



LAS MEDIDAS CAUTELARES CONCURSALES SOBRE CHEQUES DIFERIDOS EN EL ANTE CONCURSO PREVENTIVO.

**POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (P)
& EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).**

(Los autores abordan una problemática de gran actualidad como es la situación legal de los cheques diferidos emitidos por los sujetos recién presentados en concurso preventivo y antes de su apertura.

En el punto, y con fundamentos en la igualdad y en la continuidad empresarial, postulan la procedencia del dictado de medidas cautelares “atípicas” sobre tales instrumentos)

1.- Introducción.

1.1.-Las finalidades de los concursos.

La presentación concursal conlleva la necesidad, para que puedan lograrse los fines del instituto al cual se recurre, de preservar la actividad empresarial con la mayor normalidad que sea razonablemente posible dentro de las especiales circunstancias que todo concurso preventivo supone.



El logro de ese objetivo central se alinea a tutelar una pluralidad de intereses: de los acreedores en cuanto a la factibilidad de ofrecer a ellos la más adecuada propuesta de acuerdo preventivo que pueda lograrse y que sea realmente cumplible; de los trabajadores –factor de especial atención en el contexto general y sectorial - por la necesidad de intentar optimizar en la mayor medida la conservación de su fuente de trabajo; del fisco nacional, provincial y municipal y de la comunidad misma en general, dentro del ámbito territorial de la actuación de la empresa, por los intereses que respectivamente le son propios, a saber, la renta fiscal y la provisión en el mercado de los bienes y servicios que comercializa la sociedad; de la sociedad misma, sus accionistas y directivos, por cuanto se trata, sin que se requieran mayores concreciones, de sostenerlos en el goce de sus derechos de propiedad, asociarse con fines útiles (que presupone el mantenimiento de tal asociación) y comerciar y ejercer industria lícita, todos de raigambre constitucional.

1.2.- Las Medidas Cautelares concursales.

1.2.1.- Clases y características.

Las medidas cautelares concursales pueden clasificarse en típicas y atípicas según que se encuentren o no expresamente previstas en la ley 24.522.

En cuanto a las “atípicas”, ellas lo son en un doble sentido.

Uno, porque como se dijo, no están expresamente contempladas en el articulado de la ley 22.452, lo cual, valga aclarar, no enerva la posibilidad de su adopción, habida cuenta de las facultades que al juez del concurso confiere el art. 274 de dicha ley y también por aplicación de los respectivos artículos de los códigos procesales locales, como así también porque sus fundamentos son las finalidades del proceso concursal y los poderes del juez y deben tener vinculación con la tutela de la integridad del patrimonio del



deudor y la buena marcha del trámite concursal hacia su finalidad específica (conservación de la empresa, tutela de los derechos de los acreedores en condiciones igualitarias, aspectos éstos también considerados en el presente planteamiento) ¹

Y en un segundo sentido, también son atípicas dichas medidas por cuanto presentan características diferenciales tales como la ausencia de contracautela, la posibilidad de que afecten a terceros y la competencia de otros jueces, su autonomía toda vez que no son accesorias o conexas a una acción principal cuyo resultado deben tutelar (salvo *lato sensu* se considerara así al proceso y a la realización de sus principios y finalidades), sino de carácter autosatisfactivo.

1.2.2.- Verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Consiguientemente, los recaudos comunes de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora se configuran el primero de ellos en el hecho de que la solicitud de formación de concurso preventivo cumpla en todo o en importante medida con los requisitos del art. 11 ley 24.522 y, en el segundo caso, que con respecto a los pendientes se expresen razones válidas y fundadas para acordar el plazo adicional previsto por la ley (art. 11 cit. *in fine*).

En cuanto al peligro en la demora, generalmente se advierte de que su no adopción conlleva el riesgo cierto de que, por la acción de determinados acreedores, sea afectada la integridad del patrimonio de la sociedad y la prosecución de su actividad empresarial, como así también que la acción de aquellos vaya en detrimento del derecho de

¹ FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., *Las medidas cautelares concursales*, Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, ed. Depalma, 1991, pág. 122; del mismo autor: *Medidas cautelares no tipificadas en los actuales procesos concursales: "Cuota Hilton", A.P.E. y Fideicomiso*, en *Las medidas cautelares en las sociedades y los concursos*, autores varios, ed. Legis, Bs. As., 2008, pág. 132; JUNYENT BAS, Francisco – MUSSO, Carolina, *Las medidas cautelares en los procesos concursales*, Ed. Lexis-Nexis, Bs. As., 2005, pág. 113.



los restantes acreedores a un tratamiento igualitario, cuya tutela es también otro de los fines de la ley.

En suma principios inspiradores y finalidades de la ley se ven comprometidos, y con ello parte de las probabilidades de éxito de la solución concursal, si no son adoptadas medidas cautelares concursales.

