

NOTAS SOBRE HECHOS NEGATIVOS EN LA ACCION DE INEFICACIA CONCURSAL

Por CARLOS A. CULLARI

1.- PRELIMINAR:

Recientes fallos de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial comentados en un trabajo de excelente factura publicado en El Derecho¹, nos generó el impulso de poner de resalto la concurrencia de un numeroso elenco de hechos negativos u omisiones que, al calificar como actos jurídicos, tienen virtualidad tanto en el proceso concursal preventivo o resolutorio, en tanto constituyen presupuesto objetivo a ciertos casos de ineficacias concursales.-

Ello así amerita, a nuestro juicio, la valoración de los elementos constitutivos de los actos jurídicos negativos, sus circunstancias de concurrencia en el campo de interacción genérico del proceso concursal, para luego, a partir de la definición del objeto sub-examen, poder establecer mecanismos de análisis comparativo para su profusa detección y aplicación de los típicos remedios que nos brinda la ley concursal.-

2.-Breve Noción de Actos Jurídicos positivos y negativos.-

Es la primer clasificación enunciada de actos jurídicos que fue tomada de Savigny -Droit. Romain, vol.III, pag.3-², 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 doctrina³ 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 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,

¹.-"Ineficacia de la opción de transferencia del accionista insolvente: Interés de la masa o interés social?" por Pablo Augusto Van Thienen e Iván Di Chiazza; ED ejemplar del 30 de Agosto de 2007.-

² Llabias Joaquin, "Tratado de Derecho Civil, Parte General IP" ed. Perrot, pag.320

³ 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.-

la obligación del deudor consiste aquí en una abstención, y por consiguiente, su extinción por el pago depende de una omisión.-

Agrega Salvat ⁴ 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 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 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 en el ámbito concursal.

Como introducción al planteo que expondremos, debe preliminarmente resaltarse el ámbito de concurrencia de los hechos jurídicos negativos, toda vez que el escenario concursal permite distinguir su aparición como actos

ineficaces por su prohibición legal -vid.arts.16 y 17 LCQ-⁵ en la instancia preventiva, de aquellos que se revelan en la faz resolutive o liquidatoria, que darán lugar entonces a las ineficacias de pleno derecho o bien por conocimiento del tercero del estado de cesación de pagos del deudor, según los presupuestos establecidos en los arts. 118 y 119 LCQ.-⁶

Va de suyo que la aparición de éstos actos generarán distintos efectos y tendrán, por consiguiente, distinto tratamiento legal, según la oportunidad en que se exteriorizan, toda vez que en la instancia preventiva del concurso son fulminados de ineficaces aquellos actos prohibidos, entendiéndose por tales según la enunciación establecida por el art. 16, aquellos a título gratuito o bien que alteran la situación de los acreedores de causa o título anterior a la presentación, como asimismo aquellos que hayan obviado la autorización de su realización y que excedieran el giro ordinario de su administración.-

En ésta instancia se fulmina como ineficaz los actos de ésta naturaleza realizados por el deudor por infracción a los procedimientos establecidos por la ley concursal -cuyos postulados de orden público no resultan dispositivos-, e involucra a la participación que terceros hubieren tenido en el acto inoponible, recurriendo para ello a la ficción de conocimiento "*erga omnes*" del estado concursal por la mera publicación de los edictos comunicando la apertura del proceso universal.-

En la instancia de trámite de quiebra, los actos ineficaces, que se desdoblán en la categoría de ineficaces de pleno derecho o por conocimiento del estado de cesación de pagos, merecen la sanción de ineficacia según el grado de la infracción, ya que en ciertos actos -vgr: actos a títulos gratuitos, pago anticipado de deudas, constitución de gravámenes sobre obligaciones que no preveían esa garantía- la voluntad de frustrar a la masa de acreedores aparece como diáfana, mientras que en los restantes debe acreditarse el conocimiento de la cesación de pagos, acto que la doctrina ha calificado como "*concius fraudis*"⁷ en tanto existe la voluntad convergente del tercero y el deudor en relegar a los acreedores concurrentes al proceso colectivo.-

De manera tal que los hechos negativos que trasuntarán en actos jurídicos negativos por ser generadores de efectos jurídicos hacia terceros, pueden aparecer en las tipologías de ineficacias concursales o bien falenciales

⁴ ob.citada

⁵ En este contexto se dictaron los precedentes "Safety" y "Sociedad Comercial del Plata" por la CNCom que se citan en el trabajo referenciado como sub.I

⁶ Como ejemplo de éstas ineficacias podríamos citar a "Scandinavian Muebles" uno de los últimos fallos en ésta materia dictado por la CNCom, Sala A. El 29 de Agosto de 2002, comentario en ejemplar de El Derecho de fecha 14.11.02 por Junyent Bas y Molina Sandoval.

