

ACTOS JURIDICOS NEGATIVOS EN LA ACCION POR

INEFICACIA CONCURSAL

Por CARLOS A. CULLARI

En memoria de JUAN A. PAPADA

1.- PRELIMINAR: Situación actual de la casuística empleada por la doctrina y jurisprudencia en la acción de ineficacia concursal, sus recaudos y efectos, por conocimiento del estado de cesación de pagos.-

No es el propósito de este trabajo discurrir en la naturaleza jurídica de la llamada ineficacia concursal, sobre la que tantos prestigiosos autores como fallos ejemplificadores se han explayado, agotándolo en sus aristas conceptuales ¹, sino mas bien resaltar otros escenarios en donde pueden confluir los presupuestos normativos que prescribe el art. 119 de la LCyQ.-

Al solo efecto entonces de definir el campo dogmático al que pretendo aproximarme, el art. 119 de la LCyQ establece los recaudos o tipo legal necesarios para accionar por los actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos, siendo *aquellos actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el periodo de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, o quien celebros el acto con el fallido tenia*

¹ Maffia Osvaldo: El juicio por ineficacia concursal, L.L., T.1989-B-Sec.doctrina; Grillo, Horacio "Periodo de sospecha en la legislación concursal, Bs. As. 2001, Ed. Astrea, pag. 215.; SCBA "Alvarez Mariaux" ED 14-9-98 citada por Garaguso-Garaguso en "Otra vez sobre la situación de los acreedores hipotecarios frente a la ineficacia concursal" en "Derecho concursal Argentino e Iberoamericano" ; Junyent Bas-Molina Sandoval "Elementos subjetivos de la acción revocatoria concursal" ED 14-11-02; "Scandinavian Muebles S.A. s/ Quiebra" ED 14-8-03.-

conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio. (sic)

Así entonces podemos señalar que el presupuesto “esencial” de esta acción de recomposición patrimonial es que el tercero hubiese tenido conocimiento del estado de cesación de pagos, conocimiento que ha llevado a la doctrina a tratar de delinear su contorno con mayor precisión.-

En efecto, autores como Junyent Bas y Molina Sandoval , en su más reciente publicación ² señalan que puede integrar tal conocimiento la noción de “consilium fraudis” conocido como el animo de defraudar del deudor a través de la ejecución de un negocio, como el “conscius fraudis” , entendiendo tal a la complicidad en el negocio fraudulento por parte del tercero.-

Sobre este aspecto resaltan que la conciencia del tercero no es un simple conocimiento, sino que se trata de un conocimiento susceptible de configurar la convicción de que tendría la obligación de abstenerse de concluir el negocio y por consiguiente, consciente de la lesividad de dicho acto.

Concluyen finalmente que en la base del art. 119 de la LCyQ no existe presunción de fraude, sino que se debe acreditar que el tercero tenía conocimiento del estado de cesación de pagos en que se encontraba el deudor, el que deberá exteriorizarse a través del conocimiento de algunos de los hechos reveladores del estado de cesación de pagos tipificados en la art. 79 de la ley 24.522 ³.-

² “Ley de Concursos y quiebra comentada, T II, Ed. Astrea”

Pero fue a partir del diáfano aporte de ciertos juristas ⁴ que se ha logrado consolidar un criterio basado en presunciones “hominis”⁵ que a su vez recogía una fecunda práctica jurisdiccional, que permitía inferir que la norma falimentaria sub-examen no trae aparejado el deber –ontológico por cierto- de acreditar, en forma certera y circunstanciada, el conocimiento que el tercero pudiese tener del estado de cesación de pagos, bastando para ello recurrir al ilimitado elenco de las presunciones –“deux-et-machina” las llama Maffia por su noble función- en tanto se nutren de variados elementos indiciarios que permiten formar convicción al magistrado sobre la concurrencia de elementos formativos de tal conocimiento.-

Ello así por cuanto resultaba de extrema dificultad ingresar al álea de conciencia privada de los hombres, y mas aún cuando su obrar no dependía de una representación institucional sino que es ejercida por cuenta propia en el marco de su actividad mercantil, y máxime cuando hace tiempo ya se ha abandonado la teoría de la voluntad de los actos por la de declaración de la voluntad, tomada como la manifestación realizada verbalmente o por escrito o bien or aquellos signos inequívocos con referencia a determinados actos u objetos conforme el principio enunciado por el art. 919 del C.Civil.⁶

