

## **INOPONIBILIDAD FRENTE A LOS ACREEDORES DE LA QUIEBRA DE LOS ACTOS NEGATIVOS U OMISIONES QUE CONFIGUREN LA PRESCRIPCION, CONFORME INTERPRETACION DERIVADA DE LOS ARTS. 278 L.S. Y 118 L.C.Q.**

*Ricardo Ludovico Gulminelli*

### **Resumen**

El principio contenido en el art. 278 L.S. que declara que la extinción de la responsabilidad de los directores es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal, importa reconocer que, en caso de quiebra, el plazo prescriptivo que hubiera transcurrido durante el periodo de sospecha se debe considerar ineficaz de pleno derecho por ser equiparable a un acto a título gratuito, si bien de carácter omisivo o negativo y un “quitus” indirecto. Una consecuencia similar se puede considerar derivada, para todos los supuestos, de la normativa del art. 118 L.C.Q.. Aplicando esta postulación relativa a la prescripción, sostengo que el acto negativo que implicaría el no accionar como se debiera, para evitar la pérdida de una acción beneficiosa para los acreedores, constituiría una liberalidad que de ser admitida, generaría el mismo resultado, o similar al menos, que el de remisión de la deuda sin contraprestación alguna de la fallida. Esto, no se debe admitir porque vulnera los principios vertebrales del derecho societario, del derecho concursal y del orden positivo todo.

### **Responsabilidad. Interés y bien jurídico a tutelar**

#### *Ponencia*

No he resistido la tentación de aprovechar este Congreso y la presencia de eminentes juristas, para tratar el espinoso tema que contiene esta ponencia. Cualquiera sea el resultado del análisis, me

sentiré complacido porque seguramente, se aportará mucho para buscar soluciones, aunque fueran distintas, a los problemas planteados.

El artículo 142 de la ley de quiebras *-para mí el más importante de dicha normativa-*, establece la legitimación de los síndicos para el ejercicio de los derechos emergentes de las relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el deudor antes de su quiebra. La ley prevé, por tanto, una continuidad en el ejercicio de las acciones correspondientes a derechos nacidos *antes* de la declaración falencial que se deberían ejercer *después* de la misma. Coherentemente con este esquema, en principio, se debería afirmar, que la quiebra del acreedor no interrumpe ni suspende el plazo prescriptivo que hubiera comenzado a correr a favor del deudor con anterioridad a la falencia. Más simplemente, la prescripción continúa operándose luego de que la quiebra se declara. Me pregunto, *¿esto es realmente así?* He llegado a pensar que no del todo y en las líneas que siguen, trataré de fundamentar esta aseveración, refiriéndome sustancialmente a la materia que me ocupa tratar.

Si la sociedad cuando estaba *in bonis hubiera estado en condiciones* de promover una acción determinada, pareciera que la conclusión sería terminante: ***la prescripción habría comenzado a correr***. Pero si lleváramos al extremo los efectos de esta conclusión, deberíamos aceptar sin cortapisas que los directivos de una sociedad que **no** hubiera accionado oportunamente, estarían facultados para privarla de todos sus derechos, simplemente por omitir reclamarlos. Si se acepta esta forma de razonamiento, se debería considerar factible que aún cuando fuera evidente el despropósito de la pasividad de los directivos de la sociedad acreedora, aún cuando la relevancia de las acciones que se dejaran de ejercer fuera enorme, es más, aunque se supusiera una intencionalidad en la omisión de los administradores sociales, igualmente nada se podría hacer para mantener la vigencia de las acciones. *¿Esto es aceptable frente a la quiebra, jurídicamente hablando?* Humildemente, debo decir que considero que no. Me resisto a tal consecuencia que implicaría inexorablemente, al menos en algunos casos, la pérdida de la posibilidad de demandar al tercero responsable.- Esto significaría, lisa y llanamente que omisiones semejantes a las descriptas, producirían un efecto catastrófico en la economía de la sociedad. Mientras el interés en juego fuera meramente el de las partes, se podría llegar a aceptar que esto sucediera pero cuando entrara en juego el interés de los demás acreedores que en

definitiva es lo que *medularmente implica una quiebra*, todo debería ser distinto. Esto es lo que propongo se acepte: *que la quiebra de la sociedad acreedora, genera indefectiblemente algunos efectos propios de tal institución (la de la quiebra) que tienen incidencia directa y sustancial en la prescripción de las acciones.*