-con excepción de los incs. 2º y 3ª del art. 118 que requiere la comisión de actos positivos- , y seguirán la suerte que la consecuencia legal propia de cada norma prevé en su caso.-

Como el objeto de éste trabajo reside en poner a descubierto éstos actos, dejando de lado los efectos que suscintamente se citaron "supra" habida cuenta el extenso tratamiento doctrinario y jurisprudencial que versan sobre éstos presupuestos⁸, habré de concentrarme en tratar de exponer sobre algunos de éstos actos jurídicos negativos que aparecen como paradigmáticos, siendo el terreno social como el mas fértil en materia de actos jurídicos negativos.

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:19550 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.⁹--

⁷ Ley de concursos y quiebra comentada, Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval, Ed. Lexis Nexis, T.II.-

⁸ Es profusa la doctrina y jurisprudencia sobre la materia citadas en un anterior trabajo del autor realizado a modo de homenaje del profesor Osvaldo Maffía: "Actos jurídicos negativos en la acción de ineficacia concursal" por CARLOS A. CULLARI , publicado en Doctrina Judicial de Editorial La Ley, ejemplar del 23 de febrero de 2005; entre los que se citan : V.gr: "El juicio por ineficacia falencial", La Ley 1989-B-960; "Patrimonio, perjuicio, ineficacia concursal" La Ley, 1991-B,869; "Algunos casos de ineficacia falencial típicos pero no familiares" La Ley, 1989-D,1113.-

⁹ la obra citada en sub 1 trata especialmente de éste supuesto, analizado desde el punto de vista del sujeto concursado que omite suscribir aumentos de capital, enfocando la cuestión sobre la presunta existencia de un interés concursal -que le restringe dicho derecho- en contra del interés social que padece la conducta limitativa del deudor.- Coincidimos con los autores con la sustancia del trabajo en el esquema presentado, lo que no implica que la situación planteada se puede presentar en otros escenarios concursales como falenciales que ameriten el examen cuidadoso sobre la viabilidad de la omisión apuntada.-

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 omita 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.¹⁰ 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- prorratando 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 terceros.- ¹¹

Y la sentencia que consagra la ineficacia, conforme lo predicen precedentes y juristas¹², es de naturaleza declarativa, esto es, reconoce una inoponibilidad preexistente a la fecha del acto, pues admitir su carácter constitutivo implicaría consumir un enriquecimiento incausado del tercero, al limitar a partir de su fecha la extensión de las restituciones y frutos 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 o bien de aquellas que interactúan en el mercado de valores, las dificultades de probar el estado de insolvencia se irán agravando, salvo claro está que el deudor gozara de cierta reputación o fama cuya progresiva declinación en su solvencia haya tomado estado público, no susceptible de ser ignorado por los socios y 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 otro orden de actos negativos, el relativo al 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, pudiendo citar algunos ejemplos :

1) En un contrato de leasing mobiliario , estando en cesación de pagos tanto el dador o el tomador, el incumplimiento de la opción de compra en el tiempo previsto en el contrato trasunta en la pérdida de las capitalizaciones realizadas aún en un grado de cumplimiento avanzado del contrato, debiendo el síndico velar por el ejercicio de la opción de continuación del contrato a aconsejando cumplir los efectos del contrato . En el supuesto de leasing

¹⁰ “Impugnaciones de actos del directorio” Ricardo Nissen, La Ley, 1990, Sec.Doctrina

¹¹ 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.