En la obra ya mencionada del profesor Mafia, él cita a modo de ejemplo ciertos casos paradigmáticos de tal conocimiento ⁷, como aquel que involucraba a la entidad bancaria que asistía financieramente a su cliente-deudor concursal mediante la renegociación de ciertos pasivos insolutos garantizándose el recupero de su crédito mediante el otorgamiento de sendas

³ C.N.Com, Sala A, 25.5.87-D-562; C.N.Com, Sala B 14.10.86, ED 11.6.87

⁴ Maffia Osvaldo “Patrimonio, perjuicio. Ineficacia concursal” Diario L.L del 8 de Abril de 1991

⁵ “Presunciones hominis” Roland Arazi, E.Astrea

⁶ Borda Guillermo “Contratos” Ed.Perrot.

⁷ CNCom Sala C, “Selaco S.A.s/ Quiebra c/ Banco de Italia y Rio de la Plata”

garantías hipotecarias, resultándole entonces imputable que para haber tomado tales recaudos -notoriamente ineficaces por encontrarse la deudora en periodo de sospecha- debió necesariamente extremar los recaudos para tomar conocimiento del estado patrimonial de su cliente, en virtud a su carácter “profesional” de intermediador del crédito como acto habitual de comercio en tanto se hallan referidas al cumplimiento idóneo de su actividad mercantil (arts. 8 y 59 LS: 19550).-

Vemos entonces como ninguna prueba cognoscitiva, sensorial, propia de la órbita del “conscius” a que hacían referencia Junyent Bas-Molina Sandoval se constituyó como prueba dirimente en dicho proceso, sino en todo caso el presunto conocimiento que debieron haber tenido tales agentes del estado “cesatus” al compulsar documentación de la firma -vgr:memorias, balances, estados de resultados parciales, etc.- respecto al desenvolvimiento de la sociedad en los últimos períodos, análisis que junto a otras circunstancias relevantes a la contratación del crédito, constituían indicios graves, serios y concordantes que conformaban presunciones al Juez sobre el efectivo conocimiento sobre la situación de insolvencia que padecía el deudor, declarando pues la ineficacia del acto realizado en desmedro de la masa de acreedores al constituir garantías que lo colocaron en mejor posición creditoria frente a la masa.-

En tal sentido se ha dicho también que el Síndico debe aportar una prueba suficientemente convincente de que el tercero tuvo conocimiento del estado de cesación de pagos ante de celebrarse el acto o en el momento de llevarse a cabo, aún cuando no se exige un conocimiento terminante y completo pues éste lo tiene generalmente sólo el deudor.-⁸

⁸ CNCom Sala A, mayo 28-987 “Empresaria Soc. en com por Accs.s/Quiebra y otros” LA LEY, 1987-D, 564.-

De manera tal que aquellas publicaciones⁹ recogieron hace ya mas de una década la corriente jurisprudencial y doctrinaria que sucintamente describiéramos y que luego iba a extenderse en los años venideros , dejando su huella en publicaciones y precedentes¹⁰ posteriores que adoptaron la hermenéutica elaborada para suplir la ausencia de herramientas legales que permitieran la penetración en el campo de la voluntad .-

Me propongo entonces continuar con el riquísimo aporte efectuado, tratando de aproximarme a otras figuras típicas pero no familiares de la ineficacia concursal -parafraseando al profesor citado- dentro del abanico de actos jurídicos que emergen de nuestra legislación.-

2.- Actos Jurídicos positivos y negativos.-

Es la primer clasificación enunciada de actos jurídicos que fue tomada de Savigny -Droit. Romain, vol.III, pag.3-¹¹, y establece en el art. 945 que los actos jurídicos son positivos o negativos, según que sea necesaria la realización u omisión de un acto, para que un derecho comience o acabe.-

La doctrina¹² entonces ha establecido que los actos jurídicos positivos son aquellos en los cuales, el nacimiento, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación, exigen la realización de un acto; por ejemplo, la venta de una finca es un acto jurídico positivo, puesto que para que el derecho de propiedad quede transferido al comprador, es necesario, no sólo

⁹ Las ya citadas como la tercer parte del tridente titulada "Algunos casos de ineficacia falencia típicos pero no familiares" L.L.T.1989, Sec.Doctrina
¹⁰ CNCom Sala D, Dic.20-996, "Banco de Crédito Provincial S.A. c/Frigorífico Almagro S.A." LA LEY, 1997-C, 984.-

¹¹¹¹ Llambías Joaquin, "Tratado de Derecho Civil, Parte General II" ed. Perrot, pag.320

