

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

TÍTULO: LOS ACTOS MEDIO TEMPORE: UN APARTADO OLVIDADO POR LA LEY CONCURSAL

Apellido/s y Nombre/s del estudiante/s: Milagros L. Bécares

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Concursal y Cambiario

Tutor/a del Trabajo: Claudio A. Casadío Martínez

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo: 2024

Los actos medio tempore: un apartado olvidado por la ley concursal

Resumen

El presente trabajo investigativo se adentra en la discusión acerca de la operatividad de la limitación en la administración del patrimonio del deudor en crisis en el Concurso Preventivo. En esta discusión se parte de la premisa que no es fácil determinar el *dies a quo* del desapoderamiento atenuado, el principal efecto patrimonial del proceso concursal. Así de conformidad a lo estipulado por los arts. 15, 16, 17 y 21 de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante LCQ), no se puede determinar, al menos con cierta claridad, desde cuándo comienzan a regir las limitaciones y las prohibiciones impuestas bajo sanción de ineficacia, porque de la lectura de tales dispositivos, las respuestas posibles pueden ser dos (2). Una, referente a que los efectos comienzan a tener curso de ejecución a partir de la apertura del proceso. Y otra, que propone que aquellos operen retroactivamente a la fecha de su presentación. Desde este panorama se toma postura acerca de la manera más acorde de interpretar el articulado, de acuerdo a los principios que dirigen la ley concursal y se plantea la forma más adecuada, a acriterio de la autora, de sanear esa laguna que le quita armonía a la legislación concursal.

Palabras claves: concurso preventivo, desapoderamiento atenuado, actos medio tempore, concursado, ley concursal.

Tabla de Contenido

Introducción	4
Metodología.....	9
CAPITULO I	10
Concurso Preventivo y Su Efecto Patrimonial, el Desapoderamiento “Atenuado”	10
Clasificación de los actos y límites al accionar del concursado.....	12
Medida para asegurar el cumplimiento.....	15
CAPITULO 2	18
Los Actos Realizados “<i>Medio Tempore</i>”, una Laguna de la Ley Concursal	18
Postulados derivados de la temática.....	20
Primera postura: Los efectos rigen desde la sentencia de apertura concursal.....	20
Segunda postura: El efecto retroactivo de la sentencia de apertura concursal.....	22
Otra alternativa de abordaje: Aplicación de Principios Rectores y CCyC.....	25
CAPITULO 3	29
Soluciones Jurisprudenciales	29
CONCLUSION	37
REFERENCIAS	41

Introducción

Los fundamentos del derecho concursal se encuentran en el estudio del patrimonio y del crédito como parte de aquel. Es el derecho de la insolvencia, que se desarrolla a través de las ideas de patrimonio y crédito como elemento fundamental del movimiento económico de los pueblos. Y este es el motivo por el cual se buscan tutelarlos en el momento en que estos elementos se encuentren en crisis.

El derecho concursal aprehende el crédito a través del problema que genera el incumplimiento de la obligación, lo que se constituye, en este ámbito universal, en el estado generalizado de cesación de pagos, en contraposición con el cumplimiento regular de las obligaciones.

El desmoronamiento de la relación patrimonio-crédito importa la existencia de una crisis. Expresado desde el punto de vista "crisis", debido a que si en el ámbito del presupuesto objetivo de los procesos concursales, se exigiera la noción de "insolvencia", la solución concursal NO llegaría a tiempo, pues en la cesación de pagos la crisis ya habría producido metástasis, lo que llevaría a una difícil y prácticamente imposible recuperación del patrimonio.

El desarrollo económico, comercial y social impone necesariamente equilibrar sus sistemas de interrelaciones, y para esto, debe contarse con herramientas jurídicas que mantengan tal estabilidad, y herramientas que regulen las consecuencias, cuando ésta estabilidad se pierda.

Y como tal, las soluciones que propone el derecho concursal varían en su dureza de acuerdo con el grado de su dificultad financiera, pasando desde la prevención, hasta la liquidación, si el anterior remedio no ha funcionado.

Los movimientos contemporáneos buscan proteger la viabilidad económica y rehabilitar a los concursados en crisis, tratando de prevenir mayores complicaciones económico-financieras e intentar restablecer la normalidad de la actividad, que no sólo concierne a la solidaridad o justicia social, sino que trasciende el ámbito externo, hasta comprometer aspectos de la propia soberanía del país.

Y esto es así, porque como explica Alegría, “los intereses comprometidos en la insolvencia dejan de ser bipolares (deudor-acreedor) y pasan a ser multipolares, siendo de primordial importancia los intereses de los trabajadores, de los clientes, de los proveedores, el mercado y de la economía en general” (Alegría, Héctor, 2007. Pág. 3).

La insolvencia es un fenómeno económico que el derecho concursal procura abordar con el fin de resolver las crisis patrimoniales y evitar los daños de la cesación de pagos. Por lo tanto, esta disciplina jurídica se encuentra íntimamente vinculada al contexto económico (Gerbaudo, Germán E., 2020).

En el mundo de la postmodernidad y globalización por el que transitamos, no puede estudiarse el derecho de manera aislada a la economía. No podemos analizar el derecho en general y el derecho concursal en particular sin vincularnos con el contexto económico.

La sociedad actual está crisis (sea esta real, del imaginario social, exagerada o no), y este consecuente estado de incertidumbre pone en el tapete la necesidad de contar con respaldo; los problemas como la inflación, la escasez de dólares y la falta de liquidez dificultan el normal funcionamiento del mercado. La crisis económica impacta fuertemente en la capitalización y solvencia de este último, y la planificación cambia teniendo en cuenta este tipo de contexto, y

esta serie de factores de la vida diaria despiertan en las personas un nivel de ansiedad que derivan muchas veces en grandes dificultades para superar el estado de cesación de pagos.

La mencionada dificultad puede verse reflejada en múltiples motivos. En la falta de acceso al crédito de los rehabilitados, en la puesta en dudas de los mecanismos o institutos particulares como la quiebra, debido a que se duda de la capacidad y eficiencia de la jurisdicción (colapsada) como medio idóneo para la solución de la insolvencia, cuando una multiplicidad de empresas son arrastradas en forma conjunta y simultánea al territorio de las dificultades económico-financieras y deben recurrir a una solución concursal que inevitablemente tardará en llegar (RASPALL Miguel Ángel, 2014. Pág. 3). Sumado al innegable daño material, económico y social que produce de forma generalizada ese mecanismo.

O la desconfianza en que finalmente se concreten los acuerdos preventivos extrajudiciales donde, mientras los deudores intentan negociar con sus principales acreedores, los restantes, en la vorágine de querer cobrar lo antes posible, de asegurarse su parte sin que se devalúen sus créditos, procedan a iniciar o continuar acciones cautelares y de ejecución contra el patrimonio del deudor, no dando tiempo a que las negociaciones puedan concretarse, por tener que verse el deudor compelido a tener que recurrir a un concursal reorganizativo jurisdiccional (formal) a fin de alcanzar -con la sola presentación- la protección o tutela contra las acciones individuales, para poder frenar o suspender las acciones sobre bienes afectados a garantías reales (RASPALL Miguel Ángel, 2014. Pág. 16).

Por este motivo, es que, el presente trabajo de investigación centra su enfoque en el tercer remedio concursal que “capitalizó” los procesos, el concurso preventivo y su principal efecto, el desapoderamiento atenuado como una forma de facilitar la salida a la crisis.

Aquí, las partes involucradas analizan la situación de la empresa y su viabilidad para luego acordar la forma en que se llevará adelante la reorganización de la misma y la reestructuración del pasivo para su cancelación (RASPALL Miguel Ángel, 2014. Pág. 2).

Una solución que por su parte es absolutamente lógica si tomamos en consideración no solo que el deudor ha denunciado la existencia de dificultades o de una crisis de su patrimonio, sino también que hace a la seguridad de los acreedores titulares de los créditos ejecutables contra el deudor durante la etapa de negociación, debido a que ejercerán sus derechos en el ámbito concursal sobre el patrimonio íntegro del deudor, el que es afectado de una manera más o menos estricta al concurso a través del desapoderamiento atenuado.

