

DECONOMI

“La recomposición patrimonial en el concurso preventivo”

por Vaiser Lidia

I. Introducción.

No es esta la primera vez que me intereso por este tema, el cual he desarrollado en trabajos anteriores.¹⁷⁰ En este caso y buscando otros aspectos vinculados al mismo, principio por señalar que la sola expresión “recomposición patrimonial” remite instintivamente a las acciones que prescribe la Ley Concursal en materia de quiebra (Ineficacia, responsabilidad, extensión de la quiebra,) -es decir- las acciones típicamente concursales) lo cual resulta necesario revisar por las razones que siguen:

1.- La ley de Concursos y Quiebras es una unidad; un subsistema jurídico que se aplica a todos los procesos ; Concurso Preventivo, APE, y quiebra (por ahora los únicos legislados)

2.- Los presupuestos objetivos y subjetivos corresponden tanto al Concurso preventivo y su variante, el APE, como a la quiebra.

3- Los sujetos “conkursables”, salvo honrosas excepciones que siempre se discuten ¹⁷¹ , son los mismos, tanto en los procesos de reestructuración como en los liquidativos.

4.- La cesación de pagos es el único presupuesto objetivo en la ley, lo cual es objeto de crítica permanente por parte de la doctrina. Hasta podría discutirse si de verdad existe una excepción en el APE, - como comúnmente se afirma -, puesto que siempre debe existir un sujeto en “cesación de pagos” para acceder al proceso.

La cesación de pagos – insistimos – presupuesto objetivo único de todos los procesos, está definida en el art. 79 LCQ que si bien corresponde a un capítulo de la quiebra, desde tiempos inmemoriales establece los *hechos*

¹⁷⁰ Ver Vaiser, Lidia: “Acciones de recomposición patrimonial: algunos dilemas”. ED, 14/08/03; Algo más sobre la recomposición patrimonial en el concurso; Rev. La Ley 2004-A

¹⁷¹ Entidades financieras, aseguradoras y ahora la novedad :las fintech

DECONOMI

reveladores de la cesación de pagos, único parámetro que la ley provee para acercarnos a la situación patrimonial del cesante.

5.- La finalidad de la ley concursal, en cualquiera de los procesos que acoge, es siempre la misma: proteger a la empresa y satisfacer del mejor modo posible a los acreedores existentes

Por eso cuando hablamos de recomposición patrimonial no hay ninguna razón para entender el concepto sólo aplicable a la quiebra, mas allá de la “ubicación topológica” de las normas que regulan las acciones específicamente concursales .

Esta postura es la que traté de sostener en un libro homenaje a los XX años del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal¹⁷² Allí se invitó a desarrollar un tema común para todos los autores : “Los mecanismos de incremento de la masa activa.”

Nótese que en Iberoamérica la noción de “masa activa” coincide con lo que nosotros llamamos “activo repartible”; de modo que la intencionalidad fue la misma, esto es, referirnos a los modos de incremento de los bienes destinados a cancelar los créditos del concursado.

II. Las acciones ordinarias en el concurso.

Según los aspectos y condiciones legales ya desgranadas, para hablar de la “recomposición patrimonial “ en el Concurso Preventivo sería propicio preguntarse ante todo y como lo viene haciendo la doctrina desde antaño, por la continuación de las acciones ordinarias.

Principiemos por recordar que el CCCN castiga ciertos vicios de los actos jurídicos que justifican y dan base a las acciones de nulidad, simulación y fraude. (Titulo Primero, Titulo IV, Capitulo 6 y siguientes)

De su lado la ley concursal establece como efecto de la *apertura* del Concurso Preventivo la *suspensión* del trámite de las acciones *de contenido patrimonial* por causa o titulo anterior a la presentación del deudor. Y su

¹⁷² Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, “Los claroscuros de las acciones de recomposición patrimonial en el Derecho argentino,” pág.943

DECONOMI

radicación en el juzgado donde tramita el concurso. Además, la norma dispone que *no podrán deducirse nuevas acciones* con fundamento en la misma causa o título (artículo 21 Ley de Concursos y Quiebras 24522) Sintetizando: suspensión, fuero de atracción y prohibición de deducir nuevas acciones de contenido patrimonial