¹² 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.-

inmobiliario el deudor insolvente debe procurar obrar de acuerdo a las pautas establecidas en el art. 34 de la ley 24.441 -intimación de pago al tomador con distintos efectos según el grado de avance en el cumplimiento del contrato- en orden a prevenir que se frustren el ingreso de cánones o el reintegro del inmueble a su patrimonio.-En un esquema inverso, el tomador que ya hubiere pagado mas de dos tercios del valor del inmuebles, encontrándose en cesación de pagos, deberá ejercer la opción , en el supuesto del inc.c) del citado art. 34- de saldar el contrato, ya que de lo contrario se frustraría el ingreso de un activo a su propio patrimonio.-

2.a.) 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 repetición, deberá ejercerlo el Síndico, siempre claro esta que la acción no se encuentre prescripta.- 2.b.) Asimismo dentro de éste apartado podemos mencionar, genéricamente, la omisión del deudor en denunciar garantías patrimoniales sobre bienes de terceros, tales como hipotecas, prendas, warrants, etc.etc, o bien denunciadas en un trámite concursal, que al vencimiento de la obligación, no sean ejecutadas en connivencia con el tercero obligado, con la finalidad de enervar el ingreso de bienes en su patrimonio.-

3) Podemos incluir también en ésta categoría la omisión del fiduciante concursado en informar la cesación "*ipso-iure*" del fiduciario o bien del contrato de fideicomiso por la concurrencia de alguna de las causales establecidas en los arts. 9° y 25° de la ley 24.441, toda vez que la vigilancia que deben ejercer la Sindicatura o el comité de acreedores -según el caso-, luego de homologado el concordato, adolece según nuestra experiencia del rigor contralor que se aplica durante el "*iter*" concursal. En éste supuesto la obligación de rendición de cuentas por el fiduciario 7° prevista en dicho ordenamiento, y en la hipótesis de marras por la finalización de su gestión o bien del contrato , puede consolidar derechos -en la especie frutos- en el patrimonio del fiduciario ante la falta de una eficaz intervención por parte de los órganos del concurso.Asimismo quedan comprendidas todas aquellas

omisiones que se plantearon en la constitución de un fideicomiso en pleno período de sospecha atento el amplio espectro de situaciones que se encuentran comprendidos en la norma.-¹³

En éstas hipótesis también podría confluír 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 civil¹⁴, 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.-

Recurrir entonces en éstos casos 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.¹⁵

Ya lo ha dicho el profesor Cámara al tratar los efectos de la cosa juzgada¹⁶, 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.-

En éstas hipótesis, ingresará al campo de prueba la determinación de la voluntad 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.-

En éste sentido, es de gran importancia el aporte que hiciera el precedente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial "Scandinavian Muebles" supra citado -y a cuya lectura, por su importancia, remitimos *in totum* - toda vez que ha permitido introducir la moderna teoría procesal conocida como carga dinámica de la prueba que impone a los litigantes la producción de prueba según quien se encuentra en mejor posición para hacerlo, posibilitando de tal modo desplazar el "onus-probandi" de quien

¹³ "El fideicomiso de garantías y la ley de quiebra" por Eduardo Barrera Delfino, ejemplar de El Derecho del 3 de Mayo de 2006.-

¹⁴ art.955 y s.s. y art.961 y s.s. del Código Civil

¹⁵ CNCom, sala B, octubre 14-996 "Yarques S.A. s/Quiebra s/Incidente de Verificación por Morello, Augusto" LA LEY, 1997,C,1007.-

alega un hecho , hacia su contraparte si es que aquella, se encuentra en mejor condiciones para producir la prueba de los hechos litigiosos ¹⁷.-

¹⁶ CAMARA HECTOR "El Concurso preventivo y la quiebra" Bs As. Ed. Depalma, 1980, vol.3 pag. 2128