Siempre he dicho que cuando el hombre común, leyendo una sentencia llena de fundamentos jurídicos y de frases jurisprudenciales comunes, se resiste a creer que sea cierta la condena por considerarla irrisoria, generalmente, *por no decir siempre*, el que se equivoca es el juez. Digo que casi seguramente estaría equivocado, porque el orden jurídico, considerado como un todo, gobernado por grandes principios fundamentales que lo purifican (*buena fe, abuso del derecho, equidad, etc.*) no admite las arbitrariedades por más elegantes que resulten o por más exquisiteces jurídicas que contengan y se debería presuponer que no se puede ir contra el sentido común, aún cuando se admitiera que es el menos común de los sentidos como irónicamente se suele apuntocar. En mi modesta opinión, las instituciones que regulan el instituto de la quiebra contienen normas que impiden que las hipotéticas situaciones inicuas que mencionamos se produzcan. Lo desarrollaré a continuación: Como enfoque preliminar, me parece que deberíamos partir del análisis de la normativa contenida en el art. 118 de la L.C.Q. La misma establece que *“Artículo 118 - Actos ineficaces de pleno derecho. Son ineficaces respecto de los acreedores los actos realizados por el deudor en el período de sospecha, que consistan en: 1) Actos a título gratuito; 2)... 3)... La declaración de ineficacia se pronuncia sin necesidad de acción o petición expresa y sin tramitación. La resolución es apelable y recurrible por vía incidental”*.

Desde ya, cabe recordar que el período de sospecha es el que media entre el inicio del estado de cesación de pagos y la sentencia de quiebra y que la retroacción no puede ser superior a los dos años *“... de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo”*. No parece difícil comprender la enorme importancia de esta normativa. Se refiere a la declaración automática por parte del juez, sin siquiera una petición de parte interesada y sin tramitación alguna, de la ineficacia de un acto jurídico determinado. Desde luego, las hipótesis comprendidas en la categoría mencionada, son ostensiblemente extremas. Se trata de actos que sin beneficio alguno de la fallida, causan el enriquecimiento de un tercero. Estos actos son reprochables objetivamente considerados y por eso, se los declara ineficaces sin

que resulte necesario probar el elemento subjetivo. El paradigma, en este tipo de situaciones, está dado por los actos a título gratuito. El lector habrá advertido a esta altura cuál es la pregunta fundamental que debemos hacernos para seguir avanzando en este terreno. Concretamente: La omisión en accionar reclamando un derecho por parte de la sociedad, que se produjera en el lapso anterior al momento de la declaración de su quiebra, si la misma fuera inaceptable, ostensiblemente concretada a pura pérdida, *¿no importaría una liberalidad?* Sostengo que la respuesta debe ser afirmativa. Asevero que una omisión de este tipo, puede ser de consecuencias ruinosas, tal y como podría suceder mediante la consecución de actos positivos. Si no se aceptara esta formulación, la inactividad culpable de los directivos de una sociedad cuya quiebra se avizorara, bastaría para posibilitar que se incorporaran al patrimonio de un tercero (deudor), derechos fundamentales de ésta, en perjuicio además de sus acreedores. Esto no es admisible porque en ambos casos igualmente, se atentaría contra el mismo principio. No sería tolerable que una sociedad luego declarada fallida permitiera que se produjeran en su perjuicio resultados ruinosos, sin que el mismo importara algún tipo de beneficio como contrapartida. Concluyendo, habría que sostener que lo relevante es que la ley no permite que se produzca un resultado nocivo para los acreedores concursales, esto es así, independientemente de que el mismo se produzca por efecto de una acción o de una omisión o de ambas. En estos supuestos, no se puede oponer a los acreedores concursales el transcurso de la prescripción.

