no quiere continuar, menos en este. ¿Si uno se muere debe seguir presentando los informes hasta que acepte el reemplazante? Esto último es sólo para poner de relieve lo arbitrario de la ley. Lógicamente no se les puede decir a los síndicos como en otras actividades que se tomen la licencia sin goce de sueldo porque justamente no reciben retribuciones periódicas y en muchos casos NO reciben retribución alguna.

El artículo 265 LCQ determina las oportunidades en que deben ser regulados los honorarios de los profesionales intervinientes, estableciendo taxativamente etapas en las que procede la fijación del

<sup>12</sup> Los subrayados me pertenecen.

emolumento y un régimen que no admite su fraccionamiento, ni los anticipos o la segmentación de la regulación.

El reintegro de gastos o anticipo de honorarios por trabajos cumplidos está vedado por la ley y ello constituye una imposibilidad legal disuasiva de intentos racionales, tendientes a normalizar lo que debe significar la posibilidad de realización de los trabajos, con un adecuado correlato de las posibilidades económicas, que de ser insuficientes, incidirán inevitablemente en la calidad del trabajo realizado.

Sobre este tema el Profesor Ariel Dasso bajo aquel título que refleja de alguna manera cómo la falta de adecuada retribución en un régimen que crónicamente aparece deficiente termina incidiendo en la calidad y eficiencia de los trabajos prestados: "Pague con manías que lo asesorarán los monos".<sup>13</sup>

Aquel título, que pretendió golpear, con la fuerza del sarcasmo, una realidad penosa, sin haber logrado que se le prestara la atención que merece el tema, hace que se vea cómo se va en dirección a cumplir esa premonición. Cuando esta afirmación cumpla las "bodas de plata" coincidentemente con la inscripción de síndicos para el próximo cuatrienio esto va a ser una realidad.

Pasamos de la situación en que la Cámara podía seleccionar a los mejores candidatos a que en este cuatrienio no alcanzaran los postulantes a síndicos Categoría B para cubrir los cargos. Con lo cual hay profesionales que están en más de dos juzgados invirtiendo a pérdida más que en el cuatrienio anterior y que integren las listas profesionales sin los conocimientos necesarios. El personal de los juzgados se queja del incumplimiento y falta de dedicación de los síndicos pero no se le ocurre pensar que provoca esa falta de interés. Agregando que muchas veces no es desinterés sino imposibilidad material de ocuparse porque los síndicos antes de ser funcionarios judiciales son "personas humanas" que deben satisfacer sus necesidades y tienen derecho a un trabajo y a un trato digno.

En el siguiente cuatrienio después de la cantidad de síndicos que han sido removidos por verse obligados a abandonar su función porque no la podían llevar a cabo y la Cámara no les aceptó la renuncia y quiso mostrar aún más su poder sancionando a los profesionales removiéndolos de los cargos que ya con anterioridad habían informado no podían o no deseaban continuar desempeñando, todos

<sup>13</sup> Dasso, Ariel A.: "Reducir los costos del proceso. Pague con manías y lo asesorarán los monos" - La Prensa - Sección Profesional - 6 y 7 de abril de 1995.

esos profesionales no se van a inscribir, ni pueden hacerlo porque están sancionados y muchos de los que siguen resistiendo por vocación o por falta de autovaloración no se postularán. En ese momento se cumplirá la premonición del Prof. Ariel Dasso y elegirán entre los monos. Se verá como les va.

## V.- Licencias

Nos dice el art. 255 (LCQ)... *“Las licencias se conceden sólo por motivos que impidan temporariamente el ejercicio del cargo y **no pueden ser superiores a dos meses por año corrido**. Las otorga el juez con apelación en caso de denegación.”*

V.1.-Si se lee con atención la última oración es claro que el juez **puede no otorgar la licencia** debido a que especifica que se puede apelar y como se viene analizando en este trabajo, mientras se realiza el trámite el síndico debe continuar en sus funciones.

Se está hablando de profesionales responsables que si piden una licencia es porque la necesitan y la vida no nos permite planificar cuando se va a tener una emergencia. No se puede saber con anticipación si se va a estar enfermo, si se va a tener un accidente, si se va a transitar una situación que haga necesario discontinuar temporariamente una actividad, si se va a tener que viajar. Esto encuadraría dentro de lo que hemos definido como **trabajo forzado o maltrato**. El maltrato no es sólo físico sino que también es el psicológico.

Nadie es imprescindible y si un expediente puede estar tramitando durante veinticinco años cuál es la urgencia para tomar resoluciones cuando el síndico pide licencia<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Eso sí, el quebrado puede tomarse licencia con el argumento de que ya tenía los pasajes con antelación y en ese caso el juez no se pregunta si se trata de un acto susceptible de una acción de recomposición patrimonial por ejemplo por haberlos adquiridos dentro del período de sospecha, se lo autoriza a salir del país en el mes de enero con el argumento de que no va a ser necesaria su presencia durante la feria. ¿Cómo puede utilizar pasajes que compró durante el período de sospecha? ¿Con qué dinero se va de vacaciones al exterior si está quebrado? ¿La quiebra no se declara cuándo el deudor está en “cesación de pagos”? Si alguien no puede hacer frente a sus compromisos en tiempo y en forma cómo puede irse a veranear a Miami aunque sea con pasajes adquiridos con anterioridad. Se trata de un problema ético, si uno no puede honrar sus deudas no puede irse de vacaciones, además de no tener como solventarlas y si se tratará de una donación se debe incorporar a los activos para pagar el pasivo. Si el síndico se opone a la salida del país del quebrado porque considera que debe cumplir con su tarea in-

## V. 2.- Los días de licencia son hábiles judiciales o son días corridos

Nos explica Eduardo M. Favier Dubois (pater)<sup>15</sup> *“La restricción tiene por finalidad, asegurar la continuidad del concurso, pues, aunque durante la licencia del titular intervenga un síndico suplente, es muy natural que éste no se encuentre interiorizado del proceso”*.

Además a pesar de que el art. 273 inc.2 LCQ diga: *“En los plazos se computan los días hábiles judiciales, salvo disposición expresa en contrario”*, no es necesario aclarar que las licencias tal como lo establece la ley de contrato de trabajo y nos lo indica el sentido común se otorgan en *“días corridos”* ya que nadie se enferma o se va de viaje sólo los días hábiles judiciales. Los médicos que expiden certificados médicos lo hacen por el tiempo que consideran según su buen saber y entender que la persona tiene que estar en reposo y el cuerpo humano no diferencia días hábiles judiciales de días inhábiles o feriados nacionales.

Esto que es muy fácil de comprender para cualquier persona pero, genera bastante confusión entre los magistrados.

## VI.- Conclusión

El síndico concursal realiza una tarea que no es digna y donde es maltratado por el sistema debido a la cantidad de obligaciones que debe cumplir, las responsabilidades que debe asumir, la inversión que debe realizar sin tener una retribución a cambio y en muchos casos sin retribución alguna pero en todos los casos incurriendo en gastos. Esto sin duda y aunque suene fuerte se asemeja bastante a la esclavitud y al trabajo forzado.

Creemos que se debe tomar algún tipo de medida para corregir esta situación y que no se cumpla la premonición, en cuanto a la sindicatura concursal, los procesos sean atendidos por los monos.

---

investigativa es muy probable que el juez lo autorice de todas formas debido a que la opinión del mismo no es vinculante.

<sup>15</sup> Eduardo Favier Dubois (pater), ley comentada. Ed. Errepar.

