

Quiebra indirecta del garante

Determinación de la fecha en que se produjo la cesación de pagos

Juan Ignacio Olivera Pino

1. Escenario [\[arriba\]](#)

Las siguientes líneas tienen por objeto analizar el caso de aquel sujeto garante concursado devenido en quiebra, que no se encontraba en cesación de pagos con anterioridad a su presentación en concurso preventivo, es decir, el garante que aun estando in bonis, hace uso de la habilitación prevista en el art. 68 de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante, "LCQ") y que quiebra posteriormente por mediar fracaso del concurso preventivo.

La determinación de la fecha inicial de la cesación de pagos se trata de una cuestión difícil, y de suma importancia, ya que este dato es necesario para la promoción de diferentes acciones previstas en la normativa concursal, como por ejemplo las acciones de recomposición patrimonial, acciones de responsabilidad, entre otras.

2. Cesación de pagos [\[arriba\]](#)

Previo al desarrollo del eje central del presente, permítaseme efectuar algunas precisiones en torno a qué se entiende por cesación de pagos, y el tratamiento de su determinación temporal en la legislación concursal.

La cesación de pagos ha sido definida como el estado patrimonial generalizado y permanente que refleja la imposibilidad de un sujeto de pagar, de manera regular, obligaciones exigibles, cualquiera sea la naturaleza de las mismas y las causas que lo generan[1].

Tanto ello es así, que la doctrina ha caracterizado a la cesación de pagos como el presupuesto objetivo concursal, que refiere a las condiciones del patrimonio del fallido, por lo que para abrir un concurso o declarar una quiebra los jueces deben comprobar que el patrimonio del sujeto concursable[2] está en la condición crítica económico-financiera que constituye la premisa que técnica y legalmente se denomina estado de cesación de pagos[3].

Este concepto suele llevar a ciertas imprecisiones terminológicas, confundiendo a la cesación de pagos con insolvencia -tanto en sentido jurídico, como contable-, pero lo cierto es que en la Argentina es casi unánime el uso indistinto de insolvencia en sentido concursal como sinónimo de estado de cesación de pagos[4]. En honor a la brevedad y al objeto principal del presente, solo me limitaré a mencionar que simpatizo con la doctrina que se postula a favor de la reforma legislativa que identifica al presupuesto objetivo concursal con la insolvencia[5].

2.1. La fecha de Cesación de pagos en el proceso concursal

Respecto de la fecha de cesación de pagos en el concurso preventivo, el art. 39, inc. 6º, LCQ, exige que el síndico, luego de la verificación de créditos, y teniendo mayores elementos para poder determinar cuándo pudo haberse iniciado la cesación de pagos, se expida en este sentido.

Si bien en el concurso preventivo no se encuentra expresamente previsto un proceso determinativo de la cesación de pagos, como si ocurre en el proceso falencial según lo reglado por los arts. 115, 116 y 117 LCQ, la determinación de tal fecha tiene otros valores, como por ejemplo la acción revocatoria prevista en el art. 338 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación.

2.2. La fecha de cesación de pagos en la quiebra

En la quiebra su determinación tiene mayor trascendencia, pues importa el inicio de un procedimiento tendiente a la determinación del período de sospecha según lo dispuesto en el art. 117 LCQ. El juez fijará la fecha en la que a su criterio tuvo inicio la situación de insolvencia del fallido la cual se mantuvo inalterable hasta la declaración de quiebra[6].

En este sentido, el art. 116 establece que los efectos no pueden retrotraerse más allá de dos años de la fecha de quiebra[7], pero esto es sólo a los efectos de la operatividad de las ineficacias falenciales de ciertos actos celebrados durante el periodo de sospecha, debido a que para otros efectos propios de la quiebra resulta indispensable saber cuándo comenzó efectivamente el estado de cesación de pagos, como por ejemplo el ejercicio del derecho de receso (art. 149) la extensión de la quiebra al socio con responsabilidad ilimitada (art. 160) entre otros[8].