¹² Raymundo Salvat "Tratado de Derecho Civil Argentino Parte General, t. II, pag. 230" Ed. TEA; Acmeel Salas "Código Civil Anotado", T.I, pag. 526, Ed. Desalma.-

el otorgamiento de la escritura, sino también la entrega de la finca. Los actos jurídicos son negativos en el caso inverso, es decir, cuando el nacimiento depende de una omisión, por ejemplo, el pago de una obligación de no hacer, la obligación del deudor consiste aquí en una abstención, y por consiguiente, su extinción por el pago depende de una omisión.-

Agrega Salvat ¹³ que éstos ejemplos requieren de ciertas precisiones para evitar equívocos:

- a) El pacto por el que se contrae una obligación de no hacer es un acto jurídico positivo (por ejemplo, me comprometo a no concurrir a determinado lugar);
- b) La abstención mediante la cual se cumple la obligación es un acto jurídico negativo dirigida a la finalidad extintiva de relaciones jurídicas;
- c) Como ejemplo de acto jurídico negativo (en su estructura) y creador de relaciones podría mencionarse aquel que se constituye sobre la base del silencio del declarante en los casos en que el silencio comporta una manifestación de voluntad (art. 919 C.Civil).-

Finalmente cabe agregar que el acto jurídico negativo en cuanto acto jurídico, supone voluntad positiva, es decir, decisión deliberada de no hacer aquello que no se hace. No es un no-acto sino un acto negativo. No es acto jurídico la abstención involuntaria sino la voluntaria.-

Además la negatividad constitutiva del acto jurídico negativo debe haber sido perceptible por los sentidos de aquel a quien se dirige la “declaración” contenida en el trasfondo de esa negatividad. Es lo que ocurre

¹³ ob.citada

con el “silencio”, tanto es perceptible que una persona conteste por “sí”, como que contesto por “no” o que nada conteste.-

Realizada entonces ésta distinción, podremos pasar a considerar aquellos actos jurídicos negativos que cobran relevancia en la universalidad de actos del deudor en su estado de crisis, y ya puesto el corsé técnico de realizados una vez iniciado el estado de cesación de pagos que predica el art. 119 de la LCyQ.-

3.- Actos jurídicos negativos susceptibles de ser declarados ineficaces por conocimiento del estado de cesación de pagos.

En una primera aproximación de actos jurídicos negativos parecería que el terreno mas fértil es aquel en donde con mayor facilidad podrían “aprehenderse” los actos dispositivos por omisión de actuar del deudor a favor de quienes podrían capitalizarlos coetaneamente con dicho obrar, siendo a mi juicio el mas propicio el ámbito social.-

En efecto numerosas disposiciones insertas en la ley de sociedades 19.550 y sus textos modificatorios permiten asegurar una transmisión “ope legis” de derechos hacia terceros –socios- ante la ausencia de manifestación de voluntad positiva en el juego de intereses.

Veamos enunciativamente algunos ejemplos:

1) Aumento de capital: El llamado a aumento de capital realizado mediante el procedimiento arbitrado por el art. 186 y s.s. de la LS lleva consigo el cumplimiento de formalidades que permiten resguardar la voluntad de concurrencia, suscripción e integración del capital por los socios, respetando las preferencias que ellos pudieren ejercer (art. 194), las garantías establecidas para mantener el porcentual (art.189) y las salvaguardas de recupero del

capital en caso de retiro mediante el ejercicio del derecho de receso (art.245). En dicho escenario la omisión que exteriorice el deudor -aunque pareciera tautológico, lo refiero como conducta jurídicamente relevante- trasunta en una automática pérdida de derechos de verse licuada su participación social, su proporcionalidad o el ejercicio recesivo para mantener incólume sus tenencias. En éste supuesto le resultará difícil al Síndico recomponer el estado de situación social luego del nuevo tablero accionario, debiendo probar que los terceros accionistas conocían el estado de cesación de pagos del deudor para instar a que el aumento de capital resulte inoponible a la masa de acreedores, respetando consecuentemente al fallido el valor de sus tenencias al momento de decretarse la quiebra.-

b)Liquidación social: Parecida situación se plantea en el caso previsto por liquidación de la sociedad (art.101 y s.s. de la LS). En efecto, convocado el órgano de administración a designar al liquidador (art.102), confeccionado el inventario y balance del patrimonio social (art.103), practicada la partición y distribución parcial y finalmente puesto a consideración el balance final y distribución (art.109) el socio consiente los actos realizados por el liquidador no concurriendo a prestar su voluntad social para tales actos, lo cual puede generar una disvaliosa imputación del resultado de la explotación a su cuenta interna y consiguientemente un malogrado activo residual en cabeza del socio luego fallido. Aquí también el Síndico deberá intervenir promoviendo la acción de ineficacia para que tal voluntad omitiva no pueda ser nocivo a los intereses de la masa, restaurando el verdadero valor de rezago de los bienes que el fallido tenía en la sociedad.

