



## **CARATULA:**

# **COMISION NRO.1: MORALIZACION DE LOS PROCESOS CONCURSALES.**

AUTOR: Eduardo Mario FAVIER DUBOIS (HIJO),  
Uruguay 864, piso 2º, of. 201/203, Capital Federal, cod.postal C1015ABR, tel. 4814-3576,  
mail: [eduardo@favierdubois.com.ar](mailto:eduardo@favierdubois.com.ar)

TITULO:  
LOS NEGOCIOS CONCURSALES: RECONOCIMIENTO. ADMISIÓN Y LÍMITES.

SUMARIO:

- Una de las condiciones necesarias para la moralización de los procesos concursales está dada por el reconocimiento de que tienen lugar en su ámbito diversos "negocios concursales" que deben ser analizados y valorados conforme pautas claras que permitan discriminar la licitud de la ilicitud como imperativo de la seguridad jurídica.
- Pueden conceptuarse como "negocios concursales" aquellos actos jurídicos bilaterales donde una de las partes es el deudor, por sí o por el síndico o el tribunal, y que tienen por objeto crear, modificar o extinguir una situación concursal, en todo o en parte.
- En el concurso preventivo y en el APE el negocio concursal está dado por el "acuerdo preventivo" entre el deudor y la mayoría de sus acreedores que se somete



al juez para su homologación y cuya finalidad de la superación de la situación económica y del conflicto.

- Pero dicho "acuerdo" puede estar precedido o integrado por diversos negocios concursales individuales que también deben ser evaluados.
- Además, tanto en el concurso preventivo como en la quiebra tienen lugar otros negocios concursales que se ordenan a la continuidad empresarial y/o a la mejor satisfacción de los acreedores.
- También pueden ser considerados "negocios concursales" los acuerdos o actos relativos a la continuación o terminación de litigios en trámite de incidencia para el activo o el pasivo del concurso.
- Además, pueden existir negocios concursales encubiertos, sea porque tienen apariencia unilateral o porque no se exterioriza la participación del deudor.
- La ilicitud "formal" de los negocios concursales resulta cuando transgreden una norma expresa concursal o extra-concursal.
- La ilicitud "sustancial" de los negocios concursales se presenta cuando al mismo tiempo que desvían la finalidad del proceso concursal de que se trata producen un daño a los acreedores.
- Las técnicas de negociación y mediación de contratos y conflictos resultan plenamente aplicables a los negocios concursales lícitos, lo que también permite y aconseja admitir la posibilidad de transacción o desistimiento en incidentes o juicios intra y extra-concursales bajo los mismos límites.

## FUNDAMENTOS:

### 1.-Advertencia preliminar.



El presente trabajo no implica la afirmación de conclusiones definitivas sino el aporte de algunas ideas y opiniones para el debate en el seno de un congreso académico

Es, en tal sentido, una mera "ponencia" o propuesta interpretativa y valorativa de la realidad concursal que se expone como inicial "tesis" y que requiere de una necesaria "antítesis" para acercarse a la "síntesis" que permitirá, en la dialéctica del pensamiento, dar un nuevo paso en el camino hacia la verdad.

Por tales motivos toda observación, crítica o refutación será muy bien recibida.<sup>i</sup>

## 2.-La moralización de los procesos concursales y la seguridad jurídica.

Resulta indispensable encarar la moralización de los procesos concursales en tanto la realidad indica que, junto a verdaderos procesos de reestructuración de deudas en empresas socialmente útiles con el razonable sacrificio de los afectados, aparecen procesos destinados a la licuación fraudulenta de pasivos por deudores que, a veces, ni siquiera están en cesación de pagos.

En tal sentido se advierte, por un lado, una vernácula tradición de conducir los procedimientos por vías estrictamente formales y/o de tutela a ultranza del deudor, lo que ha permitido abusos en muchos casos.

Y, por el otro, recientes denuncias penales que, al cuestionar los paradigmas habituales de la actuación anterior de deudores, acreedores, síndicos y tribunales, crean un marco de inseguridad para todos los operadores concursales<sup>ii</sup>.

Todo ello hace indispensable el estudio de los denominados "negocios concursales" a efectos de fijar sus límites de admisibilidad con la consecuente seguridad jurídica de los operadores.

## 3.-Los negocios concursales.



En este trabajo, definimos como "negocios concursales" aquellos actos jurídicos bilaterales donde una de las partes es el deudor, por sí o por el síndico o el tribunal, y que tienen por objeto crear, modificar o extinguir una situación concursal, en todo o en parte.

O sea, el concepto de negocios concursales abarca todo tipo de negocios en el concurso preventivo, en el APE, en la quiebra, y en el proceso de ante-quiebra (pedido de quiebra), donde el deudor (o el síndico o el tribunal) sea parte.