Aun así, la doctrina se encuentra parcialmente dividida respecto al comienzo de los efectos del mencionado desapoderamiento, partiendo aquí el primer interrogante ¿Cuáles son las dos posturas vigentes en esta problemática?

Debemos entonces partir de la base que existen quienes entienden que la prohibición para el concursado y la labor del síndico y control judicial opera desde la apertura del concurso, considerando que, para que los efectos patrimoniales se tornen operativos, se requiere la existencia de un concurso abierto y por ende de un concursado, es decir, de una resolución judicial que le otorgue al insolvente dicho status (Acosta. Emanuel, 2021. Pág. 3).

Y otro sector, en la que los argumentos esbozados tienden a que los efectos operen retroactivamente al momento de la presentación del concursado al concurso preventivo, cuestionando la falta de estipulación expresa de dicha retroactividad en la ley concursal.

Fijar una postura lo más acorde al espíritu de la ley, frente a estas dos alternativas, es lo que este trabajo establece como objetivo general, llevando adelante una investigación de la normativa

existente, los estudios sobre la temática y fallos jurisprudenciales de Cámaras Nacionales de Apelación Comercial que constituyan parámetros para surcar el camino hacia resoluciones jurisprudenciales análogas en la interpretación de la normativa vigente.

Por su parte, como objetivos específicos se buscará entender en profundidad, la finalidad del proceso concursal, del desapoderamiento atenuado en particular y avanzar hacia un abordaje que permita acabadamente dar la respuesta que mejor se adapte al espíritu de los derechos que pretenden ser tutelados en la ley, y responder de esta manera, la pregunta de: ¿A partir de qué momento deben comenzar a regir los efectos del desapoderamiento atenuado en el concurso preventivo?

Metodología

Para poder abordar la temática propuesta en lo referente al principal efecto del Concurso Preventivo, el Desapoderamiento Atenuado y el cuestionamiento de la Ley de Concursos y Quiebras que lo regula, esta investigación fue abordada desde un enfoque cualitativo descriptivo en el que se tendrán en cuenta los aportes jurisprudenciales de las sentencias provenientes de Cámaras Nacionales en el ámbito concursal.

La elección de recurrir a sentencias de las Cámaras Nacionales de Apelación Comercial, radica en la dificultad que se presentó en instancias de la investigación para lograr reducir el ámbito territorial a determinadas Circunscripciones de la provincia de La Pampa, o reducir el ámbito temporal a estadíos más actuales, resultando nula la búsqueda, con tales precisiones, en el Sistema de Consultas de Jurisprudencia del Poder Judicial de La Pampa, debiendo recurrir a consultas en las Bibliotecas de Jurisprudencia de la localidad de General Pico y Santa Rosa, La

Pampa, ámbito en donde se logró avanzar hacia un análisis de la jurisprudencia propuesta en el trabajo.

CAPITULO I

Concurso preventivo y su efecto patrimonial, el desapoderamiento “atenuado”

El concurso preventivo produce como efecto patrimonial, el desapoderamiento atenuado. Éste se traduce en la limitación de la administración y disposición del patrimonio por parte del deudor, quien ejercerá la administración de sus bienes bajo la vigilancia del síndico, y podrá con la autorización judicial, disponer en ciertos casos de ellos, y en otros, estará imposibilitado de hacerlo por expresa prohibición de la ley concursal.

En el concurso preventivo se produce una especie atenuada de desapoderamiento, pues cuantitativamente el poder que se le cercena al deudor para ejercer sobre sus bienes privados, es mucho menor que en casos como la quiebra.

Si bien parte de la doctrina clásica entiende que tal desapoderamiento NO existe en el concurso y que solo nos encontramos ante él en la quiebra, otra postura, a la que se adhiere, considera que la sola circunstancia de que el deudor concursado preventivamente no tenga la libre disposición y administración de sus bienes, se está ante un desapoderamiento o privación de ciertos poderes patrimoniales del titular de tal universalidad. Y que tal privación es atenuada, porque de analizar y contra posicionar a éste con el desapoderamiento pleno que se produce en la quiebra, se puede notar como en este último existe un traspaso de las facultades del deudor, de su administración y disposición de su patrimonio, a manos del síndico; extremo que no se materializa en el desapoderamiento atenuado del concurso preventivo.

En consecuencia, no se trata de la exclusión de tales facultades sino de su restricción, la que por su parte puede irse agravando en los casos de inobservancia de los artículos 16 y 25 LCQ en lo respectivo a los actos sometidos a autorización judicial, y como sanción acarrear una

injerencia judicial aún mayor en la administración del patrimonio del cesante, reduciendo cada vez más sus atribuciones y siendo sometido a medidas de acción que el juez graduará desde la simple veeduría hasta la separación del concursado de la administración de los bienes, incluyendo una intervención controlada o una coadministración (Acosta. Emanuel, 2021. Pág. 15).

Pero lo dicho, es la excepción, y el principio es la continuación del deudor en la administración de sus bienes, por ser ésta la consecuencia lógica del concurso que busca que el cesante logre una solución o un acuerdo con sus acreedores con el objeto de salir del estado de “cesación de pagos”. Es decir, tiene como *dies ad quem* la homologación del acuerdo o más precisamente la declaración de conclusión del concurso, debido a que el desapoderamiento variará en la intensidad, pero no desaparecerá hasta el cumplimiento definitivo del acuerdo preventivo.

Y esto es así debido a que una vez dictada la referida resolución judicial del 1er párrafo del artículo 59 LCQ, lo único que concluye es el trámite principal, no así el concurso en cuanto a proceso, toda vez que varios de los efectos concursales continuarán su curso con posterioridad al dictado del pronunciamiento (verificación tardía, inhibición general de bienes –si así se decide por los acreedores–), y menos aún puede afirmarse que concluye el concurso en cuanto instituto, desde que se halla pendiente el cumplimiento del acuerdo y, consecuentemente, subsiste el riesgo de quiebra indirecta.

Y ello queda demostrado en la imperiosa necesidad de obtener la posterior declaración del cumplimiento del acuerdo (6to párrafo del artículo 59 LCQ), la cual resultaría innecesaria en el hipotético caso en que todo hubiera concluido al decretarse la finalización del concurso.

En el estadio del concurso preventivo, más allá de restricciones y limitaciones, no se genera ningún efecto personal privativo o diminutivo de derecho privado o público a cargo del deudor sujeto a este procedimiento. El concursado no pierde legitimación procesal activa ni pasiva (a diferencia del proceso falimentario —art. 110, párr. 1º, LCQ—). Activa debido a que puede perseguir el cobro de sus créditos y pasiva, considerando que el desapoderamiento atenuado no afecta la defensa de su patrimonio, sea respecto de los bienes (faz activa) o respecto de las obligaciones (faz pasiva); mantiene su plena capacidad procesal en todos los procesos iniciados como actor o demandado y en todas las incidencias netamente concursales.

Igualmente, siempre deberá el síndico intervenir en los juicios patrimoniales en que el deudor sea parte, en ejercicio de la vigilancia que opera sobre la administración ejercida por el concursado y partir de la reforma de la ley 26.086, también en aquellos exceptuados del fuero de atracción y de la suspensión de acciones (art. 21, 3º párr. LCQ).

Clasificación de los actos y límites al accionar del concursado

El desapoderamiento atenuado tiende “a mantener la integridad del patrimonio y la igualdad de los acreedores (por título o causa anterior)” (Nedel Oscar, 2013. Pág. 74) lo que implica no tomar otras medidas que las estrictamente necesarias para ello. Por lo establecido es que, como contrapartida de los postulados clásicos del procedimiento que aseguran los derechos de los intervinientes, NO se ponen obstáculos o impedimentos en el normal giro de los negocios del deudor en dificultad.

Siguiendo esta línea de acción es que se deberán fijar los límites dentro del cual el concursado podrá seguir desplegando su actividad. De esta manera se dispondrán “tres columnas que separada y complementariamente subsumen aquellos actos que el deudor una vez

concurado debe tener presente a fin de evitar incurrir en irregularidades u omisiones” (Nedel Oscar, 2013. Pág. 76).