2.- La medida cautelar de suspensión de pago de cheques diferidos en el ante-concurso.

2.1.- Alcances.

La medida se refiere a aquellos cheque librados por la deudora con anterioridad a la fecha de esta presentación concursal y que sean presentados al cobro al banco girado posteriormente, en el lapso comprendido entre la fecha de la presentación y el auto de apertura del concurso preventivo.

2.2.- Fundamentos.

La medida tiene por finalidad resguardar la "par conditio creditorum", como así también posibilitar que la actividad empresarial de la concursada pueda continuar en condiciones razonablemente normales dentro de lo que la circunstancia concursal lo permite, esto es, pueda ella continuar con la disponibilidad del flujo de fondos generado y que siga generando dicha actividad y pueda hacerlo mediante el uso de las cuentas corrientes bancarias que se mantengan abiertas a la fecha de la presentación, cuentas de uso imprescindible actualmente en todo comercio organizado y precisado de acceder al crédito mediante el empleo de cheques de pago diferido, e incluso impuesto legalmente por las normas sobre "bancarización" (ley 25.345, ref. por ley 25.413).-



Todo ello autoriza el dictado de una medida de suspensión del pago por los bancos girados de cheques librados a la fecha de la presentación concursal.

La pertinencia de esta medida se advierte sin dificultad, por cuanto todos los cheques diferidos tienen en común corresponder a obligaciones de causa o título anterior a la presentación concursal.

2.3.- La preservación de la igualdad entre los acreedores.

Este fundamento radica en considerar que si el banco, en la hipótesis de contar con fondos disponibles, procediera al pago de los cheques diferidos, como primer efecto, a través de la actuación se estaría consumando a favor de dichos acreedores –fuera que ellos mismos presentaran los valores al cobro o se reembolsaran su monto endosándolos a terceros- un privilegio violatorio de la “par conditio creditorum” que consagra el ordenamiento legal (arts. 16, 19, 21, 22, 32, 42 y ccs. ley 24.522), ya que dichos acreedores estarían percibiendo sus créditos anticipadamente, sin haber tenido que someterse, a pesar de ser ello imperativo, al procedimiento de verificación de sus créditos y finalmente al margen de las condiciones de pago de la futura propuesta de acuerdo preventivo que se les realizará.

2.4.- La preservación del flujo de fondos.

Este fundamento radica en un segundo efecto del pago de los cheques diferidos, directamente adverso a una de las finalidades esenciales del concurso cual es – como *supra* ya se ha dicho - la conservación de la empresa en el interés y beneficio de plurales intereses (acreedores, trabajadores, accionistas, fisco, la comunidad en general), en tanto se afectaría el flujo de fondos de la concursada, la cual debe destinar todos los fondos que pudiera tener en sus cuentas como disponibilidades necesarias para la



prosecución de sus actividades en las condiciones de mayor normalidad posible dentro de las circunstancias.-

Esto es, en lo inmediato atender créditos postconcursoales y en lo mediato dar cumplimiento a la propuesta de acuerdo preventivo que al cabo se acepte y homologue. También se trata, desde la mira de la concursada, de preservar su derecho de trabajar y ejercer el comercio, de raigambre constitucional ²

2.5.- La ineficacia del cobro por el acreedor por causa o título anterior.

La medida comentada previene también, como es obvio, el daño que se derivaría para la concursada, el cual sería de incierta o improbable reparación, a más del tiempo y mayores costos que ello insumiría, ya que si los cheques fueran pagados, tales pagos serían ineficaces frente a la masa.

En tal supuesto, la deudora se vería compelida a ejercer acciones de restitución de sumas de dinero; mientras que la utilidad y eficacia de la cautelar que se comenta radica en evitar esos futuros y múltiples planteamientos.

Téngase asimismo presente que la concursada tendrá prohibida a partir de la apertura del concurso la realización de actos que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación concursal (art. 16, párrafo primero, ley 24.522), de suerte que, retrotrayéndose los efectos de la apertura al momento de la presentación concursal, según es dable deducirlo de diversas disposiciones de la ley concursal (ej. arts. 19, 21 inc. 1° y 3°), resultaría que la omisión en requerir la medida de que tratamos a sabiendas de los efectos que ello acarrearía, sería equiparable por sus efectos a las conductas prohibidas a las que en términos positivos ("actos") se refiere el primer párrafo del art. 16 de la ley 24.522.-

² En este sentido, CNCom., Sala B, 25-10-89, "Noel y Cía. SA s/ conc. Preventivo s/ inc. de apelación por la Administración Nacional de Aduanas.



