

CRÍTICA AL REGIMEN DE AUTORIZACIÓN PARA LA DEDUCCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE REPRESENTANTES Y TERCEROS POR PARTE DE LA SINDICATURA

JUAN MARCELO VILLOLDO

SUMARIO

La presente ponencia suma a la doctrina una opinión más acerca del régimen de autorización como “recaudo de admisibilidad” que los acreedores, por mayoría simple de capital quirografario verificado y declarado admisible, deben prestar a los fines de habilitar al Síndico para incoar la acción de responsabilidad contemplada por el art. 173.-

Al respecto y desde la óptica del régimen actual, a través de la presente ponencia efectúo una crítica a la casi imposibilidad de promover las acciones de responsabilidad de representantes y terceros por parte de la Sindicatura, ello en virtud de lo que la doctrina denomina “desinterés de los acreedores”, en forma equivocada a mi criterio, al cual yo me referiré como un desaliento de dichos actores, impidiendo en tal sentido hacer uso de una de las herramientas que otorga la ley de concursos y quiebras para recomponer el patrimonio fallido.-

En tal sentido, la cuasi-imposibilidad de deducir las acciones de responsabilidad concursal por parte de la Sindicatura como consecuencia de la incorporación de la autorización de los acreedores, ter-

mina creando una forma de convalidar el fraude cometido por el deudor, siendo que dicho requisito ha sido incorporado para tender a una "mayor estabilidad de los actos del deudor".-

Por todo lo expuesto considero necesario que, en una próxima reforma a la ley falencial, se elimine el requisito de autorización previa para la deducción de las acciones de responsabilidad de representantes y de terceros, retornando al régimen de la ley 19.551, dejando reservado al juez la posibilidad de sancionar a aquellos síndicos que promuevan acciones en forma irresponsable, conforme lo establece el art. 255, y no imponerle al síndico la carga de obtener la autorización previa de los acreedores a efectos de incoar las mencionadas acciones, ya que transforma a las mismas en ilusorias, todo ello en última instancia en perjuicio de los propios acreedores.-

1. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia suma a la doctrina una opinión más acerca del régimen de autorización como "recaudo de admisibilidad" que los acreedores, por mayoría simple de capital quirografario verificado y declarado admisible, deben prestar a los fines de habilitar al Síndico para incoar la acción de responsabilidad contemplada por el art. 173, lo cual y conforme opinión de Ocampo y Macagno¹ "... en la práctica se convierte casi en su veredicto implacable".-

En lo que respecta a las acciones de recomposición patrimonial, la ley 24.522 introdujo múltiples reformas en el régimen de responsabilidad de representantes y terceros dirigidas a tornarlo impracticable. A partir de allí, introduce reformas, entre las cuales se encuentra la autorización previa que contiene el tercer párrafo del art. 119 exigiendo al síndico obtener "... la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible", condicionando de esta manera la promoción de dichas acciones a una conformidad de los acreedores.-

Al respecto, comparto plenamente la opinión de los Dres. Salvador D. Bergel y Martín E. Paolantonio,² quienes sostienen que el requisito de previa autorización, importa en los hechos una herida de muerte para la acción de ineficacia concursal, trasladando dicha opinión a la acción de responsabilidad de representantes y terceros.-

¹ Ocampo, P. Alejandra y Macagno, Ariel A. Germán. *Acción de ineficacia concursal en el régimen de la ley 24.522: ¿en favor de quien? Ponencia presentada en el II Congreso Iberoamericano de la insolvencia. IV Congreso Nacional de Derecho Concursal - Córdoba - 2000 - Tomo II, p 455/468.*

² Bergel Salvador D. y Paolantonio Martín E. *La ineficacia concursal en la ley 24.522*, pag. 122. *Revista de Derecho Privado y Comunitario T.11 Concursos y Quiebras - II Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 1996.*

2. REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 24.522

El requisito de autorización previa al que venimos haciendo referencia ya existía en el art. 153 de la ley 11.719, siendo excluido luego por la ley 19.551 en virtud de haber sido considerado una verdadera “traba” para la operatividad del instituto, tal cual fuera definido por la doctrina, entre ellos Cámara.