Por un lado, estarán los actos ordinarios de administración y/o disposición, que el concursado podrá realizar sin impedimentos, debido a que prosiguen la actividad normal de su negocio, bajo la vigilancia del síndico y el Comité de Control (art. 260, LCQ) -si se conformara-.

El artículo 15 de la Ley de Concursos y Quiebras establece: “El concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico”.

Los actos de administración son aquellos conservatorios, de gestión y ordinarios de administración, esto es, todos aquellos que conservan y mejoran el patrimonio. Deben traducirse como la posibilidad del concursado de continuar realizando actos y operaciones normales de su giro empresario sin perjudicar los intereses de sus acreedores. “Los actos serán comunes, normales y habituales en relación a la actividad del concursado y a su significancia económica” (Alvarez Perez; Macagno, 2018. Pág. 10).

Ahora bien, como se adelantó, esta administración es vigilada por el síndico, pero esto no implica un control de mérito o conveniencia sobre el acto a realizarse, ya que no es entendida como una co-administración ni tampoco como una veeduría (Alvarez Perez; Macagno, 2018. Pág. 10). El síndico es un auxiliar del juez limitado a fiscalizar la actuación del deudor concursado, y solo en caso de advertir irregularidades, deberá informar al magistrado las mismas (lo que podrá dar lugar a la separación de la administración—art. 17, LCQ—).

El criterio para distinguir entre actos de administración y de disposición se funda en la ausencia o presencia de peligro para la existencia misma de los bienes que constituyen el

patrimonio. Es decir, que las facultades de administración del concursado se ven restringidas cuando se alteran situaciones preexistentes que deben respetarse en pos del concurso.

Y ello se fundamenta en el propósito legislativo de atenuar el interés de la economía crediticia y mantener la empresa en el plano económico-político-social, lo que lleva a que su titular continúe la actividad empresarial, quedando asimismo protegidos los otros intereses comprometidos en la insolvencia, a través de la vigilancia sindical y el control jurisdiccional.

Por otro lado, se encuentran los actos prohibidos, aquellos realizados a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores (por título o causa anterior al concursamiento), los cuales se les encuentran vedados, aun con autorización judicial, debido a que la ley es taxativa al respecto y fija una sanción de nulidad del acto realizado en infracción a la norma.

El primer párrafo del artículo 16 de la Ley de Concursos y Quiebras establece taxativamente: "Actos Prohibidos. El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación".

El deudor no puede disponer de los bienes sin contraprestación correlativa a favor del concursado, ni contravenir el principio *par conditio creditorum*, que radica en resguardar la paridad entre los acreedores y también la no discriminación contenida en el art. 52 LCQ, por lo que no sólo deben incluirse en este ítem los actos beneficiosos para algunos acreedores, sino también los perjudiciales para otros, es decir que existe una alteración de la paridad en sentido positivo y negativo.

El fundamento de la prohibición radica en que la ley presume *iure et de iure* que estos actos son llevados a cabo con ánimo fraudulento, en perjuicio de la masa de acreedores.

Y por último, los actos sometidos a autorización, que siendo limitados, pueden resultar posibles de realizar siempre y cuando el juez director del proceso así lo autorice, son los actos “intermedios” donde la autorización previa otorgada por escrito por el juez, permite al concursado realizar el acto que estime que no perjudica el resguardo de los intereses de la masa.

Estos actos se encuentran regulados en el párrafo tercero del artículo 16 de la LCQ, enumerando de manera ejemplificativa, en parte incompleta y en parte prescindible, los actos que el concursado no puede llevar a cabo sino con autorización judicial.

En principio, la autorización debe ser previa como requisito de eficacia, pues constituye un presupuesto legal. Y como tal, una interpretación estricta de la norma concluiría en que no se habilitaría el otorgamiento *ex post facto*. Aun así, debe analizarse cada caso particular en forma restrictiva, teniendo en cuenta lo delgada que es la línea que divide el acto de administración ordinaria del extraordinario.

De esta forma se trataría de la admisión en forma excepcional de la ratificación posterior del acto, cuando la celebración del mismo haya sido impostergable, o cuando no tratándose de los casos enumerados por el art. 16, LCQ, se haya celebrado el acto sin autorización judicial previa y posteriormente resulte tachado de extraordinario por algún acreedor interesado; ocasión en la que el concursado podrá requerir su ratificación judicial.

Para resolver, el juez meritará la conveniencia del acto para el concurso o, para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores.

Medida para asegurar el cumplimiento.

Del juego armónico de los arts. 15, 16 y 17 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras (y modificatorias) surge la idea del “desapoderamiento atenuado del concursado”, que tiende a proteger “el principio de incolumidad patrimonial que apunta a la idea de protección del patrimonio del deudor, en garantía de los créditos concursales, de allí, la medida de inscripción de inhibición general de bienes del concursado que dispone el art. 14 inc. 7 LCQ” (Cremaschi, 2015. Pág. 401).

La traba de la inhibición general de bienes que el juez concursal decreta al momento de dictar la sentencia de apertura del concurso preventivo, “es la primera medida cautelar que se toma a los fines del desapoderamiento para así mantener la intangibilidad patrimonial durante el proceso” (Graziabile, 2005. Pág. 2), ya que el patrimonio es prenda común de los acreedores y estas disposiciones podrían agravar la situación patrimonial del concursado.

Se trata de hacer tomar conocimiento de tal circunstancia a los registros de la propiedad inmueble, automotor y cualquier otro donde se registren bienes (buques, aeronaves, propiedad intelectual, marcas, patentes, etc.), importando la inhibición de disponer o gravar los bienes registrables, como una medida de seguridad del patrimonio, para que éste no se vea disminuido con la salida de bienes, en el supuesto de la eventual quiebra posterior que pudiese declararse.

El diligenciamiento de los oficios tendientes a la traba de las medidas debe ser efectuado por el síndico (art. 275, inc. 1º, LCQ “librar toda cédula y oficios ordenados”) aunque muchas veces acaba por ser el propio concursado (o su letrado) quienes se encargan de ello, sin necesidad de pago de arancel previo (art. 273, inc. 8º, LCQ” todas las transcripciones y anotaciones registrales y de otro carácter que resulten imprescindibles para la protección de la integridad del patrimonio del deudor, deben ser efectuadas sin necesidad del previo pago de

aranceles, tasas y otros gastos”) y debe dirigirse a los registros donde se encuentren inscriptos bienes del concursado.

Esta medida se debe decretar no sólo para el concursado, sino también en los casos de determinadas sociedades, para los socios con responsabilidad ilimitada, tal como lo establece el art. 14. Inc 7 LCQ.

Esto importa una medida cautelar ante la eventualidad de que pueda recaer la quiebra indirecta de la sociedad, la que produciría la extensión de ésta a los socios ilimitadamente responsables (art. 160, LCQ) cuyo patrimonio podrá responder por el pasivo social de manera subsidiaria (art. 56 LCQ). Siendo suficiente respecto de ello la inhibición general de bienes y las disposiciones del art. 18, LCQ que refieren únicamente a los actos prohibidos, no así a la vigilancia del síndico concursal.

CAPITULO 2

Los actos realizados “*Medio Tempore*”, una laguna en la ley concursal

No es fácil determinar el *dies a quo* del desapoderamiento atenuado (Graziabile, 2005. Pág. 2). Y por tal es relevante adentrarnos en la discusión acerca de la operatividad de la limitación en la administración del patrimonio del deudor en crisis. Es decir, si la misma comienza con la sentencia de apertura o si ésta tiene efectos retroactivos al momento de la presentación de la demanda que solicita la apertura del concurso preventivo.

En esta discusión partiremos de la base que, de conformidad a lo estipulado por los arts. 15, 16, 17 y 21 LCQ., no se puede determinar, al menos con cierta claridad, desde cuándo comienzan a regir las limitaciones en la administración del patrimonio del deudor en crisis y las prohibiciones impuestas bajo sanción de ineficacia. Esto así porque de la lectura de tales dispositivos, las respuestas posibles pueden ser dos (2). Una, referente a que los efectos comienzan a tener curso de ejecución a partir de la apertura del proceso. Y otra, que propone que aquellos operen retroactivamente a la fecha de su presentación.