2.3. La fecha de cesación de pagos en la quiebra indirecta

En los casos de quiebra indirecta, contemplados en el art. 77, inc. 1º, LCQ -que reenvía a diferentes disposiciones dentro del articulado de la LCQ-, la fecha a determinar es la que corresponda a la iniciación de la cesación de pagos anterior a la presentación concursal, según lo reglado en el art. 115, 2º pár., LCQ. Hasta aquí no parecieran existir demasiadas complicaciones interpretativas. Pero qué es lo que sucede en el caso de quebrados que no estaban en cesación de pagos con anterioridad a su presentación en concurso preventivo, como puede ser el caso del garante. Ciertamente, no hay una solución legal expresa.

3. Concurso del garante [\[arriba\]](#)

Resulta determinante hacer algunas referencias en torno a las garantías de los créditos en general, y a la figura del garante regulada dentro de la LCQ en particular.

En el concurso del garante confluyen dos situaciones que marcan nítidamente el perfil del instituto[9].

Por un lado, la práctica generalizada de la implementación de las garantías para una más segura distribución del riesgo. Se entiende distribución el riesgo, o dispersión del mismo, a través de garantías personales o reales pero siempre con la función de extender la responsabilidad hacia nuevos bienes, patrimonios o varios patrimonios, para el caso de un eventual incumplimiento.

Por otro lado, la orientación legislativa de incorporar nuevos presupuestos objetivos que puedan habilitar soluciones preventivas en procura de evitar la quiebra.

El art. 68 LCQ permite que aquel sujeto[10] que haya garantizado obligaciones de un concursado por cualquier acto jurídico[11], pueda solicitar su concurso preventivo para que tramite en conjunto con el de su garantizado[12], aun cuando

el garante no estuviere en cesación de pagos, pero condicionado a que la insolvencia del concursado principal pudiere, en alguna medida, afectarle. En otras palabras, es la posibilidad de que si el concurso del deudor principal tiene consecuencias tan desfavorables que afecten o puedan afectar el patrimonio del codeudor o garante, aunque estos últimos no sean insolventes, pueden recurrir al remedio preventivo[13]. Esto último encuentra su fundamento en el segundo párrafo del citado artículo cuando establece que resultan aplicables las demás disposiciones de la sección[14].

Sin lugar al equívoco, ésta es una posibilidad excepcional que sortea varias reglas del ordenamiento concursal, como lo es la alteración del presupuesto objetivo, a través de la posibilidad de concursamiento de un sujeto inbonis[15].

Se ha hecho referencia a la "flexibilización" del presupuesto objetivo concursal, que a través de las reformas de la ley y la consecuente incorporación de institutos, tanto el citado anteriormente, como por ejemplo el acuerdo preventivo extrajudicial cuando permite al deudor celebrar tal acuerdo en caso de "dificultades económicas o financieras" (art. 69 LCQ).

La legislación concursal trata el concurso del garante como una suerte de opción que posee aquel, pues el garante no está obligado a solicitar su concurso. En este orden de ideas, el art. 55 LCQ prevé que, en relación a las garantías personales de obligaciones contraídas por el deudor, los efectos del concurso no alcanzan al fiador, por lo que su obligación no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador. Así lo ha destacado Molina Sandoval, diciendo que los efectos del acuerdo homologado no alcanzan a los garantes, quienes quedan vinculados en los términos pactados primigeniamente[16]. De esta manera, haciendo una interpretación armónica de ambos artículos, se entiende que el acreedor podría accionar tanto contra el deudor concursado como contra su fiador, pero nada obsta a que en el caso de que el fiador se presentase en concurso en los términos del art. 68 LCQ, el acreedor pueda reclamar la deuda al garante de su crédito -hasta el límite máximo de su acreencia-, aun cuando también tuviere acuerdo homologado, puesto que dicha circunstancia no podría liberarlo de su responsabilidad como fiador.