En oportunidad del dictado de la ley 19.551, la eliminación del citado requisito, conforme el parágrafo.59 de la Exposición de Motivos de la ley, se debió a que *“la necesidad de convocar a los acreedores -generalmente desinteresados en esta clase de asuntos- para que previamente faculden la deducción de las acciones, traba de una manera casi total la posibilidad de cumplir con el objetivo de la acción revocatoria”*.-

Contrario a lo expuesto, con el dictado de la ley 24.522 se reprochaba un uso exagerado del instituto, motivo por el cual se vuelve a incorporar el requisito de autorización previa que ya mencionáramos, surgiendo del Mensaje de Elevación de la actual ley que se buscó el *“otorgamiento de una mayor estabilidad de los actos del deudor”* (puntos I,9 y II,10).-

Con lo expuesto queda demostrado como a lo largo de la historia de nuestra legislación concursal se ha cambiado de postura con relación al requisito objeto de análisis de la presente ponencia; con la ley anterior se eliminó por ser considerado una “traba” para que operara el instituto y con la ley actual se lo volvió a incorporar para garantizar una mayor estabilidad de los actos del deudor, ello sobre la base de la iniciativa del Ministerio de Economía, sugiriendo éste su incorporación al Senado, atento que dicha autorización no figuraba originalmente en el proyecto de los doctores Rivera y Vítolo.³

3. OPINIÓN DE LA DOCTRINA

Tal como explícitamente lo señalan Rivera, Roitman y Vítolo ⁴ el motivo de los cambios introducidos en las disposiciones que anteriormente regían el ejercicio de las acciones a las que venimos haciendo mención reconoce como fundamento el de *“...la conveniencia de que sean los acreedores -que pueden ver frustradas sus pretensiones de cobro- quienes autoricen el ejercicio de la acción. Sucede con fre-*

³ Al respecto resulta interesante la opinión del Senador Cendoya vertida en el debate parlamentario de la ley 24.522. Antecedentes Parlamentarios Ley 24.522. Ed. La Ley, p. 224/5.

⁴ Julio César Rivera, Horacio Roitman y Daniel Roque Vítolo, “Concursos y quiebras Ley 24522”, págs. 187/88.

cuencia que las acciones intentadas por el síndico, si su resultado es adverso, ocasionan la imposición de costas al concurso, ya que el beneficiario goza de preferencia por ser "acreedor del concurso". De esta forma, los propios acreedores serán quienes decidirán si debe el concurso correr el riesgo de un resultado adverso en la acción...", ello en cuanto a la declaración de ineficacia se refiere.-

Respecto de la acción prevista por el art. 174 de la Ley 24522, los mismos autores⁵ señalan que "...La ley remite a la revocatoria concursal (*supra*, art. 119, tercer párrafo). La razón de haber incluido la conformidad previa de acreedores en este instituto y en la revocatoria concursal, lo es por la eventual incidencia de las costas ante acciones riesgosas o de difícil prueba que deban intentar los síndicos, y que en caso de imposición al concurso gozan de la preferencia del artículo 240 de la Ley de Concursos. Ante la detracción que la imposición de costas significa para el activo liquidado, es correcto que sean los acreedores los que deben otorgar la conformidad previa sobre el riesgo que ello implica para su participación en la cuota de liquidación. Era un reclamo de la doctrina, ante la indiscriminada promoción de acciones por los síndicos hacia terceros, en la esperanza de acrecentar los activos...".-

Tomando el citado reclamo que efectuaba la doctrina y para evitar lo que se denominó la "indiscriminada promoción de acciones por los síndicos hacia terceros, en la esperanza de acrecentar los activos" se substituyó el régimen de la ley 19.551 por el actual ordenamiento, estableciéndose en los hechos un régimen que implicó terminar con tal "indiscriminada promoción de acciones" y, al mismo tiempo, con las acciones mismas, ya que al sujetarlas a la previa obtención de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible, se consiguió -en la práctica- que tales acciones no puedan concretamente promoverse.-

La afirmación que en la práctica no puedan promoverse las acciones de responsabilidad, se basa en lo que normal y habitualmente (por no decir siempre) ocurre, y es que, habiendo ya perdido los acreedores quirografarios la esperanza del cobro de sus créditos, atento el esquema de privilegios que entra a regir cuando se decreta la quiebra de una persona (por supuesto, frente a la insuficiencia patrimonial), resulta poco menos que obvio que carecen de interés en prestar conformidades para la promoción de una demanda que no será promovida por ellos, tratándose de una acción de indefinida duración y que, agravando los males, ignoran cómo concluirá aunque saben que

⁵ Ob. Cit., págs. 286/287.

en caso de ser desestimada pueden tener que soportar el pago de por lo menos parte de las costas.-

En las condiciones recién mencionadas podemos preguntarnos: ¿resulta extraño que, en la práctica, no se obtenga la conformidad de la mayoría de tal capital quirografario?.