La polémica en el caso gira en torno a que entre uno y otro hito procesal (presentación del concurso y fecha de apertura del mismo) transcurren varios días y hasta meses, circunstancia que posibilita que el deudor que promovió el proceso concursal realice actos que perjudiquen su patrimonio, o bien, que alteren la *par conditio creditorum*, y a pesar de ello no pueda ser cuestionado en su accionar, por haber ejecutado dichos actos con anterioridad a la apertura del proceso universal (aunque con posterioridad a la presentación de la demanda).

Nuestra legislación concursal estipula la iniciativa exclusiva en el pedido de concurso preventivo en manos del deudor y el artículo 13 estipula que el Juez debe pronunciarse respecto a ello en el término de cinco (5) días.

No obstante, la realidad pone en evidencia que este plazo de cinco (5) días que tiene el Juez se extiende mucho tiempo más, dejando al deudor en un estado de cesación de pagos -pues así lo exteriorizó en el escrito de inicio al cumplir con los requisitos del artículo 11- pero con una situación de incertidumbre respecto a la administración de su patrimonio hasta que se dicte la resolución judicial de apertura (TSCHERWINSKI, Wladimir, 2017. Pág.1).

Tal es así que de conformidad a lo estipulado por los arts. 15 y 16 LCQ., la facultad de administración del deudor se encontraría limitada: la conserva, pero bajo la vigilancia del síndico (art. 15), señalando actos que quedan fuera de toda posible ejecución por el deudor, al prohibirlos en forma directa en resguardo de la "*par conditio creditorum*" de los acreedores anteriores a la presentación al concurso (art. 16) (Macagno; Misino, 2012. Pág. 5/6). Pero por su parte dicho articulado se encuentra situado en una sección de la ley que no coincide con lo mencionado.

En principio, y conforme una interpretación integradora de las normas aludidas, abierto el procedimiento preventivo de crisis, el deudor, no puede realizar pagos a los acreedores anteriores a la presentación (Macagno; Misino, 2012. Pág. 5/6), ni otorgar actos que importen algún tipo de liberalidad, porque dicha conducta incidiría ciertamente en la paridad que debe ser mantenida entre los acreedores y en el patrimonio que sería la prenda común de todos ellos.

Pero a su vez, por su parte y como se mencionó, no se puede perder de vista que las normas bajo análisis se hallan insertas en la Sección IIª, que se titula "*Efectos de la apertura*", por lo que el mismo plexo jurídico arrojaría potencialmente una respuesta al interrogante, concluyente en

que antes de la declaración de apertura, el deudor tiene el manejo irrestricto de sus actividades, sin ningún tipo de limitación legal.

Tal es la confusión que se genera, que la doctrina y también la jurisprudencia que han abordado el tópico no han podido ponerse de acuerdo, existiendo posiciones absolutamente antagónicas. Derivando en que, ante cualquier acto realizado por el deudor entre la demanda y la resolución de apertura del concurso, se genere un debate en torno a que interés debe prevalecer.

Por un lado se encuentra el tercero –que contrató con el deudor- al cual se debe presumir de buena fe pues, quién afirme lo contrario, deberá probarlo. Por otro lado, están los acreedores que concurren al juicio concursal, a los cuales se les debe respetar la *par conditio creditorum*. Pero además existe un tópico más a analizar, que es la conducta del deudor y la reprochabilidad de la misma, la que puede ser tildada de abusiva, basada en una mala fe negocial.

Así con este panorama, la cuestión se centra en el siguiente interrogante ¿es posible aplicar la legislación concursal –sobre los efectos patrimoniales- durante el tiempo que va desde la presentación en concurso hasta su apertura? (TSCHERWINSKI, Wladimir, 2017. Pág. 1).

La ley no establece una solución específica por lo cual la cuestión se circunscribe a determinar cuándo comienza el mencionado desapoderamiento atenuado. Y en torno a esto surge la discusión de los actos medio tempore efectuados entre la presentación en concurso preventivo y la sentencia de apertura.

Postulados derivados de la temática

Primera postura: Los efectos rigen desde la sentencia de apertura concursal

Para un sector de la doctrina, una corriente de opinión más apegada al texto de la ley, que a los principios que la insuflan, sostiene que la prohibición opera desde la apertura del concurso (Rouillón Adolfo, 2001. Pág. 995).

Para justificar su apreciación, esgrimen que las normas contenidas en los arts. 16 y 17 LCQ., se encuentran ubicadas dentro del sistema de la misma en la Sección IIª, que se titula “*Efectos de la apertura*”, de lo que coligen que la aplicación de sus reglas requiere la existencia de un concurso abierto y por ende de un concursado, no siendo ello equivalente a la existencia del estado de cesación de pagos.

Consideran que los textos legales deben aplicarse estrictamente, en el sentido que resulta de su propio contenido, por lo que antes de la apertura del concurso preventivo el deudor retiene el manejo de sus actividades en forma irrestricta, y recién con la declaración de apertura nace el desapoderamiento atenuado de sus bienes (Macagno; Misino, 2012. Pág. 9).

Coinciden por su parte, que no surge del texto de las normas concursales condicionamiento alguno a los actos celebrados por el deudor “*medio tempore*”, lo que significa que entre la petición del concurso preventivo y la sentencia de apertura de dicho juicio universal, no hay restricción siendo esta resolución la que marca la línea divisoria a partir de la cual se debe solicitar autorización judicial en aquellos supuestos que lo requiera el ordenamiento concursal (Macagno; Misino, 2012. Pág. 7).

Es decir que, a falta de una indicación expresa de retroactividad, los efectos del concurso operan desde la apertura, debido a que, según esbozan, si el legislador hubiese querido que estos efectos operaran retroactivamente al momento de la presentación, se hubiera estipulado expresamente de esa manera, tal como lo hizo al regular la suspensión del curso de los intereses (conf. art. 19, LCQ).

Segunda postura: El efecto retroactivo de la sentencia de apertura concursal

Por su parte, otra corriente expresa que los efectos de la apertura del concurso se retrotraen a su presentación, porque la prohibición representada por la inalterabilidad de los derechos de los acreedores, y la necesidad de mantener la integridad del patrimonio del deudor desde que se encuentra en cesación de pagos, persigue concretar uno de los principios liminares de toda ley concursal, cual es: la igualdad de tratamiento de los acreedores (Heredia, 2000; disidencia de la Dra. Piaggi C. Nac. Comercial Sala B “Guevara Lynch, Matías R, 2005; Cám. Nac. Comercial Sala C “Jugos del Sur S.A. V Banco de la Nación Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de reintegro de fondos”1991).

Para justificar esta tesis, esgrimen que la ley dispone que sea la fecha de presentación y no la de apertura del concurso, la determinante del momento inicial de la inalterabilidad de la situación de los acreedores por causa o título anterior, porque el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos desde aquella data, atento su propia confesión. Entonces, si bien conserva la administración de sus bienes, encontrándose habilitado para proseguir con las operaciones ordinarias de su comercio, no lo está para ejecutar actos que alteren, en perjuicio de sus acreedores, el patrimonio con que cuenta que es su prenda común.

La prohibición –para estos autores- entra a regir desde la presentación del concurso, porque si bien la concursada no se encuentra en tal momento desahogada de su patrimonio, si se postergaran los efectos hasta el momento de la apertura y más allá hasta la publicación de edictos, la “*par conditio creditorum*” podría verse violada impunemente por el deudor, quien estaría autorizado a perjudicar patrimonialmente total o parcialmente a alguno/s de los acreedores, pese a su estado de cesación de pagos reconocido con el pedido de concursamiento (Macagno; Misino, 2012).

Sumado a que las expectativas de cobro de estos acreedores concurrentes, disminuyen ostensiblemente ante la irrupción de un deudor inmune que puede realizar actos en perjuicio de los primeros, bajo el velo de protección que le otorga dicho tiempo de gracia, donde no se admitirían sanciones, y no habría consecuencias.