Este criterio fue seguido por la Cámara Nacional en lo comercial Sala C, en el precedente "Vital Soja S.A. s/ concurso preventivo", donde confirmó la sentencia del juez a quo y decidió que el alcance del crédito de una entidad bancaria, en el sentido de que podrá cobrarle a los dos concursados (obligado principal y fiador) en la forma en que se acordó en virtud de los correspondientes acuerdos homologados, hasta el límite máximo de su acreencia[17].

En relación a esta sección, es menester citar algunos antiguos fallos de la Cámara Nacional Comercial que dejan entrever cual es la finalidad que busca la ley en que el concurso del garante y del garantizado tramiten en conjunto.

"La finalidad implícita del art. 68 de la normativa concursal es producir una suerte de intercomunicación procesal, unificando y alineando a tales efectos, alguna de las principales etapas del esquema concursal. La forma más efectiva para que se pueda llevar a cabo una tramitación procesal más adecuada y armónica con las pautas estructurales del concurso del garante debe partir de la unificación de las principales etapas de ambos procedimientos"[18].

"El trámite "en conjunto" del concurso del garante con el del garantizado (art. 68 y 67 LCQ), no supone una unificación completa de los procedimientos, ya que como la ley lo señala expresamente, debe haber un proceso por cada persona física o jurídica concursada con las solas particularidades en que debe haber una sindicatura única, un informe general también único, complementado con un estado consolidado de activos y pasivos, y la posibilidad de presentar categorías de acreedores y propuestas de acuerdo "tratando unificadamente" los pasivos, sin perjuicio de que tramiten todos ante un mismo juez"[19].

4. Quiebra indirecta [\[arriba\]](#)

El artículo 77 de la LCQ, enumera taxativamente los supuestos en los cuales puede declararse la quiebra de los sujetos comprendidos en el art. 2 LCQ: (i) por frustración del concurso preventivo, según la enumeración del inc. 1º (arts. 43, penúltimo párrafo, 46, 47, 48, incs. 8, 51, 54, 61 y 63) -esta es la quiebra indirecta-; (ii) a pedido de acreedor -quiebra directa (necesaria)- arts. 77, inc. 2º, 80, 83 y concs.; (iii) A pedido del deudor -quiebra directa (voluntaria) art. 77, inc. 3º, 82 y 86-.

Va de suyo que la ley estructura diversas vías de acceso a la quiebra, pero se denomina quiebra indirecta a aquellos supuestos de fracaso del concurso preventivo y que se sustentan en la unidad del proceso concursal. Puede afirmarse entonces, que el concurso preventivo constituye un pedido condicional de quiebra, destinado al éxito so pena de devenir en falencia. Sin perjuicio de ello, se debe considerar que en el proceso concursal en sentido amplio coexisten, fundamentalmente, el concurso preventivo y la quiebra, solapados mediante el instituto de la conversión.

Finalmente, es importante hacer énfasis en que, por su carácter excepcional, las hipótesis de quiebra son taxativas, lo que implica que ésta sólo puede declararse bajo expresa previsión legal. De allí que en nuestro sistema no se admita la quiebra de oficio o a petición del Ministerio Público[20].

5. La quiebra indirecta del garante [\[arriba\]](#)

En los casos en los cuales el garante se halla en cesación de pagos, ningún problema interpretativo se genera. Pero, en el caso de que el garante no se hallare en cesación de pagos al momento del concurso despierta algunos interrogantes, máxime en caso de falencia.

Como se ha expuesto ut supra, el artículo 68 LCQ establece que el garante del deudor concursado tiene la posibilidad de solicitar su concurso en conjunto con el del deudor sin que sea óbice para ello encontrarse en cesación de pagos, siempre y cuando la insolvencia del principal deudor pudiere afectarle.

En el supuesto de que el concurso resultase exitoso, el garante goza de los beneficios del acuerdo homologado cumplido. El tema que nos ocupa es justamente el contrario, es decir, el supuesto en el que el concurso fracase, ya sea por la falta de obtención de las conformidades suficientes de los acreedores, que el acuerdo sea impugnado, que no fueren pagados los honorarios de los profesionales intervinientes, que no se cumpla el acuerdo, etc.