Si bien es cierto que ello no se llevaría a cabo deliberadamente por la concursada sino que la infracción se cometería en realidad por las entidades bancarias, también lo es que, por encima del cuestionable comportamiento que éstas asumieran, razones de buena fe y lealtad hacia la colectividad de acreedores que sean legítimos, no sólo justifican sino que incluso imponen petitionar una cautelar como la que se analiza.

2.6.- Pertinencia del dictado de esta medida cautelar entre la presentación y la apertura del concurso.

Tocante a la oportunidad en que puede ser formulada, la eficacia de la medida está atada a la primera oportunidad en que se acude al estrado tribunalicio, y puede **y debe el tribunal decidir a partir de entonces, y no del auto de apertura del concurso**, ya que se trata de prevenir consecuencias como las que *supra* han sido mencionadas y en todo caso, si por improbable hipótesis, el concurso no se abriera la medida se debería dejar sin efecto.

En el sentido expuesto lo ha resuelto la jurisprudencia (3er. Juzg. de Procesos Concursales y Registros de Mendoza, 28-6-99, "*Química Mendoza SA p/ quiebra*").

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que como más arriba se ha dicho, los efectos de la apertura del concurso se retrotraen a la fecha de su presentación (arg. arts. 19 y 21 inc. 1° y 3°, ley 24.522), por lo que la petición de la medida en esta oportunidad guarda consonancia con esa solución legal y acrecienta su eficacia para los fines que la justifican.

2.7.- Limitaciones de la Reglamentación bancaria.

Si bien las previsiones reglamentarias sobre rechazo de cheques refieren a la procedencia del rechazo a partir de la apertura por auto judicial del concurso preventivo



del librador para cheques de pago diferido con fecha de pago posterior (OPASI 2.251 (VIGENCIA DESDE EL 30-3-01), PUNTO 6.4.6.5) tal criterio es de aplicación limitada a cualquier supuesto en el que las entidades bancarias toman conocimiento de la apertura del concurso preventivo.-

Por ello no puede excluirse una aplicación más amplia –retrotraída a la sola petición de la formación del concurso preventivo y extensiva a los cheques siempre librados materialmente antes y por obligaciones de causa también anterior- cuando concurren razones como las antes expuestas, ya que se mantienen en la *ratio* común de tutelar el tratamiento igualitario de los acreedores impuesto imperativamente, y evitar la detracción indebida de fondos de la concursada necesarios para su desenvolvimiento.

2.8.-El problema de la “oponibilidad” al concurso del cheque de pago diferido.

Según el artículo 54 de la Ley 24.452 este cheque. “registrado o no, es oponible y eficaz en los supuestos de concurso, quiebra, incapacidad sobreviviente y muerte del librador”

A esta especial calificación se le pueden atribuir diferente extensión interpretativa.³

1) Con alcance limitado, puede entenderse que solo se trata de diferenciarlo del cheque posdatado, declarado ineficaz por el artículo 23 de la misma Ley de cheques.

En consecuencia su titular puede presentarlo normalmente a su verificación sin temor de que sea descalificado por tener su vencimiento con fecha posterior a la apertura del concurso, pero sin agregar nada en cuanto a su pago por la entidad bancaria en la fecha de su vencimiento.

³ Ver Favier Dubois (pater), E.M. “Los cheques vs. Los concursos: un conflicto latente”, Errepar, DSE, Nro.229, noviembre 06, T. XVIII, pag. 1223 y stes.



2) Que el cheque debe ser verificado, pero no necesita probar la causa.-

3) En un sentido mas amplio y favorable a la subsistencia de la exigibilidad del cheque, podría entenderse que los referidos hechos, entre ellos el concurso del librador, no impediría su pago a la fecha de su vencimiento, precisamente en razón de la inmunidad del documento dispuesta por la interpretación literal del texto legal.-.-

A punto tal que algún tribunal aislado, en el concurso del librador, han negado la petición para que se ordene la suspensión del pago de tales cheques.⁴

Alguna doctrina parece interpretarlo en el tercer sentido, pues considera que la regla general es desconcertante y no ha sido meditada.⁵

A nuestro juicio no caben dudas que el dilema debe resolverse en el primer sentido, o sea entendiendo que la oponibilidad solo distingue al cheque de pago diferido del cheque postdatado, pero que no predica ni a favor de su pago luego del concursamiento ni de su verificación sin probar la causa.

Ello es así ya que debe tenerse en cuenta que la verdadera naturaleza del cheque de pago diferido es la de un título de crédito, asimilable a un pagaré, pese a que su giro se produce por medio de una entidad bancaria,-

En efecto, no se paga a la vista, no requiere provisión de fondos en el momento de su emisión, y su libramiento sin fondos carece de la sanción del artículo 302 del Código penal.