Desde esta perspectiva, se otorgaría al art. 16 LCQ efectos retroactivos a la sentencia de apertura. Por lo tanto, la prohibición alcanzaría a los actos cumplidos "*medio tempore*" entre la presentación del art. 11 y la resolución de apertura del art. 14 del régimen concursal.

Aun así, lo mencionado no modifica que la ley enumere las prohibiciones en el apartado de "*efectos de la apertura*" por lo que, para que opere la sanción que prevé la ley, es necesario que exista un concurso abierto. Y por tal, lo que estos autores proponen es que, la sentencia retrotraiga el efecto patrimonial al momento de la presentación, impidiéndole al concursado realizar válidamente aquellos actos que le son prohibidos y/o evadir la autorización judicial en aquellos supuestos en que la ley lo impone (Casadío Martínez, Claudio; 2010. Pág. 3); pues sin la existencia de dicha sentencia no existiría la limitación que venimos analizando, pero con ella, la limitación opera desde la presentación.

En definitiva, la operatividad del efecto patrimonial la confiere la sentencia de apertura, pero se aplica retroactivamente a la fecha de interposición de la demanda.

Esta postura fue recogida en autos "Jugos del Sur S.A. v. Banco de la Nación Argentina s/Concurso Preventivo s/Incidente de reintegro de fondos", expediente en el que la Sala A de la Cámara Nacional Comercial resolvió: "...la prohibición entonces de alterar la situación de los acreedores rige tanto para el deudor como para el acreedor desde la presentación en concurso preventivo, y su aplicación es a todo crédito de causa anterior a dicho concursamiento" (Jugos

del Sur S.A. Vs Banco de la Nación Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de reintegro de fondos, C. Nac. Com Sala A, 1991).

Aunque jurisprudencialmente se resolvió que ello es estrictamente así para el concursado pero no para el tercero de buena fe que contrata con él, quien no puede conocer que el deudor ha demandado el concurso preventivo. Y un claro ejemplo de esto es el precedente “Guevara Lynch, Matías Roque s/quiebra” (Guevara Lynch, Matías R., C. Nac. Comercial Sala B, 2005), en el que el juez de primera instancia declaró inoponible a la quiebra la venta efectuada por el concursado de un inmueble del que es titular, en la época entre la presentación y el auto de apertura. Los adquirentes apelaron la sentencia y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó el fallo apelado.

Para así decidir, la mayoría sostuvo que, si dicha enajenación se efectuó entre la presentación al concurso y el decreto de apertura del mismo, más allá de la reprochable actitud del fallido, quien actuó a sabiendas de su estado de insolvencia, no puede imputársele la falta al tercero adquirente, del que se presume que actuó de buena fe, debido a que antes de la resolución de apertura, careció de medios por los cuales tomar conocimiento del estado concursal de la otra parte.

Aun así, la cámara coincide con primera instancia en que debe aplicarse el artículo 16 de la LCQ ya que, el concursado debió requerir autorización judicial para enajenar el inmueble antes de llevar a cabo la venta porque desde la presentación al concurso preventivo el mismo no puede alterar la situación de los acreedores de causa o título anterior a la misma. El deudor omitió el pedido de autorización y consecuentemente, se declaró la ineficacia de pleno derecho del acto respecto de los acreedores en los términos del artículo 17 de la LCQ.

Si bien es clara la letra de la ley, la alzada entiende que no corresponde realizar una interpretación literal del articulado, máxime teniendo en cuenta que desde la presentación al concurso hasta la apertura del mismo transcurren más de 6 meses y durante éste período se produjo la enajenación, no contando en éste momento el adquirente forma alguna para tomar conocimiento de la situación patrimonial del titular del inmueble y, como principio general de derecho se establece que todo acto jurídico se presume de buena fe y quien afirme lo contrario debe probarlo, por lo que la mayoría decide revocar la sentencia de primera instancia.

En disidencia, la Dra. Piaggi sostuvo que correspondía confirmar lo resuelto por primera instancia y declarar inoponible la venta del inmueble ya que por haber sido celebrada entre la presentación y el auto de apertura es totalmente ineficaz, debido a que se está violando la prohibición de alterar la situación de los acreedores de causa o título anterior a la presentación al concurso.

Otra alternativa de abordaje: aplicación de principios rectores y Código Civil y Comercial (CCyC)

Asimismo pese la corriente a la que se adhiera, se es conciente en general que los riesgos del período que va desde la presentación hasta la apertura del concurso –como correctamente lo advertía Maffía- parecen haber sido olvidados por el legislador concursal (Maffía, 1985. Pág. 297 y ss.).

Aun así, lo que es real a la luz de los principios liminares del derecho concursal, es que cabe otorgar prioridad al interés general representado por el conjunto de acreedores, por sobre la tutela que puede dispensarse al interés individual de uno de ellos. Pero también lo es, que la solución a las distintas maniobras que eventualmente podrían intentarse para frustrar los

derechos del resto de los acreedores, en pos de aventarjar a uno o a cierto grupo de ellos, no necesariamente debe buscarse en el ordenamiento concursal, sino en el Código Civil y Comercial, no solo porque la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, sino porque fomenta el accionar de buena fe en las relaciones jurídicas.

Como dice Montoya Melgar: “la apelación del Derecho a esta buena fe (...) tiene su razón de ser básica, histórica y actual, en el deseo de conjurar los peligros de una concepción excesivamente formalista, legalista y positivista del ordenamiento jurídico” (Montoya, 2001. Pág. 13). Teniendo como objetivo evitar que se ignore el comportamiento dinámico en la relación y atienda únicamente al sentido de la norma estricta.

Asimismo, en la doctrina se sostiene que “el objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran” (Zavala de González, 2011. Pág. 1). También se sostiene que “no hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación” (Vázquez Ferreyra, 2015. Pág. 2).

En el concurso preventivo ese tipo de apreciaciones –no previstas expresamente– encajan perfectamente en los principios de la ley, sostenidos sobre la base de la concursalidad y la *par conditio creditorum*, que es la idea de los arts. 15 a 32 de la ley concursal argentina.

Incluso, la hipótesis de su aplicación resulta mucho más sencilla, porque se cuenta con atribuciones judiciales amplias (art. 280 LCQ), la prohibición de alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior al concursamiento del art. 16 y la atribución de competencias al juez concursal. Tratándose –sencillamente– de asegurar de manera razonable la administración de bienes que prescribe el art. 15 LCQ bajo una estricta vigilancia en pos de mantener la *par conditio creditorum*.

Por tal, la conducta del deudor no debe pasar a un segundo plano y debe ser analizada caso por caso puntualmente, porque ha sido él mismo quien ha confesado su estado de insolvencia para que sus acreedores lo ayuden a superarlo, circunstancia que torna necesario que “se someta a un orden de rigurosa seriedad en sus actividades” (Maffía, 1985. Pág. 297 y ss.).

Desde esta perspectiva, sólo el ejercicio irregular del derecho del deudor a disponer libremente de su patrimonio, en los términos del art. 1071 CCyC., obsta a éste de realizar actos que importen alterar la situación de los acreedores, e impide a estos últimos que sigan agrediendo el patrimonio de su deudor individualmente (Zalvala de González, 1999. Pág. 406), operando una suerte de desapoderamiento atenuado adelantado, para evitar el efecto del acto ilícito abusivo.

Pues, como bien es sabido, el ejercicio irregular de un derecho, convierte el abuso del mismo en una forma de antijuridicidad, siendo la transgresión solapada bajo la máscara de una facultad que se la exorbita; se invoca una facultad determinada, y se va más allá de ella, deformándola en su sustancia.

Por lo expuesto es que, si bien durante el “*medio tempore*”, el deudor goza de plena capacidad, ello no le garantiza una suerte bill de indemnidad. Mucho menos si aprovechándose de su particular estado de impotencia patrimonial, abusa de aquélla con el objeto de alterar la situación de los acreedores anteriores al concursamiento que están esforzándose por contribuir a que el deudor supere su estado de crisis.

Y frente a este último supuesto, la clave está en determinar –como se adelantó– si el ejercicio de ese derecho por parte del deudor ha sido irregular, porque de ser así, el acto, por ilícito, no puede ser amparado por la ley.