En estos casos de quiebra indirecta, la fecha de cesación de pagos es la que corresponda a la iniciación de la cesación de pagos anterior a la presentación concursal, según lo dispuesto en el art. 115, 2º pár. LCQ, pero la normativa concursal

nada dice sobre el garante devenido en quiebra que no se encontraba en cesación de pagos con anterioridad a su presentación en concurso preventivo.

Para estos casos de garantes quebrados que no estaban en cesación de pagos con anterioridad a su presentación en concurso preventivo, no hay solución en la ley referente a cómo se computa el período de sospecha.

6. Posibles soluciones [\[arriba\]](#)

a) *Tesis mayoritaria*

A este vacío normativo, se lo ha colmado diciendo que la fecha de iniciación del estado de cesación de pagos no podrá ser anterior a la presentación en concurso preventivo, pero sí posterior, aunque su fijación tendiente a determinar el período de sospecha sería tan solo simbólico, debido a que el art. 121 LCQ establece “El primer párrafo del art. 119 no es aplicable respecto de los actos de administración ordinaria otorgados durante la existencia de un concurso preventivo, ni respecto de los actos de administración que excedan el giro ordinario o de disposición otorgados en el mismo período, o durante la etapa de cumplimiento del acuerdo con autorización judicial conferida en los términos de los arts. 16 o 59 tercer párrafo”. Recuerda Heredia la previsión del art. 17 LCQ, el cual declara ineficaces los actos cumplidos en violación a lo previsto por el art. 16 de la ley concursal vigente.[21]

Este criterio de determinación del inicio del estado de cesación de pagos no pareciera ser menor o “simbólico” teniendo en cuenta aquellos actos que se otorgaron antes de la presentación en concurso, pues a los fines de ejercer las acciones de ineficacia concursal se observa el plazo de dos años desde la fecha de inicio de la cesación de pagos que prescribe el art. 116.

b) *Tesis alternativa*

Otra postura con la cual comulgo reside en el entendimiento de que la quiebra del deudor concursado implica la crisis[22] del garante, si se hubieran unificado las propuestas durante el concurso preventivo. En este orden de cosas entendemos que el signo externo que revelaría la crisis del garante sería justamente la quiebra del garantizado, siendo que hasta ese momento el garante no exteriorizó ningún signo de insolvencia, y que la inevitable extensión de quiebra indirecta por aplicación del art. 67 LCQ ha de actuar como aquel presupuesto objetivo diferente a la cesación de pagos.

Así, como sucedió con la introducción del instituto del acuerdo preventivo extrajudicial, que ha flexibilizado el concepto de presupuesto objetivo, permitiendo acceder al deudor a esta solución aun cuando solo tenga “dificultades económicas o financieras de carácter general”[23], creo que la extensión de quiebra indirecta funcionaría como presupuesto suficiente por vislumbrar un estado de crisis, y que sería ese el hito para determinar la fecha de inicio del período de sospecha.

Esta teoría se complementa con la solución esbozada por la doctrina mayoritaria, en tanto rigen las previsiones de los arts. 121, 119, 16, 59 y 17 LCQ.

c) *Tesis de los actos propios. El reciente fallo “Dorna”*

Si bien la tesis mayoritaria sostiene e impone como regla general que la fecha de inicio del estado de cesación de pagos del garante que se concursó preventivamente no debería fijarse más allá de la efectiva presentación concursal, puede suceder que el propio garante manifieste que realmente se hallaba en cesación de pagos previo a su presentación en concurso.

Así sucedió en el reciente precedente de la CN Com. Sala D “Dorna, Carlos Alberto s/Quiebra”[24] donde el propio garante manifestó en su presentación en concurso que ya se encontraba en estado de cesación de pagos, dando cumplimiento así al requisito del art. 11 inc. 2 LCQ. Más aun la sindicatura puso de relieve tal manifestación en su informe general[25] el cual no fue impugnado, y finalmente el juez a quo resolvió que la fecha de inicio del estado de cesación de pagos coincidiera con la del informe general y la de la presentación del garante en concurso.