Quedan afuera, pues, los negocios de acreedores y terceros en los que, aún cuando relativos a un proceso concursal, no participe el deudor y, por ende, pueden calificarse de "para-concursales".<sup>iii</sup>

A su vez, dentro de los negocios concursales pueden distinguirse los vinculados a una propuesta de los no vinculados.

Dentro de la primera categoría corresponde señalar que el "acuerdo concursal", sea en un concurso preventivo o en un APE (arts. 45 y 73 ley 24.522), constituye el negocio concursal por excelencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>iv</sup>

Sin embargo, dicho acuerdo aparece en muchos casos precedido de otros negocios concursales o aparentemente para-concursales que deben ser valorados (vgr. cesiones de créditos, renunciaciones de privilegios, poderes).

También existen contratos del deudor con terceros vinculados al cumplimiento del acuerdo.<sup>v</sup>

Por otro lado, hay negocios no vinculados a una propuesta de acuerdo, como los que se mencionan seguidamente.

#### 4.- Los contratos celebrados en el concurso y en la quiebra.

También deben conceptuarse como negocios concursales sujetos a valoración los siguientes contratos previstos por la ley:

- a) Los contratos de terceros con la concursada autorizados por el juez del concurso (art. 16 LCQ),



- b) Los contratos con el síndico (de conservación y administración, arts.179 y 185, para producir frutos -186/187-, sobre bienes perecederos -184-, venta directa de bienes -213-, venta de créditos -216-etc.)
- c) Los contratos con el tribunal (ventas en remate -208-; ventas en licitación -205-; etc.).

#### 5.-Los acuerdos en juicios y en incidentes concursales.

Los procesos concursales presentan, además del proceso principal, una serie de acciones judiciales conexas, tanto intra-concursales como extra-concursales, donde puede haber acuerdos de partes.

Entre ellas pueden destacarse:

- a) Las transacciones celebradas por el deudor o el síndico en incidentes relativos la pasivo concursal (revisión, verificación tardía).
- b) Las transacciones en acciones de recomposición patrimonial (ineficacia, responsabilidad, extensión de quiebra).
- c) Las transacciones en acciones extraconcursoales (cobro de créditos, acciones de responsabilidad contractual o extracontractual).
- d) Las transacciones en acciones vinculadas a la subsistencia del estado de concurso preventivo o quiebra (impugnación o nulidad del acuerdo, reposición o nulidad del auto de quiebra).
- e) Las transacciones en juicios continuados luego del concurso o la quiebra.

#### 6.-Los negocios encubiertos bajo estructura unilateral.

La forma normal del negocio concursal es la "bilateral", o sea donde ostensiblemente aparecen dos partes bajo la forma de un "contrato" y una es el deudor.

Sin embargo, en el procedimiento concursal se presentan a diario actos unilaterales del deudor, de acreedores o de terceros, tales como:



- a) El desistimiento del concurso preventivo por el deudor.
  - b) El desistimiento del pedido de quiebra no notificado.
  - b) El pedido de verificación de un crédito ante el síndico.
  - d) La impugnación del crédito de otro acreedor.
  - c) El poder para prestar conformidad con una propuesta
  - d) El pago por subrogación de un crédito pre-concursal.<sup>vi</sup>
  - e) La renuncia al privilegio de un crédito verificado.<sup>vii</sup>
  - f) Los desistimientos en acciones y recursos, tanto en el principal del concurso como en incidentes y juicios conexos.<sup>viii</sup>
  - g) El pago por un tercero en el pedido de quiebra y en el levantamiento de la quiebra.<sup>ix</sup>
- Ahora bien, muchos de estos actos unilaterales pueden encubrir un negocio concursal bilateral entre el deudor y un tercero que, en tal caso, debe ser investigado y evaluado para juzgar su licitud o ilicitud.

#### 7.- Los negocios encubiertos bajo la actuación de terceros.

También en muchos casos, bajo la apariencia de la actuación concursal de terceros, sean personas físicas o sociedades, nacionales u off shore, puede estar actuando la deudora en forma simulada, lo que exige la determinación de las pautas para descubrir la simulación. Un problema que este capítulo plantea es el de la actuación de los integrantes del grupo de la deudora y el poder desentrañar cuando encubre su propia actuación y cuando no.

#### 8. Los límites legales a los negocios concursales.

En los negocios concursales no hay libre autonomía de la voluntad en tanto existen normas y principios indisponibles para las partes.

En primer lugar, aparecen normas relativas al mantenimiento de la igualdad de los acreedores, igualdad que si bien fue flexibilizada en la ley 24.522 mediante la categorización (art. 41), rige dentro de cada categoría (art.43).



Así se ubican, para regir durante el concurso preventivo, el art. 16 de la LCQ que establece que el concursado no puede realizar actos "...que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación...", bajo sanción de ineficacia (art. 17).