Y por esto, es que ante esta laguna del derecho, asume un rol fundamental el análisis que deberá hacer el Juez. Pues, los actos de disposición del deudor *medio tempore* gozan de plena capacidad para lesionar la situación patrimonial del deudor y con ellos de los acreedores pendientes del cobro de sus créditos, por lo que debe ser abordado por el juez caso por caso, pues la eventual disminución de la garantía de los acreedores en esa etapa, constituye causal para negar la apertura del juicio, o en su caso, la homologación del acuerdo.

CAPITULO 3

Soluciones jurisprudenciales

Según el criterio que se adopte, los efectos del desapoderamiento atenuado comenzarán a partir de la sentencia apertura con efecto retroactivo a la presentación de la demanda. O bien, los efectos recién comenzarán a regir desde la sentencia de apertura hacia el futuro.

En esta oportunidad voy a centrar el enfoque en resoluciones judiciales que le han otorgado prioridad al interés general que representa el conjunto de los acreedores por sobre la tutela que puede dispensarse al interés individual de uno de ellos o simplemente del deudor.

Existen numerosos precedentes de caracterizados tribunales nacionales que han resuelto en variadas situaciones que la prohibición del artículo 16 de la Ley de Concursos y Quiebras rige desde la presentación en concurso preventivo y que se aplica a todo crédito de causa anterior al concursamiento.

Desde una perspectiva histórica podemos decir que en una primera etapa la jurisprudencia fue renuente a admitir la validez de los actos *medio tempore*. Entonces efectuada la petición de formación del concurso preventivo comenzaban los efectos del desapoderamiento.

En tal senda se resolvía y aun hoy con mayores discusiones se resuelve, que es la fecha de presentación y no la de la apertura del concurso, la que determina el período de inalterabilidad de la situación de los acreedores por causa o título anterior, y por ello la ineficacia alcanza a los actos que van desde la presentación del concurso.

A partir de lo mencionado voy a adentrarme en resoluciones que ayuden a construir un enfoque que salve, de la manera más justa y apegada a los principios que insufla la ley, el vacío legal que rodea los actos *medio tempore*.

Así partiremos con el precedente: **Círculo de Suboficiales del Servicio Penitenciario Federal Argentino s/Concurso Preventivo, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C**, con fecha el 14 de Octubre de 2009.

En el mencionado fallo se determinó que la prohibición de alterar la situación de los acreedores rige, tanto para el deudor como para el acreedor desde la presentación en concurso preventivo, y su aplicación debe extenderse a todo crédito de causa anterior a dicho concursamiento.

En el precedente mencionado el demandado en un juicio ejecutivo formula demanda peticionando la formación de su concurso preventivo. Frente a este acontecimiento el tribunal de la ejecución procede a remitir el proceso que ante él tramitaba, al tribunal concursal con anterioridad de la publicación edictal.

Este último tribunal tuvo por desistida la petición de concurso por deficiencias formales y devolvió el expediente a su juez original. Empero aquel desistimiento fue luego revocado por la Alzada, decretándose en consecuencia la apertura del concurso.

Ahora bien, estando la ejecución radicada ante su juez original, luego de la devolución efectuada y habiéndose apelado dicha resolución, el ejecutante solicita libranza de cheque (presumiblemente por un embargo) y es aceptada por el magistrado de la ejecución, ya que aún no se había tomado conocimiento del nuevo estado en que se encontraría el demandado, debido a que luego la sentencia de cámara revocaría el desistimiento.

Devueltos los autos ejecutivos al juez concursal, este intimó a la actora a restituir las sumas correspondientes al retiro de los cheques con fundamento en lo normado por los arts. 16 y 21 LCQ.

El tribunal concursal analiza que, lo cierto es que el cobro realizado en el proceso ejecutivo, con anterioridad a la publicación de edictos, pero con posterioridad al pedido de concursamiento, resultó ineficaz en orden a lo establecido por el artículo 16 del mismo plexo normativo.

Nótese que, a diferencia de lo que acontece con el fuero de atracción -cuyo inicio es desde la publicación edictal- el tribunal en esta instancia postula que “no existen dudas de que el régimen de administración concursal, específicamente en lo referido a los actos prohibidos contemplado por el artículo 16 LCQ, opera desde la presentación misma del deudor en concurso preventivo” (Círculo de Suboficiales del Servicio Penitenciario Federal Argentino s/Concurso Preventivo, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 2009). En otras palabras, alcanza los actos cumplidos "medio tempore" entre la presentación del artículo 11, y la resolución de apertura del artículo 14, e interesa destacar que dicha previsión rige tanto respecto del deudor como de los acreedores –como el aquí apelante- “pues de lo contrario se consagraría un modo elíptico de violar la prohibición legal” (Círculo de Suboficiales del Servicio Penitenciario Federal Argentino s/Concurso Preventivo, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 2009).

Traspolando esta propuesta al caso concreto cabe preguntarnos: el conocimiento de una presentación en concurso rechazada por el juez -aunque apelada- ¿implica conocimiento del estado de cesación de pagos? Parecería en base a lo resuelto que la respuesta afirmativa debería imponerse.

Así, algo similar sucede en el precedente **Electrotel SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente art 250, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D.**

En tal fallo la Administración Federal de Ingresos Públicos apeló el pronunciamiento de primera instancia en cuanto había considerado ineficaz cierta transferencia de fondos efectuada en el marco de un juicio ejecutivo en trámite ante el Juzgado Federal de Ejecuciones Fiscales y Tributarias n° 5.

De tal manera, el apelante esboza que no se afecta la validez de los actos procesales realizados en los juicios sujetos a atracción que sean de fecha posterior a la de presentación del deudor en concurso preventivo, e inclusive si tales actos se concretaron después del dictado de la sentencia de apertura concursal, pues lo que cuenta como hito es la fecha en que ha tenido lugar la primera publicación de edictos (arts. 27 y 28 de la LCQ).

De lo mencionado se le encontró razón pero con una gran limitación coincidente en que “ello cede en el caso de que de los actos procesales anteriores a la publicación de edictos deriven en disposiciones patrimoniales u alteraciones a la par condicio creditorum en contra de lo previsto por el art. 16 de la LCQ” (Electrotel SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente art 250, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 2020). En estas hipótesis, “los respectivos actos procesales resultan inoponibles a la masa, en los términos que prevé el art. 17 de la LCQ” (Heredia, P., 2006. Pág. 431 y sgtes).

“Es que la prohibición que prevé el art. 16 de la LCQ -que obedece a la necesidad de mantener la igualdad entre los acreedores- se vería afectada en caso que se desinteresara total o parcialmente a alguno de aquellos cuando el estado de cesación de pagos ya se encuentra reconocido por el deudor y ha sido exteriorizado mediante el pedido de apertura del proceso

concurzal” (Electrotel SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente art 250, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 2020. conf. CNCom, Sala E, “Lahusen S.A.”, 1986).

“Consecuentemente, la inalterabilidad de la situación de los acreedores preconcursales - que rige tanto respecto del deudor como del acreedor- debe juzgarse configurada a partir de la presentación en concurso y no desde la sentencia de apertura. Dicho en otros términos, el art. 16 de la LCQ, no hace otra cosa que otorgar efectos retroactivos a la sentencia del art. 14 de la LCQ, de suerte tal que los actos celebrados el mismo día de la presentación en concurso preventivo son alcanzados por aquella” (Electrotel SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente art 250, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 2020. conf. CNCom, Sala F, Gilmer S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación art. 250, 2012).

Sentadas tales premisas conceptuales, cuadra destacar que en el precedente analizado, los fondos cuya restitución solicitó la concursada fueron percibidos por la AFIP en el marco de la ejecución de un crédito preconcursal. Y la transferencia de la suma de \$ 3.698.895,25 fue concretada el día 14/5/2019, de modo que ocurrió en el lapso corrido entre la fecha de presentación del concurso preventivo (24/4/2019) y su apertura (23/5/2019).