3) Impugnación de actos sociales: Puede suceder asimismo que el deudor en insolvencia omite ejercer la tutela de sus derechos formulando la vía de impugnación a la voluntad social (art. 251) en tanto vulnere algunos de los

rubros que componen el temario ordinario o bien extraordinario sujeto de debate (arts. 234 y 235 LS), o bien que omita contrarrestar una decisión del Directorio arbitraria en tanto pueda afectar sus legítimos derechos, por algunas de las vías nulificantes del acto jurídico –tal es la relación de genero a especie con los actos societarios- previstos en el Código Civil.¹⁴ En éste supuesto deberá determinarse si el conocimiento de la cesación de pagos no lleva consigo, además, fraude o simulación entre los socios al promover una decisión social a sabiendas que el deudor se encuentra alejado de sus negocios por abandono de los mismos, -hecho revelador de insolvencia previsto por el art. 79:3) de la LCyQ- prorrateando entre los restantes las pérdidas genéricas que las mismas pudieren causar a la sociedad.-

En éstos casos el plazo de ejercicio de la acción será el límite de tres años desde la sentencia de quiebra que impone el art. 124 de la LCyQ , desplazando los plazos de prescripción de los actos societarios reprochables, desde que al perseguirse la declaración de ineficacia prevista en el orden falimentario se expande sobre las mismas el principio de especialidad concursal por sobre las propias previsiones societarias (v.gr: plazos para impugnar asambleas, para observar el balance de liquidación final, etc.) desde que tales actos se mantendrá vigente para el resto de las partes involucradas pero ineficaces a los intereses de los acreedores concurrentes al proceso universal.-

Ello así por cuanto se ha sostenido que la inoponibilidad se produce a causa de una circunstancia extrínseca del mismo. Por ello, el acto ineficaz es en sí mismo válido, pero en virtud de esa situación, pierde sus efectos normales frente a determinada personas. ¹⁵

¹⁴ "Impugnaciones de actos del directorio" Ricardo Nissen, La Ley, 1990, Sec.Doctrina

¹⁵ S.A Cciv y Com Mar del Plata, sala II, diciembre 7-992 "Etchegaray y Letamendia." LA LEY, 1993-E,pag,607, con nota de Rouillón Adolfo N.

Y la sentencia que consagra la ineficacia, conforme lo predicen precedentes y juristas¹⁶, es de naturaleza declarativa, esto es, declara una inoponibilidad preexistente pues admitir su carácter constitutivo implicaría consumir injusticias, al limitar a partir de su fecha la extensión de las restituciones a que deben ser condenados quienes hayan contratado con el fallido.-

Va de suyo que en éstos supuestos habrá de tener una incidencia relevante el tipo de sociedad involucrada, desde que tratándose de una sociedad por acciones de vasto capital social las dificultades de probar el estado de insolvencia se irán agravando, salvo claro está que el deudor gozara de cierta reputación pública -vgr: agente bursátil, agente inmobiliario, artista, etc.etc.- cuya progresiva declinación en su solvencia haya tomado estado público, no susceptible de ser ignorado por las autoridades sociales, conocimiento que recaerá sobre alguna de las hipótesis de exteriorización del estado de insolvencia previsto en el art. 79 de la LCyQ.-

En el ámbito negocial “inter-pars” del deudor, podemos imaginar muchas situaciones en donde el incumplimiento de algunas de las prestaciones pactadas en el contrato le acarrearán la pérdida de derechos próximos a consolidarse en su patrimonio, tal como sucedería si en un contrato de leasing mobiliario o inmobiliario si el acreedor ejecuta la cláusula gatillo de rescisión con pérdida de las capitalizaciones realizadas a poco de concluir el contrato, a sabiendas que el deudor se encontraba en cesación de pagos cuando la prudencia y un buen ejercicio del sinalagma contractual en armonía con lo dispuesto por el art. 1071 del Código Civil aconsejaría intimar por el