También, el art. 56, en materia de efectos del acuerdo homologado -aplicable también al APE-, sanciona con nulidad "los beneficios otorgados a los acreedores que excedan de lo establecido en el acuerdo para cada categoría".

Por su parte, el art. 180 del código penal sanciona con prisión al acreedor que hubiese celebrado un acuerdo con el deudor o un tercero estipulando ventajas especiales para el caso de que el primero aceptara un concordato, con igual sanción para el deudor.<sup>x</sup>

A su vez, en el caso de quiebra fraudulenta, el art. 176 sanciona con prisión al comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere concedido "ventajas indebidas" a cualquier acreedor.

También en caso de pedido de quiebra los pagos hechos al acreedor por un deudor o un tercero se presumen recibidos a favor de la generalidad de los acreedores y debe reingresarse al concurso lo recibido (arts.87 y 122).

Por su lado, en la quiebra los pagos que hiciera el fallido a un acreedor son ineficaces (art.109).

Finalmente, también buscan la igualdad de los acreedores las reglas que prohíben los votos complacientes y relativizan las cesiones de créditos (art. 45).

En segundo lugar, existen normas que tratan de minimizar el daño a los acreedores.

Así, por un lado, están las vinculadas a la integridad, veracidad y transparencia del activo y del pasivo concursal (arts.11, 16 y 39) cuyo incumplimiento puede determinar la impugnación o nulidad del acuerdo (arts. 50 y 60) con la consecuente quiebra.

Y, por el otro, la regla del art. 52, última parte, que dispone que el juez no homologará un acuerdo abusivo o fraudulento, para cuya aplicación se ha tenido en cuenta, entre otras pautas, la comparación entre la propuesta a homologar, las reales posibilidades de pago del deudor y el dividendo que le correspondería al acreedor ante una eventual quiebra.<sup>xi</sup>



## 9.-Los límites de los límites.

Sin embargo, tales límites no son absolutos en tanto la misma ley reporta casos donde el deudor y los acreedores tienen la disponibilidad del proceso concursal.

Así, por un lado, se advierte que el proceso concursal preventivo abierto y firme puede ser desistido por el deudor (art.31) con la conformidad del 75% de los acreedores.

Por otro lado, en la quiebra ciertas acciones de recomposición patrimonial no pueden ser iniciadas por el síndico sino con la conformidad de la mayoría simple de los acreedores (arts. 119 y 176).

Finalmente, la ley admite que la quiebra firme pueda concluir (art.227) con la sola conformidad de todos los acreedores sin que tengan que expresar ni indagarse su causa, la igualdad de trato para con ellos o la medida del daño sufrido.

## 10.-Pautas para la valoración de los negocios concursales.

Se advierte, entonces, que la valoración de los negocios concursales se sujeta a ciertas premisas.

En primer lugar, una tarea de clarificación de la verdadera naturaleza del negocio, clarificando si bajo una forma unilateral o la apariencia de que solo intervienen terceros, se trata de un negocio en el que participa el deudor.

En segundo término, la determinación de si el negocio constituye o no un acto reprobado por el ordenamiento concursal o general, o sea si presenta licitud o ilicitud "formal".

Y, en tercer término, debe establecerse si el negocio es "sustancialmente" lícito.

A tales fines debe analizarse si satisface las reglas de igualdad y menor daño posible en el entendimiento de que, por sobre los principios teóricos, debe estarse al mejor resultado práctico en cada caso<sup>xii</sup>.

Sobre el particular resultará pauta valiosa la comparación del concreto resultado del negocio concursal con la situación de los acreedores si el mismo no hubiera tenido lugar.<sup>xiii</sup>



En definitiva, si bien consideramos que existe un "orden público concursal" el mismo no es absoluto sino de "categoría" o relativo, vinculado a la situación de los acreedores y que cede cuando no hay daño a los mismos.

### 11.-La aplicación de las técnicas de negociación y mediación en las negociaciones concursales.

Finalmente, corresponde aquí destacar la conveniencia y necesidad de aplicar las técnicas de negociación y mediación a los conflictos concursales.

El ámbito más propicio para ello es la propia negociación de la propuesta con los acreedores.

En el mismo cabe señalar, frente al aparente conflicto entre la regla de igualdad y la diversa situación de cada acreedor, que la primera puede válidamente flexibilizarse, primero mediante la creación de categorías y, luego, por medio de propuestas alternativas dentro de cada categoría.

También aparece un ámbito muy propicio en la negociación de las acciones iniciadas o continuadas por el síndico donde deberán evaluarse, en interés de los acreedores, cuestiones tales como las probabilidades de éxito, según el derecho y según la prueba disponible, y los concretas posibilidades de acrecentar el activo concursal.