En las Décimas Jornadas nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985) la Comisión N° 1 abocada al tratamiento del tema «Los actos jurídicos inoponibles» produjo un despacho que sólo parcialmente indico: «*De lege lata « ... 7) La inoponibilidad puede alegarse por vía de acción y de excepción*». Si no se aceptara esto, o sea la ineficacia de los actos omisivos, deberíamos tolerar que se consolidara la validez de un negocio espurio, concertado abusivamente entre los directivos de una sociedad luego declarada en quiebra y por ejemplo, otra sociedad del mismo conjunto económico, mediante el cual se hubiera pactado la abstención de la acreedora en reclamar sus derechos. Sería inadmisibles que se permitiera que este tipo de maniobras resultaran efectivas, aún cuando pudiera presuponerse que la omisión en accionar pudiera ser fruto de un actuar deliberado. Pongo el acento en la voluntad de omitir porque la misma existe tanto en estas circunstancias como en el actuar positivo. Es más, se podría aseverar

que cuando un sujeto “opta” por omitir, dígase por no accionar contra un deudor, está tomando una decisión jurídica cuya naturaleza, a no dudarlo, puede ser encuadrada en la línea del art. 944 C.C. Esto, creo que es indiscutible, si se considera que el art. 945 del C.C. establece que los actos jurídicos son positivos o negativos, según que sea necesaria la realización u omisión de un acto, para que un derecho comience o acabe. Quien dejara vencer un plazo permitiendo que prescribiera una acción de carácter vital que resultara inequívocamente favorable a sus intereses (*o a los de la sociedad que representa, como en el caso que nosotros esgrimimos como ejemplo*), estaría causando un daño a la parte acreedora que legalmente se debería reparar, independientemente de que se tratara de una omisión.

Sería absurdo admitir que las omisiones generan daños y que por tanto pueden ser indemnizadas y no aceptar consecuentemente que las mismas, también se pueden declarar ineficaces. O, si se quiere dar una lectura más amplia, sería absurdo afirmar que los actos jurídicos positivos mediante los cuales se decidiera no accionar judicialmente en término, por parte de una sociedad luego declarada en quiebra, pese a ser gratuitos, no pudieran ser declarados ineficaces. Contrariamente, si la respuesta fuera dada aceptando nuestra postulación, dicha omisión, si el juez considerara *prima facie* que ha constituido una liberalidad, se debería considerar ineficaz, como si no hubiera existido y por tanto, los efectos que la misma ha provocado, durante el período de sospecha, deberían correr la misma suerte. Más sencillamente, el tiempo que hubiera transcurrido a partir de la omisión ineficaz, como ella, también lo sería y esto significaría que no se debería computar a los efectos de la prescripción. En el caso de la quiebra, no nos interesa solamente la responsabilidad que pudieran tener los directivos culpables o dolosos, sino que los acreedores de la fallida no se vieran perjudicados, lo que sucedería si la misma perdiera por prescripción una acción de importancia que no hubiera sido ejercida, sea culpable o dolosamente. Esta conclusión, creo que es muy importante, porque en situaciones en las cuales los plazos prescriptivos fueran muy breves, el daño se podría producir fácilmente y cuando el síndico tomara las riendas de la quiebra y quisiera ejercer las acciones que a la fallida le correspondieran, se encontraría con obstáculos insalvables: *nada menos que con una prescripción que se habría producido.*

Es favorable a esta interpretación lo dicho por Bueres <sup>(1)</sup>, que en reemplazo de la noción de acto jurídico, acude a la más amplia de negocio jurídico, afirmando que su objeto es su materia, su realidad última o su realidad social-, «aquello que sirve de materia al ejercicio del entendimiento». En consecuencia, la materia del negocio está determinada por los hechos (positivos o *negativos*) y los bienes (cosas y derechos, etc. arts. 2311 y 2312 -ADLA, XXVIII-B, 1799) y en ello coincide con la doctrina nacional y la opinión de Jaime Santos Briz y Luis Diez-Picazo. Este criterio es concordante con el art. 953 C.C., malgrado las desviaciones de los arts. 1167, 1168 y 1169, que se refieren a la prestación y a la obligación.

No es nada nueva esta afirmación, si se piensa que el art. 173 segundo apartado de la L.C.Q. responsabiliza a quienes dolosamente hubieran realizado maniobras para aumentar el pasivo o para disminuir el activo <sup>(2)</sup>. Sostengo que la norma citada es aplicable para el supuesto de que el perjuicio se hubiera producido por omisiones o actos jurídicos negativos. Efectivamente, mediante una omisión dolosa, se “permitiría” el vencimiento de un plazo prescriptivo que habría estado corriendo antes de la declaración de la quiebra”. *Dejar que el plazo prescriptivo transcurra, sabiendo que este resultado es nocivo, implica permitir dolosamente que un daño se produzca y la consecuencia sería, además de declararse la responsabilidad del tercero y de los autores, que sería ineficaz dicha omisión y por tanto, que durante los períodos posteriores a la misma, la prescripción no habría corrido.* Aun en el caso de que no existiera dolo, la inacción, o

---

(1) Ver “Objeto del negocio jurídico”, comentario de Bustamante Alsina, Jorge; autor: Bueres, Alberto J., publicado en L.L. 1986-D, 1184.