Estas acciones tienen como objetivo recomponer e integrar debidamente el activo falencial. Lo grave del régimen actual es que el mal llamado “desinterés de los acreedores”, lo que no es más que el desaliento al que se conduce a los interesados, no puede ser suplido por la unilateral y solitaria actividad del síndico, por lo que ya mencionáramos (podría estar propenso a la “indiscriminada promoción” de tales acciones). En consecuencia y compartiendo la opinión de Schatzky ⁶ “... no es menos cierto que, en los hechos, tal falta de conformidad y, por ende, de articulación de esas acciones, inevitablemente conduce a premiar al deudor de mala fe, que consiguió distraer su patrimonio a través de actos que con el régimen concursal anterior resultaba en ocasiones hasta relativamente sencillo corregir, en tanto habrá consumado sin sanciones su proceder ilícito, con el estatuido por la Ley 24522”.-

Al respecto Teplitzchi ⁷ hace referencia al desinterés de los acreedores comentando que el mismo es “...no solamente respecto el cobro de sus propios créditos ahora también novados, más aún para reunirse en mayoría simple”, preguntándose a continuación “¿Quién o quiénes se ocuparán de reunirlos? Algún acreedor del comité que ordena formar la 24.522. ¿Es que los bancos o el acreedor comercial mayoritario, se ocupará de este menester? ¿O el propio síndico deberá ocuparse de reunir la asamblea de acreedores, luego de haber trabajado arduamente para recomponer el activo falimentario, y haber detectado el acto ineficaz?”.-

No comparto el término “desinterés de los acreedores” atento que no hay nadie más interesado que ellos en recomponer la masa activa, ya que la misma será liquidada para poder pagar los créditos de los que ellos son titulares, por lo cual estarán interesados en intentar recuperar los bienes que hayan salido indebidamente del patrimonio del fallido como así también que los representantes de la fallida y terceros indemnicen el daño ocasionado, todo ello teniendo en cuenta que los acreedores quirografarios serán los últimos en cobrar, si es que

⁶ Schatzky, Carlos Alberto. “Ineficacia, revocatoria concursal y acciones de responsabilidad contra terceros.- algunas consideraciones sobre su dudosa vigencia practica en la actualidad”. II Congreso Iberoamericano De La Insolvencia. IV Congreso Nacional De Derecho Concursal - Córdoba - 2000. T. II, p. 501/510.

⁷ Teplitzchi, Eduardo. “La Legitimación Activa en la Accion Revocatoria Concursal. LL-1996-B, p. 948.

los fondos no se agotan antes entre los acreedores de mayor rango. Es por ello que no puede hablarse de desinterés, pero sí de desaliento, atento sentirse defraudados por el deudor, sumado ello al magro dividendo concursal que cobrarán y la espera en el cobro, a lo cual se le puede adicionar la novación de sus créditos, en caso de encontrarnos frente a una quiebra indirecta por incumplimiento del acuerdo preventivo (muy común en estos días), todo lo cual fundamenta el desaliento de dichos actores. Además, mucho después de decretada la quiebra los acreedores están en otras cosas, buscan olvidar el mal que les ocasionó el deudor, lo cual sumado al costo en tiempo y a veces en dinero que implica la búsqueda de algún resultado en las acciones que se intentan, explican la “retirada de los acreedores” a la que hace referencia la doctrina.-

Destacada doctrina llega a determinar “... *que dichos requisitos entorpecen rotundamente el proceso, dañando el principio de celeridad y facilitación de la reconstrucción patrimonial...*”.-

Con relación a la celeridad con que debería deducirse la acción de responsabilidad de los representantes, ello en beneficio de los propios acreedores, cabe mencionar la opinión de Gebhardt⁸ quien advierte que “...*no obstante el loable criterio de la ley, que parece propender a darle mayor seriedad a los intentos de revocación, puede constituir en la práctica un obstáculo grave, incluso reñido con los principios de celeridad y facilitación de la reconstrucción patrimonial...*”, puntualizando además que “...*la interpretación de estos recaudos legales no debe implicar su agravamiento sino, por el contrario, corresponderá que se los aprecie de manera armónica con los intereses dañados por los acreedores*”. En idéntica postura se encuentran Grillo,⁹ Teplitzchi¹⁰ y Lorente.¹¹

4. JURISPRUDENCIA

Consultando la primera edición del Tomo II del “Digesto Práctico Concursos” editado por “La Ley”, dirigido por el Dr. Adolfo A. N. Rouillon, entre los precedentes jurisprudenciales que aparecen mencionados entre los números 8908 y 8923 del citado tomo (págs. 361 a 363), todos ellos fueron dictados por diversos Tribunales del país antes de la sanción de la Ley 24522.-

⁸ Fassi-Gebhardt, “Concursos y quiebras, comentario exegético de la ley 24.522”. Ed. Astrea, Bs.As. 1996, p. 295.

