

Los actos medio tempore

Wladimir Diego Tscherwinski

Introducción [\[arriba\]](#)

Nuestra legislación concursal estipula la iniciativa exclusiva en el pedido de concurso preventivo en manos del deudor. Las personas enumeradas en el artículo 2 de la ley 24.522 pueden ser declaradas en concurso preventivo. Estas son las de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de participación. El legislador también le otorgó la facultad de concursarse a el patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores y a los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.

Una vez que los mencionados presentan el pedido de concurso, el artículo 13 estipula que el Juez debe pronunciarse 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.

Ante cualquier acto realizado por el deudor entre la demanda y la resolución de apertura del concurso, se genera un debate en torno a que interés debe prevalecer. Por un lado se encuentra el tercero -que contrató con el deudor- al cual se le debe presumir que ha sido de buena fe pues, quién afirme lo contrario, deberá probarlo. Por otra lado, están los acreedores que concurren al juicio concursal.

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?

La ley no establece una solución específica por lo cual se generan varias interpretaciones.

La sección II del capítulo II de la ley Concursal se titula “efectos de la apertura”. Parecería que a partir de este momento procesal el deudor deja de tener una libre disposición y administración de sus bienes. Esto se lo denomina desapoderamiento atenuado. Distinta situación tiene en la quiebra pues en ese caso el desapoderamiento es pleno ya que la administración así como también cualquier acto sobre su patrimonio pasa a la figura del síndico. La cuestión se circunscribe a determinar cuándo comienza este denominado desapoderamiento atenuado. Es decir, si se inicia con la presentación en concurso preventivo o con la sentencia de apertura. En torno a esto surge la discusión de los actos medio tempore efectuados entre la presentación y la apertura.

Administración del patrimonio del concursado [\[arriba\]](#)

El concurso preventivo produce efectos que podemos distinguir en dos etapas. La primera, con la presentación del concurso preventivo se producen los siguientes:

1) Aplicación de la regla general de las notificaciones.

- 2) Suspensión del curso de intereses de créditos de causa anterior que no estén garantizados con prenda o hipoteca.
- 3) Fecha a partir de la cual se pueden convertir las obligaciones no dinerarias.
- 4) Las prestaciones cumplidas por los terceros después de la presentación en concurso preventivo gozarán de privilegio.
- 5) Suspensión de los pedidos de quiebra.
- 6) Línea de corte para el proceso verificadorio.

La segunda etapa se produce con la resolución de apertura del artículo 14. Esta resolución marca el inicio del proceso, aún cuando en el concurso preventivo algunos efectos se producen desde la presentación.

El juez, al dictar la sentencia de apertura, deberá estructurar toda la columna vertebral del proceso concursal.

La previsión legal sienta el principio general del efecto del concurso preventivo que la moderna doctrina denomina desapoderamiento atenuado, pues si bien conserva la administración -lo que es lógico pues se persigue que el deudor ofrezca a sus acreedores un acuerdo de pago de las obligaciones- ésta tienen varias limitaciones: I) la vigilancia del síndico; II) el concursado no puede realizar actos que excedan de la administración ordinaria, salvo que tengan autorización judicial; III) no puede alterar la situación de sus acreedores de causa anterior a la presentación en concurso.[1]

Cabe aclarar que la vigilancia no sólo es ejercida por el síndico, sino también por el comité de acreedores. Ello es así pues el comité (provisorio o definitivo) puede requerir información al concursado, exigir la exhibición de libros y registros, proponer planes de custodia y conservación del patrimonio, etc.

La ley 24.522 distingue los siguientes actos:

- I) Actos prohibidos (son aquellos realizados a título gratuito o que alteren la par conditio creditorum).
- II) Actos sujetos a autorización (aquellos descriptos en la parte final del artículo 16).
- III) Actos libres bajo vigilancia del síndico (actos de administración y conservación).

Actos prohibidos [\[arriba\]](#)

Conforme el artículo 16 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.

Se trata de actos que no se podrán realizar ni siquiera con autorización judicial.