¹⁷ Se transcriben las partes mas significativas del fallo citado en virtud a su importancia: *"Si bien esta sala ha tenido oportunidad de expedirse sobre la carga de la prueba que debe aportar el síndico concursal cuando deduce la acción revocatoria, como una conditio juris específica para su procedencia (in re "Demattei Hector R. Y otro c. Chalita, Elias" del 05/03/1979) (...) y debe ser positiva rigurosa y convincente, encontrándose a su cargo la demostración de la mala fe del subadquirente ya que según nuestro ordenamiento la buena fe se presume. Para su comprobación puede valerse de cualquier medio de prueba, inclusive de presunciones – ya que no es indispensable y de hecho será excepcional la prueba directa -, siempre que se den como fundamento presunciones aunque sean simples, si son graves, precisas y concordantes, que sirvan para formar convicción sobre el extremo referido. Es decir, no exige necesariamente la existencia de elemento probatorio directo, bastando aportar indicios comprobados por prueba directa y, a partir de ellos y por vía de razonamiento lógico y atendiendo al razonamiento de normalidad (arts. 901, cód. civil, 163, inc. 5 y 384 cod. Procesal) extraer las consecuencias que por su entidad y concordancia tengan suficiente aptitud para crear en el ánimo del sentenciante la convicción suficiente acerca de la mala fe existente en el tercero cocontratante, que deberá a su vez desvirtuar tales probanzas con las propias que él aporte acerca de la falta de intención fraudulenta o de su concurrente complicidad, pues resulta inconcebible que pueda permanecer inactivo y constreñirse a esperar que la actora no pruebe sus afirmaciones que no cabe olvidarse de que tratándose de actos realizados para perjudicar a terceros, las partes intervinientes intentan rodearlo de todas las apariencias necesarias para borrar rastros, operando con premeditación y ocultando indicios comprometedores. De ahí las dificultades probatorias en torno a la acreditación de los extremos de la colusión, que exige desplazar al demandado, en ciertos aspectos referentes a la acreditación de los hechos que afirma en su descargo, para evitar caer en una desvanecedora rigidez del esquema tradicional en materia de la carga de la prueba, que se constituya en una infranqueable valla a las dificultades probatorias propias de ciertos hechos, sea porque se encuentre en mejores condiciones técnicas o científicas o porque se halla en una situación fáctica más favorable – v gr. Encontrarse en posesión de los medios de prueba -; si se desea alcanzar una solución justa del caso derivada del orden jurídico vigente, con particular referencia a las circunstancias de la causa tal como lo establece conocida doctrina de la Corte Suprema (Fallos, 261:209; 262:144; 284:119, entre muchos otros).*

Las modernas tendencias probatorias – que si bien han sido elaboradas partiendo preponderantemente de los procesos en los que se ventila la responsabilidad medida, y considero que pueden generalizarse a situaciones análogas -, han aceptado, en principio, que ambas partes deben contribuir a conformar el plexo probatorio, llegándose a sostener que el favor probationis o la "teoría de las cargas dinámicas", se inclina – más allá de todo elemento presuncional – por poner el peso de la acreditación sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. Superándose el sistema de las reglas clásicas absolutas – estáticas – en la materia, poniéndose en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla, sin preceptos rígidos en la búsqueda de la solución justa, según las circunstancias de cada causa (Peyrano, Jorge y Chiappini Julio, Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas (...), doctrina que puede entenderse decepcionada – al menos en materia civil – por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar la necesidad de valorar la conducta asumida por las partes en el proceso (Fallos 311:73) y que las reglas atinentes a la carga de la prueba, deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía – por sobre la interpretación de las normas procesales – a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CS Rudaz Visón, Juan C) (...).

Sobre la base de estas consideraciones, también considero conveniente puntualizar, que es natural que la tramitación de la causa exija de las partes un mínimo de actividad que compruebe su real interés en demostrar su derecho (deber de colaboración) por aquel criterio que informa que la lealtad, probidad y buena fe deben presidir la actuación de los contendores en el proceso, y que les previene asimismo del deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y colaborar con el órgano jurisdiccional.

La prueba es, en sentido procesal, 'un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio' (Couture, Eduardo, 'Fundamentos del derecho Procesal Civil', Depalma, 1958, N°136, pág. 217). El propio ordenamiento adjetivo insta a las partes a agotar un estado de convencimiento acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio (art. 377, cód. procesal), constituyendo un recurso instituido para descartar la posibilidad de que el juez llegue a un non liquet con respecto a la cuestión de derecho a causa de lo dudoso de los hechos, conforme lo sostiene conocida y reiterada jurisprudencia.

Surge evidentemente de todo lo hasta aquí expuesto que la citada actividad probatoria no supone, ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito (Couture, ob. Cit., pág. 242; en igual sentido, esta sala in re 'Frigorífico Ebro S.R.L. c. Bastianelli S.R.L.' del 16/5/1996 [ED, 172-411].