Ese cotejo de fechas permitió concluir que resultaba aplicable la regla prevista en el art. 16 de la LCQ.

Añadiendo que: “la prohibición que impone esa norma a la concursada, de realizar actos que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación, implica necesariamente también la prohibición a estos acreedores de la realización de actos que importen idéntica consecuencia” (Electrotel SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente art 250, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 2020).

En el precedente **Gilmer S.A. s/ Incidente de apelación art. 250 CPCC, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F**, citado en la resolución del anterior fallo, sirve de base para definir perfectamente el mencionado efecto retroactivo de la sentencia de apertura del concurso preventivo, debido a que en el mismo se establece coincidentemente que:

“La prohibición de alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior, obedece a la necesidad de mantener la igualdad entre estos, que se vería afectada en el caso que se desinteresara —total o parcialmente— a alguno de ellos cuando el estado de cesación de pagos ya ha sido exteriorizado mediante la confesión que impone el pedido de apertura del proceso concursal.

Sobre este aspecto, numerosos autores han coincidido en que el momento inicial a partir del cual se configura la inalterabilidad de la situación de los acreedores preconcursales —que rige tanto respecto del deudor como del acreedor— comienza a partir de la presentación en concurso y no desde la sentencia de apertura” (Gilmer S.A. s/ Incidente de apelación art. 250 CPCC, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 2012).

En este precedente se efectivizó un embargo preventivo en el período comprendido entre la presentación del pedido de concursamiento y la apertura del concurso preventivo, constituyendo un acto violatorio de la *par conditio creditorum*.

La inalterabilidad de la situación de los acreedores preconcursales comienza a partir de la presentación en concurso, siendo aun “los actos celebrados el mismo día de la presentación en concurso preventivo alcanzados por la prohibición contenida en el art. 16 de la LCQ” (Gilmer S.A. s/ Incidente de apelación art. 250 CPCC, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 2012), razón por la cual, “si el acreedor no percibió su crédito con anterioridad al día de la presentación, no podrá hacerlo con posterioridad, sin sujeción a lo

dispuesto por los arts. 32 y ss de la normativa concursal” (Gilmer S.A. s/ Incidente de apelación art. 250 CPCC, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 2012).

En tal situación, asistió razón a Gilmer SA en su planteo debido a que, de la secuencia temporal de los acontecimientos suscitados (la orden de transferencia de los \$ 831.678,55 a la cuenta bancaria de la embargante y su efectivización ocurrieron en el lapso corrido entre la fecha de presentación del concurso preventivo (14/9/2011) y su apertura (17/10/2011)) no otorgando otra posibilidad que concluir de conformidad con la regla prevista por el art. 16, parte 1, LCQ.

Coincidiendo una vez más en que, “el art. 16, LCQ, no hace otra cosa que otorgar efectos retroactivos a la sentencia del art. 14, LCQ, de suerte tal que los actos celebrados el mismo día de la presentación en concurso preventivo son alcanzados por aquella” (Gilmer S.A. s/ Incidente de apelación art. 250 CPCC, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 2012).

Por último, y para concluir en la interpretación que cabe darles a los actos medio tempore, nos encontramos con uno de los precedentes históricos, el fallo **Feralco, S. A., s/ inc. de dec. por Banco Roca Coop., de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E**, de fecha el 28 de noviembre 1986, el que establece el límite temporal que los restantes precedentes recogen, concluyendo que los actos celebrados el mismo día de la presentación en concurso preventivo, también son alcanzados por la prohibición establecida en el art. 16 de la ley de concursos.

Tal precedente dejó establecido que: “Quien en el mismo día de la presentación en concurso era todavía acreedor de la concursada, no podrá ya ser desinteresado, ni aun en ese día, porque el pago que se le efectuará resultará ser de los actos prohibidos por el art. 17 de la ley

19.551” (Feralco, S. A., s/ inc. de dec. por Banco Roca Coop., de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 1986).

La prohibición que el art. 17 de la ley 19.551 (actual art. 16 LCQ) impone al deudor el impedimento de dar satisfacción total o parcial del crédito de cualquier acreedor cuya causa o título sea anterior a la presentación, y es impuesta aun cuando la concursada no se encuentre desapoderada de su patrimonio. Esto según se esboza, obedece a la necesidad de mantener la igualdad entre los acreedores frente al hecho reconocido y declarado de hallarse el deudor en estado de cesación de pagos, pues dicho estado de impotencia patrimonial se halla ya configurado en el momento en que el deudor efectúa su presentación solicitando la apertura de su concurso, por lo que los actos que celebra el mismo día en que se exterioriza ese estado han sido finiquitados cuando existía el estado de cesación de pagos.

CONCLUSION

En base a la investigación realizada, y conforme el objetivo específico formulado como fin del presente trabajo de investigación, se logra llegar a la conclusión de que la ley Concursal tiene un vacío respecto de la falta de contemplación de una solución específica para el tratamiento de los actos medio tempore.

Así frente a esta laguna, se elaboraron con el correr del tiempo, dos alternativas posibles para abordar la problemática que generan estos tipos de actos ocurridos entre la presentación del concursado y la sentencia de apertura del proceso concursal. Según el criterio que se adopte, los efectos del desapoderamiento atenuado comenzarán a partir de la sentencia de apertura con efecto retroactivo a la presentación de la demanda, por lo que su violación tendrá como consecuencia la inoponibilidad del artículo 17. O bien, si se toma otra postura los efectos recién comenzarán a regir desde la sentencia de apertura hacia el futuro.

En este punto debemos tener en cuenta que con la demanda que inicia el proceso de concurso preventivo el deudor está confesando su estado vigente y actual de cesación de pagos, por lo cual sería injusto permitirle licuar su patrimonio en perjuicio de los acreedores a los que les va a pedir un esfuerzo al momento de requerirles plazo y quitas para lograr la reestructuración del pasivo.

Debemos partir aquí, en que al parecer si la ley antes de la apertura, no pone límites al deudor en el manejo de sus negocios, todo acto lícito sería válido, incluso donaciones, pagos anticipados, constitución de gravámenes, etc. pero también parece razonable que desde el mismo momento en que el deudor ocurre a sus acreedores para que lo ayuden a salir de sus problemas, sobre la base de un confesado estado de insolvencia, el interesado se someta a un orden de rigurosa seriedad en sus actividades.

Por lo expuesto, considero que los actos realizados por el deudor entre la fecha de la presentación en concurso y la sentencia de apertura que obren en detrimento de la garantía común deben considerarse alcanzados por la normativa de los artículos 16 y 17 LCQ e ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores, puesto que han sido realizados en un conocimiento del estado de cesación de pagos, menguando de esta manera la garantía de los acreedores (artículos 1º y 10, LCQ).

Fundados precedentes de caracterizados tribunales nacionales han resuelto en variadas situaciones que la prohibición del artículo 16 de la ley 24.522 (y modificatorias) rige desde la presentación en concurso preventivo y que se aplica a todo crédito de causa anterior al concursamiento, otorgándole prioridad al interés general que representa el conjunto de los acreedores por sobre la tutela que puede dispensarse al interés individual de uno de ellos o simplemente del deudor.

A su turno, Julio César Rivera expone que "La ley habla de efectos de la apertura, pero lo cierto es que algunos, si bien dependen de la apertura, se producen desde la fecha de la presentación. Así sucede con la prohibición de alterar la situación de los acreedores de causa anterior (art. 16 LCQ), la suspensión de accesorios (art. 19 LCQ) y la prohibición de realizar actos que exceden de la administración ordinaria", a la que podemos sumar el art. 21 que refiere que la apertura del concurso produce, "a partir de la publicación de edictos", la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación.

Es decir que si bien el título de la Sección indica que los efectos se producen desde la "apertura", en relación a determinados efectos, la norma que los regula prevé otro comienzo.

Con esto se quiere explicar que, si las bases en las que se sostiene la postura que reza que los efectos del desapoderamiento atenuado rigen desde la sentencia de apertura hacia el futuro, es que el título de la Sección en donde se encuentra regulado se denomina “*efectos de la apertura*”, entonces este mismo título ya perdió razón de ser desde que el legislador estableció como punto de partida de los mencionados supuestos, un momento temporal diferente al que refiere el propio título que los regula.