La cámara confirmó esta decisión, pues se entiende que si bien el art. 68 permite que el garante inbonis se presente en concurso, nada obsta a que lo haga si se encuentra en insolvencia. Resulta poco menos que obvio que es de aplicación la doctrina de los actos propios[26], ya que en este caso el garante no podría pretender desdeñarse de sus declaraciones a los efectos de abusar del criterio mayoritario de la doctrina ante el vacío legal que se trata en estas líneas, con la finalidad de alterar el periodo de sospecha.

Ninguna duda cabe respecto de la mayúscula importancia que tiene hacer prevalecer la doctrina de los actos propios frente al criterio de la doctrina mayoritaria respecto de la laguna legal, en atención al sistema de ineficacias concursales que rige durante el periodo de sospecha como se ha expuesto anteriormente.

7. Colofón [\[arriba\]](#)

A modo de cierre de estas someras reflexiones, se vuelve a hacer hincapié en la relevancia que tiene la determinación de la fecha inicial del período de sospecha (sea cual sea el presupuesto objetivo que le dé inicio). Se trata de una cuestión compleja ya que, como fue adelantado, sirve para la promoción de diferentes acciones previstas en la normativa concursal, como por ejemplo las acciones de recomposición patrimonial u acciones de responsabilidad.

Si bien no abundan opiniones doctrinarias respecto del tema en boga, podemos destacar que la fecha de cesación de pagos en la quiebra indirecta del garante (inbonis al momento de su presentación en concurso) ha sido abordada por la doctrina mayoritaria sin mayores ahondamientos, exigiendo solamente que esta fecha sea posterior a la presentación en concurso preventivo.

En honor a una mayor penetración de la problemática, se presentó una tesis alternativa que postula a la quiebra misma del deudor principal como presupuesto objetivo de crisis del garante, siendo coincidentes la fecha de la sentencia de quiebra del deudor principal con la fecha de cesación de pagos del garante devenido en quiebra -si es que hasta ese momento no exteriorizó ningún signo de insolvencia-

Más allá de las posibles soluciones que han sido tratadas, es de mi interés destacar la importancia que tiene la resolución que la Cámara Nacional Comercial Sala D emitió a fines del año pasado. El precedente “Dorna” ha de ser la guía en casos

análogos como también en el momento en que se introduzca una reforma legislativa en relación al instituto del concurso y quiebra del garante.

Se ha estimado y se reconoce que la legislación concursal argentina es una de las más completas y avanzadas, pero la ausencia de regulación legislativa puede ser hallada incluso en los ordenamientos jurídicos de vanguardia. Así sucede con el caso que se trató en estas breves líneas.

Seguirá siendo entonces tarea de los operadores jurídicos continuar atestando este vacío normativo, hasta tanto los legisladores concilien una reforma del instituto.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] CHIAVASSA, Eduardo Néstor, “Concursos y Quiebras”; Ed. Universidad Empresarial Siglo 21; 2014, pág.14.

[2] Se hace referencia a los sujetos comprendidos en el art. 2 de la Ley N° 24.522 y sus modificaciones.

[3] ROUILLON, Adolfo “Régimen de Concursos y Quiebras”; Ed. Astrea; 17va Edición; 2017; pág.18.

[4] Así lo ha sostenido la jurisprudencia de la CN Com. Sala B en los fallos “Arditi, Elías Rolando s/quiebra - incidente de impugnación de la fecha de cesación de pagos” 2/6/00 y en “Cerviño y Salguero S.R.L. s/quiebra” 27/9/00.

[5] A los efectos del presente artículo, los términos “cesación de pagos” e “insolvencia” serán utilizados como sinónimos.

[6] Cfr. MOLINA SANDOVAL, Carlos y JUYENT BAS, Francisco; “Ley de Concursos y Quiebras Comentada y Anotada” Tomo I; Ed. Abeledo Perrot; Libro digital; 2018. Comentario al art. 39.

[7] Criterio acuñado por la CN Com. Sala B “Union Stores S.A. s/quiebra”; 25/2/00; AR/JUR/3137/2000.

[8] ROUILLON, Adolfo ... pág. 228.