Esta sala ha tenido oportunidad de expedirse sobre el tema en particular, sosteniendo que el principio del dispositivo ritual impone a los litigantes del deber de probar los presupuestos fácticos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción y tal imposición no depende de la calidad del actor o demandado sino de la situación en que se coloquen dentro del proceso, por lo tanto al actor le corresponderá acreditar los hechos constitutivos de su pretensión en tanto que, al contrario, los extintivos, impeditivos o modificatorios que oponga a ellos la demandada a ésta (in re, 'A. N. Busch y Cía. S.C.A. c. Taboada, Roberto', pronunciamiento del 53/1979, [ED, 87-703]. En este esquema, el onus probandi incumbe a quien afirma y no a quien niega si las suyas son negociaciones sustanciales y absolutas (CONF. Devis Echandía, 'Teoría General de la Prueba Judicial', 3° ed., Victor P. De Zavalía, 1976, t. 1, pág. 210 y sigs.; esta sala, in re 'Filán S.A.I.C. c. Musante, Esteban Alfredo' del 6/10/1989) y a que las simples alegaciones procesales no bastan, para proporcionarle al órgano judicial la suficiente convicción para emitir un pronunciamiento favorable (CS, 'Kopex Sudamericana S.A. c. Buenos Aires, Provincia de y otros', del 19/12/1995).

Como resumen y conclusión cabe señalar que, para la más rápida y justa resolución de los conflictos, no puede prescindirse del conocimiento que las partes tienen de los hechos que interesan a la litis. Y si bien las partes no tienen la obligación procesal de responder o de mantener ante el juez una conducta inspirada en franca colaboración hacia su adversario o hacia el Tribunal; a pesar de ello, el singular modo en que se comporten, sus silencios, sus contradicciones o falsedades, pueden tener influencia probatoria, de modo que frente al incumplimiento de estos imperativos procesales, el juez puede extraer efectos probatorios en contra de quien observó tal comportamiento, siempre que de ese hecho puedan derivarse lógicamente consecuencias de tal orden (Roque J. Caivano, 'La conducta procesal como prueba en el juicio arbitral', JA, revista n° 5970, págs. 13 a 16).

Este punto también se encuentra tratado con anterioridad por el art. 163, inc. 5°, párr. 2° del código adjetivo en donde se determina que la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones. Además, en el proceso, no solo tiene eficacia la manifestación de voluntad, sino también las actitudes omisivas, de conformidad con lo que se ha dado en llamar 'principio de auto responsabilidad', que se imputa a quienes actúan ante la jurisdicción (Fenochietto-Arazi, 'Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires', Astrea, 1985, t. I, págs. 569 y 570).

Se trata pues de prueba indiciaria, de un comportamiento reputado como un hecho en sentido amplio, susceptible de llevar por vía inferencial al conocimiento de otro hecho desconocido, que como tal es prueba para el legislador nacional, y más precisamente, prueba crítica o lógica e indirecta. Cabe destacar que la prueba indiciaria no necesariamente exige una pluralidad de indicios que por su precisión, gravedad y concordancia pueden formar la convicción del juez en un sistema de valoración de la prueba regido por las reglas de la 'sana crítica', pues bien puede existir uno solo del cual pueda ser argüido lógicamente el hecho relevante del juicio, máxime cuando por las circunstancias de la causa no pueden ser encontrados o hallados otros medios probatorios y otros más idóneos (Jorge L. Kielmanovich, 'algo más acerca de la conducta procesal como prueba', JA, revista n° 5903 del 19/10/1994 págs. 11/13).

11) a. Es sabido que, la adecuada ponderación de los medios probatorios arrimados al proceso, de acuerdo a los términos en que quedó trabada la litis, constituyen condición sine qua non de toda decisión jurisdiccional.

Para concluir con las consideraciones vertidas a la luz de la teoría general de la prueba, en especial respecto a la finalidad de la apreciación o valoración de la misma, hago míos los conceptos expresados por Hernando Devis Echandía (ob. Cit. Pág. 305) cuando expresa: '... los diversos medios aportados deben apreciarse como un todo, en conjunto, sin que importe que su resultado sea adverso a quien lo aportó, porque no existe un derecho sobre su valor de convicción; una vez que han sido aprobados legalmente, sus resultados sólo dependen de la fuerza de convicción que en ellos se encuentre'. A lo que cabe agregar que, salvo disposición legal en contrario, su apreciación debe efectuarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 384 del cód. cit.), reglas que constituyen un criterio permanente y general del correcto entendimiento humano, extraídas del normal comportamiento social e individual, que por su propia naturaleza resultan contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar (Couture, ob. Cit., págs., 270 y ss.). Sujetas dichas reglas, por lo tanto, a las leyes de la evolución cultural, técnica, científica, moral y económica al igual que las reglas o máximas de la experiencia que emplea el juez para conocer los hechos a través de la prueba aportada o para llenar su deficiencia.