Por este motivo, cabe concluir que el título de la sección es una guía, pero no necesariamente establece de manera acabada la forma de interpretación de los artículos que ahí se encuentran establecidos y los postulados anteriormente mencionados, son un claro ejemplo de ello.

Si bien es cierto, que los arts. 15 y 16, LCQ, le otorgan al deudor el status de concursado luego de la apertura, el art. 16 expresamente dispone que no puede alterarse la situación de los acreedores —anteriores a la presentación--, y no puede negarse que admitir que el concursado pueda realizar cualquier tipo de acto *medio tempore*, afectarían de manera indiscutible esta situación anterior en la que se encontraban esos acreedores.

Debemos atender aquí que, el principio de la “*pars conditio creditorum*” significa que la ley concursal debe proteger la integridad del patrimonio y la igualdad de los acreedores dentro del concurso y ambos principios deben ser protegidos por la ley desde que el deudor manifiesta formalmente su voluntad de someterse al régimen del concurso preventivo.

El patrimonio de este es la prenda común de los acreedores y el régimen concursal de orden público tiende a preservar la “*pars conditio creditorum*”.

Los actos realizados por un deudor desde la fecha de presentación en el concurso y la sentencia de apertura que obren en detrimento de la garantía común de los acreedores deben ser

alcanzados por la ley concursal actual, mucho más aún a sabiendas que existe una presentación en la que el propio concursado acude pidiendo su propio concurso constituyendo este acto un reconocimiento expreso de su estado de serias dificultades económicas, presupuesto y razón de ser de la apertura del concurso preventivo.

Los actos de disposición del deudor gozando de plena capacidad que lesione la situación patrimonial otorgando una ventaja indebida a un acreedor privilegiando su situación, al mejorarla en detrimento de los demás acreedores de fecha anterior a la presentación, debe ser reparado por el juez caso por caso.

Por lo que, conforme las conclusiones a las que se llega en el presente trabajo de investigación, es necesario introducir una modificación a la ley actual concursal a fin de que el juez en esta etapa intermedia, (entre la presentación del deudor que pide su propio concurso y la sentencia de apertura del mismo) adopte los recaudos necesarios para proteger la integridad del patrimonio del deudor cesante y la paridad de trato a los acreedores, a fin de que su situación patrimonial no se vea alterada.

Tal modificación podría constar en otorgar amplias facultades al juez para que, al momento de recibir la presentación del deudor, este tenga las facultades expresas para proveer las medidas de seguridad que estime convenientes sobre los bienes del presunto concursado, tales como un embargo preventivo de todos o parte de los bienes, adelantar la inhibición general del deudor para disponer y gravar bienes registrables, debiendo ser las medidas anotadas en los registros pertinentes, entre otras alternativas que estime corresponder.

REFERENCIAS

BIBLIOGRAFIA:

ACOSTA, Emanuel Diego, (2021), “Seminario Sobre Aportaciones Teóricas Recientes: El desapoderamiento en el régimen concursal”. Universidad Nacional de La Pampa; link: <https://repo.unlpam.edu.ar/bitstream/handle/unlpam/7717/etgacoeld021.pdf?isAllowed=y&sequence=1>

ALEGRIA, Héctor, (2007), "Diálogo de Economía y Derecho. Convergencias culturales y sociales en la insolvencia". Editorial: Thomson Reuters Información Legal.

ALVAREZ PEREZ Noelia; MACAGNO Arabela Luz; (2018) “Seminario Sobre Aportaciones Teóricas Recientes: Ineficacia Concursal”. Universidad Nacional de La Pampa; link: <https://repo.unlpam.edu.ar/handle/unlpam/1174?locale-attribute=en>.

CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A. (2010). “Comienzo del desapoderamiento atenuado del concursado”. Editorial: Thomson Reuters Información Legal: LA LEY.

CREMASCHI, Carlos Daniel (2015) “Protección cautelar del activo concursal”. InfoJus: Sistema Argentino de Información Jurídica.

GERBAUDO, Germán E. (2020), “Pensar el derecho concursal frente a la pandemia por COVID-19”. AR/DOC/1731/2020; link: <https://cdi.mecon.gob.ar/bases/jurid/19402.pdf>. Editorial: Thomson Reuters Información Legal.

GRAZIABILE, Darío J. (2005) “Efectos patrimoniales del concurso preventivo. El llamado "desapoderamiento atenuado". Editorial: Thomson Reuters Información Legal: LA LEY AR/DOC/2107/2005.

HEREDIA, Pablo D. (2006) “Tratado exegético de Derecho Concursal” Tomo I. Editorial Ábaco, Buenos Aires.

MACAGNO Germán Ariel A. y MISINO Alberto F. G. (2012), “Efectos de la Apertura del Concurso Preventivo”, Universidad Nacional de Córdoba. Congreso Tucumán 2012; link: <https://www.eco.unc.edu.ar..congreso%20Tucuman%202012.doc>

MAFFÍA Osvaldo J. (1985) -Derecho Concursal. Tomo I- Editorial Depalma, Bs. As.

MONTOYA Melgar A., (2001) “La buena fe en el derecho del trabajo”. Editorial Tecnos, Madrid.

NEDEL. Oscar (2013) “Administración por el concursado”, Ley de Concursos y Quiebras Comentada. 3º edición actualizada y ampliada. Título II Concurso Preventivo. Editorial: LA LEY.

RASPALL, Miguel Ángel, (2014) “Las Crisis Empresariales y los Acuerdos Privados Preconcursoales” Estudios de Derecho Empresario; link: <file:///C:/Users/Acer/Downloads/cocco,+Journal+manager,+La+crisis+empresarial+raspall.pdf>.

ROUILLÓN Adolfo A. N. (2001), “Efectos del concurso Preventivo contra el concursado”- Interpretación del artículo 21 de la ley 24.522- en Derechos Patrimoniales Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard, T II, Ad Hoc.

TSCHERWINSKI, Wladimir D. (2017), “Los Actos Medio Tempore”, Revista Argentina de Derecho Concursal- Número 16; link: <https://ar.lejister.com/index.php?expire=1>

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., (2015), “La función preventiva de la responsabilidad civil”. Editorial: Thomson Reuters Información Legal, revista LA LEY; link: <https://www->

2020.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/pdfley/Vazquez_Ferreyra_La_funcion_preventiva_de_la_responsabilidad_civil.pdf.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, (2011) “La prevención como función de la responsabilidad por daños”; Editorial: Thomson Reuters Información Legal: LA LEY

ZALVALA DE GONZÁLEZ Matilde (1999) “Resarcimiento de Daños”. Tomo 4- Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

JURISPRUDENCIA

Cámara Nacional Comercial. Sala A (10/09/2003) Fallo: Jugos del Sur S.A. V Banco de la Nación Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de reintegro de fondos.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B (26/04/2005) Fallo: Guevara Lynch, Matías R. s/quiebra. Con nota de Darío J. Graziabile y Disidencia de la Dra.Piaggi. JA 2005-III, 89. TR LALEY AR/JUR/1257/2005.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C. (14/10/2009) Fallo: Círculo de Suboficiales del Servicio Penitenciario Federal Argentino s/conc. prev. LA LEY con nota de Claudio Alfredo Casadío Martínez.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. conf. CNCom, Sala E, (15/12/1986) Fallo: Electrotel SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente art 250. TR AR/JUR/10044/2019.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E (28/11/1986) Fallo: Feralco, S. A., s/ inc. de dec. por Banco Roca Coop. Ltda. TR LALEY AR/JUR/1682/1986.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F (03/05/2012) Fallo: Gilmer S.A. s/ Incidente de apelación art. 250 CPCC. TR LALEY AP/JUR/1761/2012.

NORMATIVA

Ley 24.522: Ley de Concursos y Quiebras y modificatorias (01/06/2011). Boletín Oficial.
(<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/50583/20110630?busqueda=1>).

Ley N° 19.550: Ley de Sociedades Comerciales (03/04/1972). Boletín Oficial.
(<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-19550-25553/actualizacion>).