⁹ Grillo, Horacio. “Algunas reflexiones acerca de la nueva ley de quiebras y el sistema de inoponibilidad concursal”, ED del 27/11/95, p. 2.

¹⁰ Ob.cit.

¹¹ Lorente, Javier. “Nueva ley de concursos y quiebras”. P. 245.

Ello nos lleva a concluir que, habiendo sido editado el citado Digesto en el mes de Octubre de 1999, es decir, luego de más de cuatro años de vigencia de la Ley 24522, entre las citas no se haya mencionado por lo menos un fallo jurisprudencial dictado en alguna acción de ineficacia, revocatoria concursal o acción de responsabilidad promovida por el síndico de una quiebra de conformidad con el régimen aplicable, esto es la deducción de cualquiera de tales acciones en las que previamente a su iniciación haya obtenido el funcionario la autorización de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible para incoarla.-

5. PROYECTO DE REFORMA

La solución que propone el Anteproyecto de Reformas de la ley 24.522 – Comisión Res. M.J. 89/97 - Ministerio de Justicia de la Nación, es modificar el art. 119 quedando redactado de la siguiente manera: *“Art. 119. Actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos. Los demás actos realizados durante el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, cuando se pruebe el perjuicio y que el tercero tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. Esta declaración debe reclamarse por acción que se deduce ante el juez de la quiebra y tramita por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de parte se opte por hacerlo por incidente. Acción por el síndico. La acción es ejercida por el síndico y no está sometida a tributo previo, sin perjuicio de su pago por quien resulte vencido. En su caso, el crédito por la tasa de justicia tendrá la preferencia del artículo 240. La acción es susceptible de perención. Para promoverla, el síndico debe obtener la conformidad previa y expresa de los acreedores que, por lo menos, sean titulares del TREINTA POR CIENTO del pasivo quirografario verificado o declarado admisible. El síndico no puede promover la acción si se oponen expresamente acreedores quirografarios verificados o declarados admisibles que sean titulares de una proporción mayor a la que se expidió afirmativamente. En ningún caso se computa a los acreedores excluidos según el art. 45, ni a quienes tengan interés en el mantenimiento del acto. La opinión de los acreedores, sea positiva o negativa, no les genera responsabilidad”*.

Del citado proyecto de reforma, en lo que respecta a la modificación del art. 119, cabe concluir que la misma no es totalmente satisfactoria, debiendo eliminar en forma definitiva el requisito previo de autorización de los acreedores quirografarios verificados y declarados

admisibles y no reducir el porcentaje de conformidad, conforme propone el mismo.-

6. RESPUESTA A LA DOCTRINA QUE CRITICA A LA “INDISCRIMINADA PROMOCION DE ACCIONES POR PARTE DE LA SINDICATURA”

Dicen los anteproyectistas de la actual ley que *“los autores hemos recibido numerosas opiniones favorables a la solución cuya incorporación se propicia, con fundamento en experiencias que demuestran que muchas veces estas acciones se ejercen con cierta ligereza, comprometiendo el activo de la quiebra con posibles condenaciones en costas”*.¹²

En respuesta a la “indiscriminada promoción de acciones” y a la “cierta ligereza” con que se promueven las mismas, cabe destacar que ningún autor hace referencia a la totalidad de los casos, es decir, no hablan de unanimidad, sino de “muchas veces” lo cual no implica el 100% de los casos. Con este análisis a lo que pretendo arribar es a resaltar, no los casos en que se iniciaron dichas acciones de manera irresponsable y ello concluyó en una condena en costas a la masa fallencial a través del privilegio que otrora otorgara la ley 19.551 explícitamente (art. 264 – inc. 4) y que hoy se encuentra comprendido en el art. 240 (gastos de conservación y justicia), sino en aquellos casos en los cuales las acciones fueron ejercidas con total responsabilidad y éxito, lo cual permitió la recuperación de activos importantes para los acreedores.-