Tales negociaciones deberán estar dotadas de la transparencia necesaria respecto de los acreedores (información, consultas, posibilidades de impugnación) de modo de procurar, también por esta vía, la ansiada e indispensable moralización de los procesos concursales.

<sup>i</sup> Se ruega remitir observaciones a la dirección de correo electrónico: eduardo@favierdubois.com.ar

<sup>ii</sup> Ver la denuncia penal del Señor Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y de la Señora Fiscal de la Cámara Comercial de la Capital Federal con relación a los concursos preventivos de "Sociedad Comercial del Plata S.A." y "Compañía General de Combustibles S.A." del corriente año.

<sup>iii</sup> También se excluyen de la categoría las conductas unilaterales del deudor, lícitas o no, como la de presentarse en concurso sin cesación de pagos, sin actividad económica o sin bienes para liquidar (ver Fragapane, Hector "El concurso preventivo abusivo" en Revista de D.Concursal, tomo I, Ed.Zeus SRL, Rosario, pag.229.

<sup>iv</sup> Monti, Jose Luis "El concordato como negocio jurídico", LL año LXIV nro.216, Rev. 9-11-00, pag.1.

<sup>v</sup> Ver C.N.Com., Sala D, 14-10-04, "Coviama S.A. s/conc.prev.", relativo al contrato del deudor con un tercero que se comprometió a abonar lo debido a un acreedor. Por su lado en C.N.Com., Sala E, 3-6-04, "Industrias Ramallo SA", se había constituido un seguro de caución para cubrir la presentación de un acreedor verificado no hallado para pagar la cuota concordataria.

Libertad 567, 9º. C1012AAK  
Capital Federal, Buenos Aires, Argentina.  
(+54 11) 4382 0973  
recepcion@favierduboisspagnolo.com  
www.favierduboisspagnolo.com



FAVIER DUBOIS & SPAGNOLO  
Abogados y Consultores

<sup>vi</sup> Se trata de un supuesto admitido en muchos casos (C.N.Com., Sala A, 23-8-01, "Kossevich s/quiebra"; SCMendoza, Sala I, 27-7-05 "Torres, Luis Oscar en Abdala, Miguel s/conc.prev.", ED 6-6-06, aún sin pago de los intereses postconcursoales; ver la doctrina en Stupnik-Stupnik-Stupnik "El pago con subrogación y la cesión de crédito. Su aplicación en los procesos universales", Errepar, DSE, nro.217, Dic/05, T.XVII, pag.1491), pero resistido en otros (C.C.C. de Azul, Sala I, 7-7-05 "Abran, Jose s/conc.prev.", JA 2005-III, f.12, pag.82, con fundamento en que el consentimiento del deudor convertía al tercero pagador en mandatario de éste; C.Comercial, Sala B, 30-4-01, "Invermar S.A. s/conc.prev., por no existir empresa y poder cobrarse más en la quiebra)

<sup>vii</sup> Dasso, Ariel A. "Entre la propuesta sin límite, la renuncia del privilegiado y el abuso del abuso", en RDCO, 2005-A, pag.581. Ver también C.N.Com., Sala B, 3-3-06, "Sacu S.A." donde se admitió la renuncia de los privilegiados porque la situación de los acreedores impugnantes no habría variado de haberse ejecutado las garantías (JA-2006-III, fac.2, pag.61).

<sup>viii</sup> Ver la pertinencia de que el síndico consulte a los acreedores a los fines de desistir de continuar un juicio iniciado por el fallido: C.N.Com., Sala D, 16-8-05, "Ajjezer SRL s/quiebra".

<sup>ix</sup> Ver Porcelli, Luis "Sentencia de quiebra y recursos. Conflictividad y pago por terceros" LL 12-7-06, pag.3.

<sup>x</sup> Ver Stupnik-Fernandez Martinez "Análisis, estudio y aplicabilidad de las figuras penales de la quiebra fraudulenta y la colusión en el marco de la ley de concursos y quiebras", Errepar, DSE, nro.118, Sept.97, tomo IX, pag.293. Donna, Edgardo A. "Delitos contra la propiedad", pag.690.

<sup>xi</sup> Ver el debate y el estado de la doctrina en Spagnolo, Lucia "La propuesta abusiva (art.52 inc.4l ley 24.522): Información y pautas para su evaluación. Factibilidad de readecuación" en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Bs.As., 2003, Ed. Ad Hoc, tomo II, pag.613.

<sup>xii</sup> Truffat, E.Daniel "Reflexiones sobre la moralización de los concursos", ED 20-4-06, pag.2.

<sup>xiii</sup> C.N.Com., Sala B, 3-3-06, "Sacu S.A." donde se admitió la renuncia de los privilegiados porque la situación de los acreedores impugnantes no habría variado de haberse ejecutado las garantías (JA-2006-III, fac.2, pag.61).