La accionante cuestiona el valor probatorio otorgado por el juez de la anterior instancia a los distintos medios colectados en la causa. En su reproche, olvida que la labor valorativa debe efectuarse relacionándose las diversas pruebas producidas al mismo tiempo.. Ellas no constituyen compartimientos estancos, al contrario, los diversos medios de prueba reposan en mayor o menor medida en los otros, como elementos de un conjunto y será éste el que dará la prueba sincrética y definitiva sobre la cual podrá apoyarse la reconstrucción de los hechos.

De ahí que los cuestionamientos desarrollados por la recurrente en su expresión de agravios no plantea un efectivo conflicto de prueba, ya que dichas observaciones no llegan a demostrar la contradicción de la fundamentación fáctica en que reposa el pronunciamiento apelado. Reduciéndose, en consecuencia, a meros puntos de vista diferentes o a detalles secundarios que no traducen una real objeción.

b. No encuentro controvertido el estado falencial de Scandinavian Muebles S.A. ni que la totalidad de los actos que han sido objeto de análisis en la presente postulación de revocatoria concursal hayan sido celebrados con posterioridad a la fijada fecha inicial de sus cesación de pagos. Tampoco aparece transgredido el plazo máximo de retroacción, a los efectos de la establecida tutela legal de resguardar la situación de los acreedores -ineficacia concursal-, regulada por la ley concursal en beneficio exclusivo de los acreedores concurrentes de la fallida (Quintana Ferreira, ob. Cit., t. 2, pág. 306, n° 2 in fine). Además, no ha sido negada la subsistencia de la denominada 'masa' de acreedores ni el perjuicio sufrido por los acreedores concurrentes que la integran derivados de la propia celebración de tales actos".

En los actos jurídicos negativos va de suyo que la prueba de la no realización del acto aparecerá en forma prístina con la comprobación objetiva sobre la falta de su efectivización, pero en la dilucidación de los motivos que dieron impulso, valga la tautología, a la abstención de realizar un acto, quien en mejor posición se hallará para dar cuenta de sus omisiones será quien se le imputa la misma -por aquella prédica procesal que advierte sobre la imposibilidad de probar hechos negativos, siendo éste entonces quien estará en mejor condición procesal para acreditar las razones que lo llevaron a omitir la realización del acto.-

De manera tal que en materia probatoria, el actor deberá poner de resalto que un determinado acto jurídico debió haberse realizado para consolidar derechos en su patrimonio y como contrapartida fue omitido, recayendo en cabeza del accionado, y a la luz a la teoría de las cargas dinámicas, acreditar los extremos fáctivos o volitivos que generaron la inacción - a semejanza de la carga que impone el art. 1113 del Código Civil como exención de responsabilidad - , ya que no bastaría con su silencio para ampararse en la prueba, compleja por cierto, que debería coleccionar el Síndico sobre los extremos y/o valoraciones que inspiraron su voluntad a incumplir una conducta determinada y así consolidar su estado "*cesatus*".-

Finalmente se encuentran aquellas omisiones de índole procesal que refiere el jurista Héctor Cámara en su obra¹⁸, 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 sujeto concursal aparecen, antes o durante el trámite, conductas deliberadas, plenamente eficaces y jurídicamente relevantes susceptibles de generar efectos jurídicos hacia terceros , y que según nazcan de omisiones son calificadas 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.-

De manera tal que el propósito de éste trabajo es generar una conciencia sobre la multiplicidad de conductas omitivas que pueden registrarse en aquellos períodos de disponibilidad patrimonial restringida del deudor ¹⁹, y toda vez que a la fecha no hay antecedentes profusos, con la excepción de los fallos "Safety" y "Sociedad Comercial del Plata" que fueran citados, que nos induce a sospechar que estamos ante una austera práctica en tal sentido que a nuestro juicio merece ser profundizada y difundida.-

¹⁸ CAMARA HECTOR obra citada.-

¹⁹ que corren desde el período suspecto hasta el desapoderamiento por quiebra