

CONOCIMIENTO Y ACTUALIZACIÓN DEL DERECHO

Desnaturalización del instituto falencial

POR GASTÓN ALEJANDRO MONTAGNA

"Para los árabes la quiebra era el acto más denigrante y vergonzoso, al extremo de que al fallido lo hacían montar al revés, en un burro y lo paseaban por los barrios de la ciudad, exponiéndole al escarnio público. Desde esa fecha el hombre era considerado como un muerto, pues no podía volver a ejercer el comercio, no sólo porque nadie le vendería, sino porque nadie le iba a comprar" ("Sabiduría Árabe", José E. Guarieb, p. 351).

SUMARIO: I. Introducción. — II. Algunas cuestiones para tener en cuenta. — III. ¿Desapoderamiento o mantenimiento? — IV. ¿Período de sospecha o sospechamos en qué período? — V. Desnaturalización del instituto falencial. — VI. Colofón.

I. Introducción

El instituto en análisis, es introducido mediante la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) (*), con el fin de brindar una oportunidad para que el deudor pueda evitar verse sometido a un proceso falencial con efecto liquidatorio, supliéndolo mediante la conversión del mismo en un proceso concursal.

Antes de la reforma de la ley 19.551 (Adla, XLIV-D, 3806), el deudor, no contaba con la presente alternativa. Ante una sentencia de quiebra, las opciones del fallido para poder revertirla eran poco eficaces, debido a que no se aplicaba —ni tampoco se aplica— el juicio de antequiebra, entendiéndose por el mismo como "aquel procedimiento contencioso introductorio de un período probatorio en la sustanciación de la solicitud de quiebra formulada a instancia del acreedor" (La Ley, 1998-D, 1186, "Viabilidad jurídica de un pedido de quiebra sobre la base de un instrumento privado de fianza" por Gastón Alejandro Montagna), por lo que de no contar con los fondos suficientes para depositar a embargo o en pago, u oponer excepción de incompetencia —aunque la misma no resuelve el fondo del problema—, o bien demostrar no ser sujeto de pasivo de quiebra, no contaba con defensas suficientes para discutir el fondo de la cuestión, esto es revertir el estado de cesación de pagos.

Mediante la modificación a la ley 19.551 a través de la ley 24.522 se crea el instituto de conversión de la quiebra en concurso preventivo, desnaturalizando consecuentemente el concepto de falencia como así también sus efectos.

II. Algunas cuestiones para tener en cuenta

Como consecuencia de la intromisión del presente instituto, se vislumbran algunas cuestiones de relevante interés antes de abordar un análisis del mismo, como ser:

1. Se materializa la idea de la continuación de la empresa, ya que el deudor gozará de la posibilidad de mantener su giro ordinario.

2. En caso de haberse solicitado la quiebra por el incumplimiento de una obligación que pasó desapercibida por el deudor, al tomar conocimiento de la misma, si bien tendrá la oportunidad de cancelarla, en caso de no contar con los medios suficientes para ello o el tiempo necesario para conseguirlos, puede presentar su solicitud de conversión de la quiebra en concurso preventivo.

3. Se extiende aún más la posibilidad para el deudor de prorrogar el cumplimiento de sus obligaciones; adviértase que el mismo, teniendo en cuenta que la sentencia de quiebra puede ser fácilmente suplida por la presente conversión en concurso preventivo, demorará aún más sus pagos a sabiendas de que contará con el remedio procesal que le facilite sus soluciones.

(*) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen, han sido objeto de publicación en nuestra revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 1995, p. 1111.

4. Se desnaturalizan los institutos de la quiebra y el concurso, se entrelazan funciones y conceptos.

5. Se debe partir de un primer punto: si el deudor hubiera atravesado por dificultades económicas, financieras etc. hubiera sido él por *motus proprio* el que hubiera solicitado su presentación en concurso. De esta forma indirectamente se lo está llevando hacia tal alternativa, pero no como un proceso preventivo, sino como uno "evasivo".

5. Un proceso falencial no puede ser transformado en uno preventivo; como su nombre lo indica previene, la quiebra liquida, por lo que la idea de liquidar pasamos a prevenir y en caso de quebrar volvemos a liquidar (poco serio).

III. ¿Desapoderamiento o mantenimiento?

Se debe tener presente que el efecto inmediato posterior a la sentencia de quiebra es el desapoderamiento. Con el mismo se persigue que el fallido disminuya o deteriore su patrimonio eludiendo la responsabilidad por los actos realizados, violando la igualdad entre los acreedores.

Ahora bien, ¿qué sucederá si el deudor, al ser notificado de la sentencia de quiebra presentara un escrito en el que solicita no se lo desapodere, debido a que figura en sus planes solicitar la conversión de su quiebra? En otras legislaciones, como ser en la de Brasil, tal solicitud no interrumpe la realización de bienes; no es el caso nuestro, ya que en nuestra legislación el deudor puede aducir que los bienes que se encuentran en la empresa son percederos, y que en caso de que se materializara el desapoderamiento, éste y la totalidad de sus acreedores se verían seriamente perjudicados debido a que no se podrá continuar con el giro ordinario de su empresa.