(2) “Artículo 173.- *Responsabilidad de representantes.* Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados. *Responsabilidad de terceros.* Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso”.

sea el no ejercicio de un derecho por parte de la sociedad luego fallida, que no hubiera tenido como contrapartida ningún beneficio, se debería calificar como una liberalidad a favor del supuesto deudor. Es claro que éste podría sostener que no habría sido demandado porque el acreedor sabía que no le correspondía la razón desde un punto de vista jurídico. Pero esto mismo se podría decir por parte de cualquier hipotético "beneficiario" de un eventual acto gratuito que sostuviera que a su respecto, en realidad, hubo onerosidad. Considero importante que se acepte esta formulación, porque los acreedores de la quiebra suelen ser simples espectadores que no pueden conocer, aún esforzándose para lograrlo, la realidad empresarial y patrimonial de la luego fallida. Recién cuando la quiebra se declara y fundamentalmente a través del síndico, pueden los acreedores acceder a alguna información importante.

En síntesis, cabe agregar que si el acto negativo u omisión fuera doloso, encuadraría en el amplio marco prescriptivo del art. 174 L.C.Q. y se trataría de una acción meramente concursal que, en mi opinión, reglaría también una forma especial de ineficacia. Si por el contrario no se pudiera afirmar esta intencionalidad dolosa, la normativa aplicable sería la del art. 116 L.C.Q. con el período de retroacción de dos años previsto para estos casos. La ineficacia, en todos los casos, abarcaría simplemente el acto omisivo o sea habría que borrar del transcurso de la prescripción todo el tiempo que hubiera pasado durante el período de sospecha, por entenderse que el acto negativo constituyó una liberalidad, sancionada por el art. 118 de la ley concursal. Esto significaría que la ineficacia, en realidad, tendría efectos propios de una suspensión, porque el tiempo transcurrido con anterioridad al período de sospecha, no podría ser atacado de ineficacia. Por tanto, lo transcurrido sin ejercer la acción antes de este período, se debería computar a los efectos prescriptivos, suspendiendo el cómputo hasta que la quiebra se declarara y perdiera legitimación la fallida para transvasarla al síndico (art. 142 L.C.Q. ya citado). Quede claro que lo mencionado no importa que me esté pronunciando respecto a los plazos prescriptivos aplicables, lo que requeriría un análisis particular para cada supuesto, ni tampoco a si luego de declarada la quiebra, por otros motivos, corresponde también seguir suspendiendo el plazo prescriptivo.

Estimo importante recordar que con relación a algunas acciones especiales, la ley societaria prevé esta suerte de ineficacia de los actos omisivos que sostengo existe. Por ejemplo, en el supuesto previsto en

el art. 275 de la ley de sociedades, que postula, refiriéndose al *quitus* de la responsabilidad que “... *la extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal*”. El fallecido maestro Halperín, consideraba que por estas circunstancias, no era posible esgrimir luego de la quiebra la prescripción que hipotéticamente se habría producido, justamente por efecto de esta normativa, ya que si estaba prohibido la extinción por la asamblea, no se debía considerar posible que prescribiera la acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad. Efectivamente en la obra “sociedades anónimas” que actualizara el también maestro Julio César Otaegui (2ª ed., Depalma), respecto de la iniciación del curso de la prescripción, se expresa: “... *Si la acción es promovida por el concurso: 1) Ella no puede comenzar hasta que la quiebra se halle en condiciones de promoverla*”. Si el maestro Halperín recomendaba esta solución porque la norma del art. 275 declaraba la ineficacia de la extinción de la responsabilidad de los directores frente a la quiebra, ¿Por qué no decir lo mismo respecto a la normativa del art. 118 que establece algo similar con carácter general? Si no existiera la norma del art. 275 L.S., ¿no se podría postular igualmente, en base a la norma del art. 118 de la ley concursal que dicha extinción sería ineficaz? En mi humilde opinión, la respuesta debería ser positiva. *En suma, mi postulación, se basa sobre la aceptación de que se puede declarar la ineficacia concursal tanto de actos jurídicos positivos, como de los que son meramente negativos.*

Recomiendo especialmente la lectura del trabajo de Carlos A Cullari, titulado “Actos jurídicos negativos en la acción por ineficacia concursal”, publicado en: D.J. 23/02/2005, 399, en memoria de Juan A. Papada. Enfatiza el autor citado, que entre los actos jurídicos negativos susceptibles de ser declarados ineficaces por conocimiento del estado de cesación de pagos, es en el ámbito societario donde es más frecuentes que se produzca “... transmisión *ope legis* de derechos hacia terceros -socios- ante la ausencia de manifestación de voluntad positiva en el juego de intereses”.