¹⁶ CNCom, Sala A, Noviembre 30-994 “Laco, Monica I s/Conc.Prev.s/Inc.de escrit.prom.por Fourcade, Fernando” LA LEY 1995-E,254 con nota de Conil Paz , Alberto A.-

cumplimiento del contrato mas intereses adeudados bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 507 del Código Civil.-

En ésta hipótesis también podría confluir la noción de simulación o fraude del “accipiens” para obtener una ventaja patrimonial exorbitante al marco contractual, claro está de consuno con el deudor, pero sin perjuicio de las acciones que para el caso establece la ley civil¹⁷, lo cierto es que mediando los recaudos de conocimiento de la cesación de pagos, podría accionarse para la inoponibilidad de los efectos de la omisión en el cumplimiento de la prestación pactada hacia la masa.-

Tanto en ésta conjetura como en las anteriores, ingresará al campo de prueba la determinación de la capacidad del sujeto para omitir la prestación a sabiendas de la pérdida patrimonial significativa que trasuntaba a su patrimonio, para lo cual se valorará la sustancia y entidad de la prestación incumplida entre toda otro indicio que conforme presunciones sobre la voluntad deliberadamente omitiva del deudor generadora de efectos jurídicos negativos hacia la masa en los ya analizados contextos general de la prueba en la acción de ineficacia tratado en el primer apartado.-

Desde el plano de las garantía acordadas por el deudor luego fallido, podemos advertir su renuencia a ejercitar -rara vez como defensa, si como repetición - el derecho a dividir la deuda entre el resto de los co-obligados fiadores o bien repetir la totalidad del crédito en contra del deudor principal, siendo ésta hipótesis viable para eludir bienes del patrimonio por deudas simuladas o bien por compromisos que fueron asumidos en forma privada entre las partes pero traslucida al resto de la comunidad como deuda en ejecución. En éstos supuestos, en los que el fallido no insta al ejercicio de

¹⁷ art.955 y s.s. y art.961 y s.s. del Código Civil

repetición, deberá ejercerlo el Síndico, siempre claro esta que la acción no se encuentre prescripta.-

Recurrir entonces en éste caso a la declaración de ineficacia para purgar el plazo de prescripción, importa no desconocer los efectos “erga omnes” de la pérdida del derecho por la prescripción, sino en todo caso que dicha extinción no le es oponible a la masa de acreedores.¹⁸

Ya lo ha dicho Cámara al tratar los efectos de la cosa juzgada ¹⁹, predicando que no escapa a la declaración de ineficacia el crédito que se insinuó en el pasivo oportunamente y fue verificado por el Tribunal con efectos de cosa juzgada.-

Finalmente se encuentran aquellas omisiones de índole procesal que refiere el jurista Héctor Cámara en su obra²⁰, cuando expresa que entre las omisiones, también comprendidas en el art. 945 del Código Civil, al igual que los actos jurídicos positivos, quedan incluidas las de orden procesal, que de consentírselas derivarían en la pérdida de un derecho, como por ejemplo no contestar una demanda en plazo o traslado o vista o no interponer un recurso o dejar de oponer una defensa válida, etc.-

4.- Conclusión

Hemos visto hasta aquí como en los típicos campos de interacción del deudor aparecen pristinamente constituidas relaciones de hecho que darían lugar a ser calificadas como actos jurídicas por su aptitud de generar consecuencias de relevancia jurídica y que según nazcan de omisiones

¹⁸ CNCom, sala B, octubre 14-996 “Yarques S.A. s/Quiebra s/Incidente de Verificación por Morello, Augusto” LA LEY, 1997,C,1007.-

¹⁹ CAMARA HECTOR “El Concurso preventivo y la quiebra” Bs As. Ed. Depalma, 1980, vol.3 pag. 2128

²⁰ CAMARA HECTOR obra citada.-

encuentran son admitidas como actos jurídicos negativos en nuestro ordenamiento legal con alcance general.-

A partir de la premisa que todo lo “revocable” son los actos jurídicos genéricos del deudor, podemos arribar a la conclusión que nos encontramos, en rigor, ante un campo de acción de cierta significación, al tener que reparar no solo en las comisiones del deudor sino además, en todas sus omisiones jurídicamente relevantes.-

El presente trabajo, realizado en homenaje al legado de inalcanzable bonomía y generosidad del entrañable amigo a quien va dedicado, pretende entonces aportar con modestia, algunas pautas para el ejercicio intelectual de control de legalidad de éstas conductas, con la íntima esperanza que la impronta que me ha dejado logre enaltecer aún mas su imborrable memoria.-