Tenga en cuenta el lector, que el presente no se trata de una mera alucinación del autor: esta realidad ha sido solicitada en diversos juzgados. En dichos casos los magistrados se han visto inmersos en una serie de encrucijadas, en las que ante el vacío legal de la norma la han suplido de distintas formas. Hay quienes sostienen que lo prudencial será otorgar la posibilidad de continuación al fallido, no desapoderándolo de sus bienes (Bellás Artes S.A. s/ quiebra s/ conversión en concurso preventivo, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 12, secretaría N° 24). Existen también quienes no son tan amplios de criterio y aplican un criterio "*ius positivista*" y no uno "*ius naturalista*" mandando llevar adelante el desapoderamiento. Tanto en una como en otra postura, la opinión de la sindicatura será valorada, si es que la misma tuvo oportunidad de asumir su cargo.

Aun en el caso que el desapoderamiento llegare a materializarse, debemos tener en cuenta que el mis-

mo ha tenido un fin. Ahora bien, si el fallido presentara su solicitud de conversión de su actual quiebra en concurso, ¿qué sucederá con tal medida cautelar trabada o a trabarse? La respuesta a tal interrogante es la siguiente: quedará sin efecto, por lo que el mismo mantendrá dichos bienes en su poder, no obstante haberse decretado su falencia, alterando una norma básica de la falencia, la cual ha sido creada a fin de proteger a la totalidad de los acreedores. Si el deudor no tuvo oportunidad de vaciar su empresa, ahora la tendrá, debido a que el legislador ha modificado un principio cardinal del ordenamiento falencial.

IV. ¿Período de sospecha o sospechamos en qué período?

Podemos definir el período de sospecha, como el lapso temporal que transcurre entre la fecha que se determine como de iniciación del estado de cesación de pagos y la sentencia de quiebra, en el que se presume que el deudor fallido ha realizado actos tendientes a burlar a sus acreedores vaciando su patrimonio, siendo su fin la reconstrucción del mismo.

En cuanto a los actos que la ley declara ineficaces de pleno derecho, la misma establece que dichos actos sean declarados ineficaces sin necesidad de acción o petición expresa ni tramitación alguna. Por lo que si el juez advirtiera alguno de dichos supuestos podrá declararlo ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de que el impulsor de la idea sea un acreedor, el síndico o persona alguna. Ahora bien, la ley establece que es apelable y recurrible por vía incidental, por lo que en dicho caso se la debe notificar al síndico, al sujeto pasivo de la imputación, y al concursado, donde los mismos podrán ejercer su derecho de defensa en juicio ante el tribunal superior. En caso de ser el denunciante del acto ineficaz otra persona diversa, el magistrado deberá resolver, y notificar su resolución al denunciante, al imputado, al síndico y al concursado, a fin de que puedan apelar y ejercer su derecho de defensa en juicio pero sólo ante el tribunal superior, sin posibilidad alguna de discutir el acto ante quien dictó la resolución. Esta es la interpretación correcta de la norma; muchos han entendido que la presente acción debe deducirla el síndico o acreedor, de la que se correrá traslado a las partes, a fin de que prueben lo necesario para desvirtuar dicha imputación; interpretación errónea, que debe dejarse de lado. La norma es clara, sea quien fuere el que denuncia el acto: ante la resolución del magistrado, se podrá recurrir por incidente sin traslado a la contraria.

En los actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos, dos criterios han predominado en lo que respecta al requisito de la perjudicialidad a los acreedores. Uno, por el cual el perjuicio a los acreedores era un recaudo de procedencia de la acción revocatoria concursal (sin perjuicio no existe interés legítimo) (1).

(1) FERNANDEZ RAYMUNDO, L., "Fundamentos de la quiebra", ps. 954 y 966. GARAGUSO, Horacio P., "Ineficacia

concursal", p. 155. QUINTANA FERREYRA, t. II, p. 350, CNCom., sala E, 8/7/94, La Ley, 1995-C, 276.

Por la otra parte, un diverso grupo de la doctrina y jurisprudencia, ha entendido que era requisito probar la perjudicialidad a los acreedores, reconociendo que el mismo existía y se presumía (2).

En el presente entran todos los supuestos no contemplados expresamente en el artículo precedente que se realizarán en el período de sospecha, y perjudican a los acreedores del fallido; entendiéndose por perjuicio la frustración económica de los mismos mediante actos vilmente realizados en el patrimonio del fallido, pero solamente si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor.

A diferencia de lo que ocurre con la ineficacia de pleno derecho, la presente es una acción, que se debe deducir ante el juez de la quiebra. La ley establece que la misma tramitará como principio por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de partes se optare por hacerlo por incidente. Creo que existe un error de interpretación entre lo que es un incidente y el proceso a instrumentarse en el mismo. Si bien por razones de celeridad procesal debe tramitar en un cuerpo apartado del principal, el mismo debe de llamarse incidente, en el que se sujetarán las normas del proceso ordinario; esa es la expresión correcta.