[9] MOLINA SANDOVAL, Carlos; “El concurso del garante”; Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 3.

[10] Pueden ser personas humanas o jurídicas, que asumieron la calidad de fiador liso, llano y principal pagador, codeudor solidario, tercero constituyente de hipotecas o prenda, etc.

[11] La calidad de garante, puede adquirirse respecto de cualquier tipo de garantía, ya sea personal o real (hipoteca, prenda, warrant, fianza, etc.) Cfr. MOLINA SANDOVAL, Carlos y JUYENT BAS, Francisco; “Ley de Concursos...” Comentario al artículo 68. Cfr. ANIDO y TRUFFAT, “El concurso en caso de agrupamiento y los interrogantes que plantea el potencial abuso del concurso del garante”. “E.D”. 176-531. Se debería haber exigido un mínimo de seriedad (en cuanto a monto) y de antigüedad de las garantías).

[12] En la práctica dichos concursos tramitan por expedientes separados.

[13] MOLINA SANDOVAL, Carlos “El concurso...” pág. 3.

[14] Refiere al Capítulo VI “Concurso en caso de agrupamiento”.

[15] Locución del latín “en sus bienes” o “dueño de sus bienes”. Refiere al deudor que aún es dueño de sus bienes por oposición a aquel que será privado de sus facultades de administración. conf. ELZEAR ORTOLAN, Joseph Louis, “Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano” Tomo II, pág. 496.

[16] MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El Concurso...” pág. 4.

[17] CN. Com. Sala C, “Vital Soja S.A. s/concurso preventivo”, 16/04/2014, AR/JUR/23336/2014.

[18] CN Com. Sala B, “Elsa Olimpia s/Concurso Preventivo”, 29/11/2001.

[19] CN Com. Sala C “Vázquez Vicario, María”, 20/8/1998, Thompson Reuters: 60001057.

[20] Cfr. MOLINA SANDOVAL, Carlos y JUYENT BAS, Francisco; “Ley de Concursos...”, Tomo II, Comentario art. 77.

[21] HEREDIA, Pablo; “Tratado Exegético de Derecho Concursal” Tomo IV; Ed. Abaco de Rodolfo Depalma; 2000; comentarios al art. 115.

[22] Se utiliza el termino crisis, pues no es necesariamente insolvencia o cesación de pagos. Por el contrario, funciona como una suerte de nuevo presupuesto objetivo como sucede con el APE.

[23] Cfr. Juz. Nac. N° 9 Sec. 17, “Acindar Industria de Acero S.A. s/APE”, 02/08/2004.

[24] CN Com. Sala D, “Dorna, Carlos Alberto s/Quiebra”, 02/10/2018, AR/JUR/48155/2018.

[25] Cfr. Cam. Apel. Civil, comercial y minería de San Juan, Sala I “Jaime De Lara S.A.” 25/08/2010. En el citado fallo la cámara confirmó la fecha de cesación de pagos fijada por el a quo en base al informe general del síndico en el concurso preventivo, en tanto en las quiebras indirectas la producción de un nuevo informe general sólo procede en los casos de incumplimiento o nulidad del acuerdo preventivo homologado.

[26] Cfr. Cam. Apel. Civil, comercial y minería de San Juan, Sala I “Jaime De Lara S.A.” 25/08/2010. Hago alusión nuevamente a este fallo, pues es un claro ejemplo de aplicación de la doctrina seguida en el fallo “Dorna”. En este decisorio se confirmó que “...la fecha de inicio del estado de cesación de pagos determinada en la quiebra indirecta de una sociedad anónima por cuanto para su fijación se tuvieron en cuenta las propias manifestaciones de la concursada, siendo su confesión indicativa de dificultades propias de un estado de impotencia para superar incumplimientos.” “El silencio de la sociedad anónima concursada - posteriormente fallida- ante el informe emitido por el síndico coadyuva a conformar la idea sobre el estado de cesación de pago y su momento inicial, ya que si bien no es decisorio por sí mismo, alcanza para crear y aportar un indicio más..”.