Ello dio pie a alguna disidencia doctrinal respecto de si en el proceso de concurso preventivo prosiguen o no las acciones ordinarias, Personalmente discrepo con los criterios rigurosos que se inclinan por la suspensión, en principio por razones axiológicas, ya que lo contrario llevaría a validar aquellos actos por los que han salido *indebidamente* bienes del patrimonio cesante. Por lo que no podría soslayarse su efecto patrimonial y la necesidad de aplicar alguna vía legal para restituir el orden jurídico y la integridad patrimonial que fuera quebrantado.-. Quedara no obstante flotando el interrogante relativo al beneficiario de su resultado; puesto que si bien pueda ser un acreedor, en definitiva beneficiara a la colectividad descontarlo del reparto, en este caso, por vía la propuesta de acuerdo.

A mayor abundamiento debe verse que la misma norma en su acápite 2¹⁷³, (art. 21 LCQ) establece que quedan excluidos de dichos efectos (la suspensión de las acciones y el fuero de atracción) los *procesos de conocimiento que se encuentren en trámite*, salvo que el actor opte por suspenderlos y presentarse a verificar el crédito. Y visto ya desde el plano procesal las acciones ordinarias tramitan como procesos de *conocimiento* por lo cual escaparían a las limitaciones que surgen del art. 21.

En suma entonces y desde mi punto de vista, las acciones ordinarias pueden continuarse aun en el caso de que el demandado se encuentre en Concurso Preventivo, a opción del pretense acreedor. Sin embargo la tesis está lejos de ser pacífica.¹⁷⁴¹⁷⁵

¹⁷³ Artículo 21 Ley 24522

¹⁷⁴ En contrario: Porcelli, Luis A. "Improcedencia de las acciones de simulación y pauliana dentro del concurso preventivo". La Ley, 1998-B, página 1184.

¹⁷⁵ A favor: Rivera, Julio Cesar. "Acciones integrativas del patrimonio y concurso preventivo". LL, 1998-D, pág. 978

DECONOMI

Pero no solo se trataría de continuar las acciones de fraude, dicho en términos genéricos, sino también las acciones de responsabilidad por daños, contra la sociedad, sus directivos o accionistas

Una interesante reflexión al respecto sumó Miguel Rubin; compartiendo el criterio recién expuesto, especialmente señalando las acciones de responsabilidad contra directivos y accionistas, como herramientas de negociación del acuerdo. Y que las mismas podrían suspenderse una vez homologada la propuesta (esto ya me parece un poco problemático, pero se entiende muy bien la intención del autor).¹⁷⁶

Más allá de este escabroso problema relacionado a la continuación de las acciones, debe decirse que si bien interpela a la doctrina en la forma que fuera vista, en la práctica ha transitado muy poco camino.

III. Las medidas cautelares en la ley concursal

Resulta necesario consignar en primer lugar que en el trámite del concurso preventivo la propia ley dispone adoptar determinadas medidas que intrínsecamente resultan de índole cautelar. Así y por ejemplo el art. 15 dispone la vigilancia del síndico sobre la administración del concursado, sobre lo cual me explayare más adelante dada la relevancia de la cuestión

La norma es complementada por la ley 26086 que instituye una “auditoría legal y contable” y un “informe mensual sobre la evolución de la empresa”

De otro lado, en el auto de apertura del concurso preventivo se disponen ciertas otras medidas cautelares tales como la interdicción de salida del país del deudor y de sus administradores (art. 14 inc. 7º y art. 25), la inhibición general de bienes del deudor y socios ilimitadamente responsables (art. 14 inc. 8º), y la presentación de los libros para su intervención por el Tribunal. Es pertinente adicionar a este tópico lo dispuesto por el art. 16 en relación a los

¹⁷⁶Vaiser, Lidia; Algo más sobre la recomposición patrimonial en el concurso; Rev. La Ley 2004-A

DECONOMI

actos prohibidos para el concursado y aquellos sujetos a autorización judicial que constituyen una notable limitación en la administración del deudor.