Al hablar de período de sospecha se está hablando de quiebra. Note el lector, que en caso de que un concurso llegare victorioso a su fin, es decir consiga ser homologado, y se cumpliera, en el mismo no se realizará la investigación que implica la presente, por lo que se pudieran haber realizado infinidad de actos fraudulentos, los cuales nunca se investigarán.

Ahora bien, ¿qué sucederá en caso de que una quiebra sea convertida en concurso y luego el mismo se transformara en quiebra? Advierte el lector cómo se desnaturaliza al instituto? Primero quebró, por lo que el lapso que abarcará el período de sospecha no se puede retrotraer más allá de dos años de la fecha del auto de quiebra; luego se convirtió en concurso, terreno donde no va a existir el período de sospecha, y finalmente quiebra. ¿Qué fecha tomamos entonces para fijar el "período de sospecha"?

¿Qué solución ha previsto el legislador a tal alternativa, que no escapa a una realidad de la vida diaria? Pues ninguna. Al igual que en el caso del desapoderamiento, el instituto de la conversión se introduce en la legislación falencial, avasallando la normativa principal del ordenamiento; los dos supuestos descriptos (desapoderamiento - período de sospecha) son sólo dos ejemplos existiendo muchos otros que se ven alterados con la conversión de quiebra en concurso.

En el caso que nos ocupa, no existirá entonces un período de sospecha sobre qué actos han desvaneci-

do el patrimonio del deudor, debido a que el concursado ha tenido tanto tiempo que pudo armar su quiebra vaciando su patrimonio, por lo que el sentido de tal período carecerá de aplicancia, debiendo en consecuencia buscarse otro nombre para el mismo, como ser "sospechemos en qué período".

V. Desnaturalización del instituto falencial

Esta figura aparece en la ley de concursos y quiebras, transformando un instituto liquidatorio como es la quiebra en uno preventivo, abierto a propuestas y transacciones, el que se basa en la continuación de las actividades y superación de la crisis.

Anteriormente, en caso de decretarse la quiebra, la misma producía como efecto inmediato el desapoderamiento, con su consecuente realización y distribución de bienes. Se arribaba a la quiebra, por el hecho de haber recaído en un estado de cesación de pagos, que si bien se puede alegar existirá en caso de concurso preventivo, el sentido de la quiebra es diverso al del concurso preventivo, que previene el estado de quiebra, entre otras cosas.

En caso de decretarse la quiebra, no se persigue una revitalización del patrimonio, sino la liquidación del mismo; es por ello que esta figura no se condice con la quiebra, más bien es una intromisión en la legislación falencial que tiene por efecto desnaturalizar el instituto, transformando uno en otro.

El remedio natural para revertir la sentencia de quiebra es la demostración de no encontrarse en cesación de pagos. Esto se demuestra solamente depositando las sumas reclamadas en pago o a embargo; por lo que también se altera el concepto de cesación de pagos implícito en la sentencia falencial.

Si bien en el concurso el deudor atraviesa por un estado de cesación de pagos, siendo un estado aplicable a ambos supuestos, los recaudos y requisitos de fondo y de forma son disímiles por lo que contraponen las figuras y desnaturalizan sus conceptos.

Si la intención del legislador era mantener la continuidad de la empresa mediante esta nueva posibilidad, debió haber sido introducida de otra forma que pudiera ser con el visto bueno de la totalidad de los acreedores del fallido, los que son totalmente omitidos en la ley, sin ser considerada su opinión al respecto.

VI. Colofón

Quien en realidad desea solicitar su concurso preventivo, no espera hasta el momento en que se le decrete su quiebra, a fin de solicitar la conversión de la misma.

(2) CONIL PAZ, Alberto A., "El perjuicio en la revocatoria concursal", La Ley, 1995-C, 1336, CNCom., sala A, 6/12/93, "Mandataria Farmacéutica S.A. s/ quiebra c. Banco

Roberts", sala B, 6/10/82, "Banco Nac. de Desarrollo c. Poliamidas Argentinas S.A.", sala C, 28/11/86 Productos MuMu s/ quiebra.

Este instituto en análisis, no solamente desnatura la falencia, sino que es una figura capciosa que termina perjudicando a quienes en realidad debe favorecer, esto es, a los propios acreedores, dilatando el pago de sus acreencias.

Como en otros temas tratados en la ley 24.522, muchos de los cuales han sido copiados de legislaciones foráneas, se debió de haber tenido en cuenta que dicha aplicación en otras legislaciones obedecen a la aplicación de diversos usos y costumbres propios de cada país. Por lo que antes de copiar, se debe estudiar, y luego adoptar dicho imperativo legal al país

donde desea ser aplicado. En el caso de Brasil, por ejemplo, el deudor debe con su pedido ofrecer mínimamente el 35 % en efectivo, 50 % a plazo hasta dos años y en el primer año cancelar el 2,5 % de las partes.

Si bien se intentó paliar con el presente instituto un punto más dentro del cambio producido en nuestra economía, se traslada el problema de un lugar a otro, prolongando la vida de unos y acortando la de otros, con lo que más que defender la continuidad de la empresa, el presente instituto logra que el deudor gane tiempo, y evite o dilate caer en quiebra. ♦