⁴ MOSSO, Guillermo G. "Tratamiento concursal de los cheques de pago diferido", ED 06-03-2000

⁵ GIRALDI, Pedro N. y GÓMEZ. Osvaldo R. Leo "Reformas sobre cheques y cuenta corriente bancaria", Depalma, Buenos Aires, 1997, pg.27.



Cabe destacar que al disponer la OPASI que una vez abierto el concurso no se paguen los cheques diferidos (ver punto anterior), está adhiriendo a esta misma postura limitativa de la “oponibilidad” en interpretación “auténtica”.

2.9.-Doctrina y Jurisprudencia.

En materia de cheques de pago diferido librados con anterioridad a la presentación concursal y que deban pagarse antes de la apertura del concurso, toda vez que también ellos operan como instrumentos de crédito, habiéndolos la doctrina caracterizado como “pagarés con registración bancaria”⁶, ninguna duda puede haber sobre la procedencia de ordenar a los bancos girados que se abstengan de pagarlos.

Así lo acepta reiterada doctrina, entre ellos, VAISER, Lidia, *ob. cit.*, y CORDOBA, Carlos D., *Los cheques de pago diferido y la presentación en concurso preventivo del librador*, Jurisprudencia Argentina, 1999-II, pp. 723 y ss., quien expresa que si se pagaran los cheques de pago diferido se estarían cancelando deudas preconcursales en contra de los términos de la ley concursal que es de orden público, como también lo ha declarado la jurisprudencia⁷

Con respecto a estas medidas, la jurisprudencia del fuero comercial de Capital Federal, tanto en materia de cheques de pago diferido cuanto en la de postdatados, se ha expedido favorablemente sobre una media similar a la aquí solicitada, expresando que “*resulta procedente la pretensión del concursado en cuanto a requerir el dictado decreto tendiente a evitar el pago de cheques que afirmó haber postdatado y librado antes de presentarse en concurso...Ello, pues la adopción de tal temperamento se ordena*

⁶ BERGEL, Salvador D. – PAOLANTONIO, Martín, *El cheque en la ley 24.452: La teoría general de de los títulos valores y la circulación de créditos*, en “Revista de derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni Editores, n° 9, pp. 55 y 63; GIRALDI, Pedro M., *Régimen jurídico del cheque*, ED, 1995, pág. 53.

⁷ CSJN, 26-5-83, “Garaffa y Cía., Orlando c/ Acquarone Construcciones s/ pedido de quiebra”, LL 1983-D-132 y CNCom., Sala D, 10-12-83, “Marshall Argentina SA”, ED 104-271.



a preservar la igualdad de tratamiento de los acreedores de causa o título anterior a la presentación en concurso. A más, no parece, en principio, que ello pueda perjudicar intereses legítimos de terceros; más bien por el contrario, además de ordenarse a la destacada preservación de la igualdad de tratamiento, tiende la medida a impedir que se entorpezca gravemente la explotación de la hacienda empresaria, importando un beneficio para los acreedores de la compañía y para sus empleados”⁸

Lo propio ha sucedido en tribunales provinciales⁹

También la doctrina ha avalado el temperamento referido ¹⁰

3.-Conclusiones.

3.1.-Deben reconocerse las facultades del juez del concurso para el dictado de medidas cautelares no previstas por la ley y tendientes a tutelar el patrimonio del deudor y a la buena marcha del trámite concursal hacia su finalidad específica.

3.2.-Resulta procedente entre la presentación y la apertura del concurso, en tutela de la igualdad de los acreedores y del flujo de fondos necesario, el dictado de una medida cautelar para el no pago de los cheques de pago diferido librados con anterioridad.

3.3.-No obsta a ello la “oponibilidad” legal de dicho cheque ya que ésta debe entenderse limitada a su diferenciación con el cheque “post datado”.

FINIS CORONAT OPUS.

⁸ CNCom., Sala B, 29-9-95, “Bodegas y Viñedos Rincón del Atuel SA s/ concurso s/ inc. de apelación Cpr. 250”; en igual sentido, id. Sala, 15-8-96, “Acmar SA s/ conc. s/ inc. apel. por la concursada”; id. Sala, 17-8-99, “Oliverio SRL s/ conc. s/ inc. de apelación”, y Sala A, 12-9-96, “Mampuesto SA s/ concurso s/ incid. de apelación por la concursada”.

⁹ 3er. Juzg. de Procesos Concursales y Registros de Mendoza, abril de 1999, “Descalzi, Néstor Tabaré y Santamarina, Ana María s/ quiebra”.

¹⁰ MOSSO, Guillermo, *Los cheques postdatados frente al concurso del librador*, El Derecho, ejemplar del 14-11-96; VAISER, Lidia, *Problemática de los cheques postdatados y de pago diferido en el concurso del librador*, en el libro “De la insolvencia”, autores varios, Ed. Advocatus, Córdoba, 2000, t. III, pág. 39.