Pero fuera de estas medidas, de carácter indiscutiblemente cautelar, la casuística provee otras, que pueden considerarse medidas cautelares atípicas, en muchos casos auto satisfactivas, imposibles de abarcar o enumerar.¹⁷⁷ Tal vez el inicio de una corriente que amerita decisiones específicas de esta índole tuitiva haya sido la suspensión de cheques de pago diferido, lo cual innegablemente y de otra manera, aseguraba el cobro de créditos pre concursales, alterando el principio de paridad de los acreedores.

La suspensión cautelar de los cheques pos datados, que pocas controversias ha despertado, ha significado una innegable protección patrimonial del deudor y un beneficio indiscutible para los acreedores honrando el principio de la *ius par conditio creditorum*.

Pero más allá de estas medidas ya consolidadas en la jurisprudencia, considerando las potestades judiciales que la propia ley acuerda al juez del proceso, podrían existir y en la práctica se ha visto, un sinnúmero de decisiones de claro núcleo cautelar que apuntan específicamente al control de la caja social. Así y a modo de ejemplo puede verse la significativa síntesis de Favier Dubois en “Facultades judiciales para la protección de la caja del concursado frente a acreedores pos concursales”¹⁷⁸ donde se menciona, desde la apertura de cuentas protegidas, hasta el fideicomiso de administración de los flujos de fondos. Interesantes y llamativas son las que el autor denomina “medidas anticautelares”, *a través de las cuales, quien puede resultar pasible de una medida precautoria perjudicial o abusiva puede presentarse ante la justicia para prevenirla o para solicitar que la medida sea dispuesta en la forma que le resulte menos lesiva*.

En este último aspecto, sobresale la puja conocida entre las decisiones cautelares de los jueces penales a cargo de acciones contra

¹⁷⁷Ver : Kemelmajer de Carlucci; “Cuestiones de competencia en las medidas urgentes del concurso” Rev.de Derecho Privado y comunitario, Nro..3 Ed Rubinza

¹⁷⁸<https://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/facultades-judiciales-para-la-proteccion-de-la-caja-de-la-empresa-concursada-frente-a-creedores-post-concursales/>

DECONOMI

directivos y accionistas sobre los bienes sociales, lo cual confrontan al juez concursal y sus facultades.

El proceso concursal busca la satisfacción colectiva de los acreedores y la protección del patrimonio de la empresa en crisis, en tanto que los bienes del concursado constituyen una garantía común para todos los acreedores, y las medidas penales pueden afectar este principio.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia estableció la preeminencia del juez del concurso sobre el juez penal a cargo de ciertas causas seguidas contra los directivos y accionistas en materia de medidas cautelares sobre los bienes del activo concursado.

Siguiendo la opinión del Procurador General se estableció que, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal Federal, no existe norma ni interna ni internacional que favorezca la competencia penal en materia de recuperación de activos producto o instrumento de delitos en detrimento del derecho crediticio de terceros ajenos al proceso penal.¹⁷⁹

IV. El control de la administración del concursado

Resulta tal vez redundante observar que la sociedad anónima concursada conserva el normal funcionamiento de sus órganos, sin perjuicio de lo cual la LCQ 24522 establece numerosas restricciones en su accionar. Por ello resulta interesante establecer como se ve alterado el desenvolvimiento del Directorio y como se ejerce el control sobre la administración de la concursada, en los términos que establece el art. 15 de la Ley concursal.

Se trata sin duda de un encuentro que debiera ser armónico entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal. A un mismo tiempo, a veces se impone especular sobre preguntas y respuestas que las leyes no proporcionan

¹⁷⁹CSJN, 24/10/2024; Baez, Lázaro, Incidente N° 118 -Incidentista: conflicto de competencia s/ incidente.
COM 22216/2017/118/CS1

DECONOMI

y establecer sobre la marcha, como ya se ha visto en la práctica, medidas judiciales no aludidas en el Derecho interno¹⁸⁰

Son seguramente notables y numerosas las preguntas que, puestos a indagar, se desprenden de ese cruce interdisciplinario relativo al control de los negocios del concursado.

Los artículos 15 y 16 LCQ disponen que el síndico deba realizar un control sobre los negocios de la concursada. Literalmente el art. 15 establece que el concursado conserva la administración de su patrimonio *bajo la vigilancia del síndico*.