Cullari, con respecto a la ineficacia de los actos negativos que considera pueden constituir maniobras nocivas contra los acreedores, dice que en cada caso habrá que analizar si la omisión de actuar se configuró por el fallido, a sabiendas de la pérdida patrimonial significativa que trasuntaba a su patrimonio, “... *para lo cual se valorará la sustancia y entidad de la prestación incumplida entre todo otro indicio que conforme presunciones sobre la voluntad deliberadamente omitiva del deudor generadora de efectos jurídicos*

*negativos hacia la masa en los ya analizados contextos general de la prueba en la acción de ineficacia tratado en el primer apartado". Pero en lo que específicamente nos interesa, expresa Cullari que "En éstos supuestos, en los que el fallido no insta al ejercicio de repetición, deberá ejercerlo el Síndico, siempre claro esta que la acción no se encuentre prescripta". "Recurrir entonces en éste caso a la declaración de ineficacia para purgar el plazo de prescripción, importa no desconocer los efectos «erga omnes» de la pérdida del derecho por la prescripción, sino en todo caso que dicha extinción no le es oponible a la masa de acreedores"<sup>(3)</sup>. Más sencillamente, se podría afirmar que la decisión judicial que dispone la declaración de ineficacia de un acto jurídico negativo, en el caso que nos ocupa, de la omisión de accionar causante de la prescripción, produce la consecuencia de facultar a la masa para actuar como si dicho acto no hubiera existido, independientemente de que permaneciera válido entre el fallido y el tercero acreedor.*

Es aplicando esta postulación a la prescripción, que sostengo que el acto negativo que implicaría el no accionar como se debiera, para evitar la pérdida de una acción beneficiosa para los acreedores, constituiría una liberalidad que de ser admitida, generaría el mismo resultado, o similar al menos, que el de remisión de la deuda sin contraprestación alguna de la fallida. Esto, no se debe admitir porque vulnera los principios vertebrales del derecho concursal y del orden positivo todo<sup>(4)</sup>.

Cullari cita incluso al maestro Cámara que sostiene que entre las omisiones, también comprendidas en el art. 945 del C.C., al igual que los actos jurídicos positivos, quedan incluidas las de orden procesal, que de consentírselas derivarían en la pérdida de un derecho, como por ejemplo no contestar una demanda en plazo o traslado o vista o no interponer un recurso o dejar de oponer una defensa válida, etc.<sup>(5)</sup>.

---

(3) Cullari, Carlos A., "Actos jurídicos negativos en la acción por ineficacia concursal", D.J. 23/02/2005, 399, en memoria de Juan A. Papada.

(4) CNCom., Sala B, 14/10/96, «Yarques S.A. s/Quiebra s/Incidente de verificación por Morello, Augusto», L.L. 1997-C, 1007, 8.

(5) Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Bs. As., 1980, vol. 3, p. 2128.

Para completar la idea, me parece justo citar lo dicho por Cullari a modo de conclusión: *“A partir de la premisa que todo lo «revocable» son los actos jurídicos genéricos del deudor, podemos arribar a la conclusión que nos encontramos, en rigor, ante un campo de acción de cierta significación, al tener que reparar no solo en las comisiones del deudor sino además, en todas sus omisiones jurídicamente relevantes”*. Recomiendo especialmente la lectura del trabajo de Carlos A Cullari, titulado “Actos jurídicos negativos en la acción por ineficacia concursal”, publicado en: DJ 23/02/2005, 399, en memoria de Juan A. Papada. Enfatiza el autor citado, que el presupuesto «esencial» de la acción de recomposición patrimonial legislada en el art. 119 L.C.Q. es que el tercero hubiese tenido conocimiento del estado de cesación de pagos, conocimiento que ha llevado a la doctrina a tratar de delinear su contorno con mayor precisión.