Es por ello que si efectuamos una comparación entre el régimen anterior y el actual, mediante el primero, aquellas acciones que eran ejercidas responsablemente redundaban en un beneficio para los acreedores a pesar de la existencia de las acciones a las que hace referencia la doctrina; en cambio el régimen actual ha dificultado la promoción de acciones al extremo de la casi inexistencia de las mismas. En tal sentido considero importante destacar la opinión crítica de Maffia⁽¹³⁾ en contra de la desproporción existente entre el medio elegido y el fin supuestamente perseguido, atento que *“no habrá entonces condenaciones en costas que lamentar, pero tampoco, claro, recuperación de activos”*.-

Para prevenir dichas acciones no debemos olvidar la responsa-

¹² RIVERA, Julio César y VITOLO, Daniel Roque. “Comentario al proyecto de ley de concursos y quiebras”. Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 75.

¹³ MAFFIA. Aspectos de la nueva ley de concursos(I): Responso para la ineficacia concursal”. LL, 1996-B, p. 862.

bilidad administrativa que le cabe al síndico, emanada de la propia ley concursal, la cual según la gravedad de su accionar implicará la remoción como máxima sanción conforme lo establece el art. 255.-

Para concluir esta crítica considero plenamente válida la opinión vertida por Ribichini en su obra ¹⁴ quien manifiesta que “...no huelga decir que para sancionar -y por vía de ejemplaridad prevenir esas señaladas aventuras judiciales, estaba el régimen disciplinario previsto en la propia ley concursal, la responsabilidad civil del derecho común, y hasta -llegado el caso- la aplicación de las costas irrogadas al propio profesional interviniente”. Respecto de la última sanción que menciona Ribichini no comparto su postura en cuanto a la condena en costas a la sindicatura, lo cual ya fuera expresado oportunamente en un trabajo efectuado en coautoría con la Dra. Martín ¹⁵ al que remito su lectura por no ser el tema objeto de la presente ponencia.-

7. CONCLUSIÓN

Previo a emitir mi conclusión sobre el tema tratado en la presente ponencia, considero importante destacar la opinión del Dr. Richard ¹⁶ quien ha expresado que “De nada servirán las provisiones para asegurar el saneamiento de la empresa si ésta no es defendida de sus propios administradores, fijando normas de responsabilidad e inhabilitación que tengan por finalidad disuadir de conductas cuestionadas por la legislación, imponiendo actitudes preventivas de la cesación de pagos, o - caso contrario - imponer la reconstrucción del patrimonio de la concursada indemnizando el daño causado”.

A lo mencionado por el prestigioso jurista, me permito adicionar la necesidad de eliminar del régimen vigente en lo relativo a las acciones de responsabilidad de representantes, toda exigencia formal o sustancial que impida o dificulte el acceso al sistema de responsabilidad regulado por la ley concursal, ello para poder lograr la recomposición patrimonial “indemnizando el daño causado”.-

Considero que lo más conveniente sería retornar al régimen que sobre las acciones de responsabilidad establecía la Ley 19.551, a pesar de la opinión contraria de la doctrina en cuanto a la indiscriminada

¹⁴ RIBICHINI, Guillermo E. “Inoponibilidad concursal por conocimiento del estado de cesación de pagos”. Ed. La Ley, 1999, p. 62.

¹⁵ MARTIN, Lidia Roxana y VILLOLDO, Juan Marcelo “Costas en las acciones de recomposición patrimonial deducidas por la sindicatura”. II CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA. IV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL - Córdoba - 2000 - Tomo II, p 593/601.

¹⁶ RICHARD, Efraín Hugo, carta del 9-5-95

promoción de acciones por parte de la sindicatura, atento que será siempre mucho más sencillo corregir la "indiscriminada promoción" de estas acciones que imposibilitar su ejercicio. En tal sentido cabe recordar que el juez dispone de todos los remedios para sancionar la promoción de acciones "indiscriminadas" por síndicos en procesos falenciales, lo que termina por transformar en incomprensible el motivo que se tuvo en cuenta para la reforma legal.-

En tal sentido cabe destacar que se estimó que constituía "mal desempeño de las funciones" (con sanción de remoción en todos los procesos concursales en que intervenga e inhabilitación para ejercer la sindicatura durante un cierto plazo) el interponer demandas temerarias.¹⁷

¹⁷ Rubín, Miguel E. "Calificación de conducta. Situación del síndico concursal y de los terceros". P.42.