De su lado el art. 16 prescribe que el concursado *no puede realizar actos a título gratuito o que importe alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación*

Esta prohibición que trae consecuencias legales en la propia ley, (arts. 16 y 17 LCQ) merecen una tutela previa, como forma de evitar los daños que pudieran producirse (art. 1710 CCCN) y como forma de cumplimiento cabal de las disposiciones legales recién citadas

La pregunta que emanan entonces con naturalidad es cómo se ejerce ese control. Por ejemplo: debe el síndico asistir a las reuniones de Directorio? ; debe ser convocado?

Debe intervenir el sindico en la redacción de la orden del día ¿? O controlarlo ¿?

Puede introducir temas de debate ¿?

No existe ni en el estatuto societario ni en el concursal una norma expresa que autorice la actuación del sindico en la forma que se ha descrito. Se podrá decir que es necesario evitar interferencias en la gestión del órgano administrativo; pero no es menos cierto que el deber de contralor del síndico debe ejercerse de manera eficiente.

¹⁸⁰ Véase el cúmulo de pragmáticas medidas adoptadas en materia de “gran concurso” las decisiones adoptadas en el caso Vicentin, ampliando con profesionales idóneos el control que primariamente quedaría reservado a la actuación de la sindicatura

DECONOMI

Por lo tanto una respuesta afirmativa a esos interrogantes hará sin duda a la eficacia del control de los negocios que es lo que la ley impone. Estimo que el síndico debe – cuanto menos – estar bien informado sobre la actividad que despliega la deudora y encontrarse al tanto de lo tratado y decidido por el órgano de administración social. Su concurrencia a las reuniones directoriales y a las asambleas resulta un deber que la ley atribuye al síndico societario (art.294 LGS) por lo cual sería incongruente eximir de tales deberes al funcionario concursal.

Si bien el síndico no se encuentra facultado para efectuar planes de negocio o planes financieros, estos aspectos empresarios cruciales deben ser observados y sin duda referidos y explicados en el Informe general del art. 39 LCQ¹⁸¹

Resulta indubitado que la labor de control se encontrará modalizada según la envergadura y las características de la actividad del concursado y la amplitud de sus actividades, por lo cual y en la nomenclatura usual, frente a un “gran concurso” se debería robustecer los medios que habitualmente se despliegan mediante sindicaturas plurales, especialmente las que ejercen el control de la administración. En tal caso sería necesario designar más de un síndico “controlador” .

No se nos escapa que un control eficaz debe realizarse en tiempo real para evitar los efectos que la ley trata de alcanzar, esto es: evitar el daño patrimonial de la deudora

El control de la administración del concursado no podría por tanto encontrarse divorciado de la actuación permanente de los directores tratando de prevenir la actuación en interés contrario o la realización de actos prohibidos en perjuicio de la sociedad. Si el síndico participa activamente en la administración del concursado se encontrará bien informado y podrá solicitar al tribunal toda medida que impida dañar el patrimonio social (art. 1710 CCCN)

Es significativa también la cuestión relativa a la distribución de dividendos y al pago de honorarios a los directores durante el concurso. A mi

¹⁸¹Ver: Prono; “El síndico y el plan de negocios” VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia; Santa Fe 2018, Tomo III, pág.479

DECONOMI

modo de ver la situación patrimonial que motiva el proceso debe impedir esas medidas y restringir los pagos a los de la actividad corriente. Nótese que los controles implementados sobre la caja social facilita evitar conductas indebidas.

Otra cuestión de interés es la existencia de créditos contra los accionistas, y tratándose de una sociedad concursada debiera el síndico informarlos y activar los mecanismos para el cobro. Inclusive *solicitar el embargo de las acciones*, vistas las consecuencias que podría derivarse del art. 48 de LCQ en materia del llamado Cramdown.

Finalmente cabe destacar que desde la perspectiva de armonización del Derecho concursal y societario, el síndico concursal no podría encontrarse relevado ni menoscabado de las atribuciones y deberes que el art.294 LGS atribuye al síndico societario. Aunque sería una cuestión de interés analizar o discriminarlas en el campo de facultades y obligaciones que pudieran