La enumeración del artículo es taxativa. Contempla los actos a título gratuito. Explica Cariota Ferrara que los negocios que tienen por objeto atribuciones patrimoniales, es decir aquellos que comportan un acto por medio del cual se procura a otro un beneficio patrimonial, se distinguen en negocios a título oneroso y negocios a título gratuito. Los negocios jurídicos tienen carácter oneroso cuando el sacrificio de un sujeto tiene una contraprestación o equivalente en un beneficio. En otro caso, los negocios son gratuitos.[2]

La norma también contempla los actos que alteren la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación. El deudor no puede realizar pagos ni

constituir garantías no otorgadas antes del concurso. Si bien estos actos no tienen naturaleza gratuita, alteran la par conditio creditorum.

Actos sujetos a autorización [\[arriba\]](#)

Se trata de actos que no están prohibidos pero que exceden la administración ordinaria por lo cual requieren autorización judicial previa. El artículo 16, 3ra parte, realiza una enumeración ejemplificativa.[3]

La autorización se tramita con audiencia del síndico y del comité de acreedores; para su otorgamiento el juez ha de ponderar la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores.

La resolución conferirá o no la autorización. En ambos casos deberá estar fundada. El Juez, para tomar esa decisión, deberá ponderar la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores. No obstante ello, también podrá valorar otras circunstancias tales como: debida protección del crédito, integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado del concurso y el interés general de acuerdo al artículo 159. La duda se genera cuando dichas pautas arrojan resultados contradictorios, pues muchas veces la continuación de las actividades del concursado puede contrariar los intereses de los acreedores. Por ello, el Magistrado deberá valorar la situación integral y resolver la cuestión priorizando los valores según el caso concreto. Una vez que se obtiene la autorización judicial, el acto queda a fuera de las acciones del artículo 119.

Por su parte, los actos realizados que requerían autorización pero que se omitió su pedido o bien fue denegada, son ineficaces conforme el artículo 17.

Actos libres bajo vigilancia del síndico [\[arriba\]](#)

En relación con los actos de administración cabe señalar que son aquellos que importando o no una enajenación, además de conservar los capitales, tienen por fin hacerlos producir, según su naturaleza o destino[4]. Básicamente, 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[5]. Un acto puede ser considerado de disposición para una parte y de administración para la otra; por ello habrá que estarse a los efectos respecto del concursado. En esta misma idea se encuentran los actos de conservación, ya que tienen como finalidad evitar la pérdida de un bien cuya existencia peligró[6].

Los actos medio tempore. El vacío legal [\[arriba\]](#)

La situación de los actos del deudor, en el tiempo que va desde su presentación hasta la sentencia de apertura que da lugar al desapoderamiento atenuado, ha sido descuidada por el legislador.

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

A su vez mal podrá el deudor que solicita su concurso requerir una autorización judicial, cuando ésta habrá de tramitar con vista a la sindicatura y al comité de acreedores (artículo 16), si estos órganos del concurso antes de la resolución del

artículo 14 aún no existen. Héctor Cámara, por su lado, manifiesta que en el derecho Argentino “no obstante cierta confusión y mezcla de conceptos, los efectos del concurso preventivo obran desde la sentencia de apertura: cuando hay 'concurso' y, por ende, 'concurso'”[7]. Considera que los actos celebrados en el tiempo que va desde la presentación del pedido hasta la sentencia que abre el concurso deberá solucionarlos el Juez en cada caso, ya que pueden constituir causal “para negar la apertura del juicio, o en su caso, la homologación del acuerdo”. Las normas contenidas en los artículos 16 y 17 de la ley de Concursos que se encuentran ubicadas dentro del sistema de la misma en la sección 2ª “efectos de la apertura” (del concurso preventivo), requieren para su aplicación aunque resulte obvio 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.

Si ese desapoderamiento atenuado es efecto de la sentencia de apertura, ¿qué pasa en el interregno, que puede ser de largos meses, entre demanda y sentencia? ¿Es que las limitaciones del artículo 17 sólo rigen desde la sentencia, y por lo tanto todo vale antes de esa decisión, aun después de pedido el concurso preventivo? Parece natural que si la ley, antes de la apertura, no pone límites al deudor en el manejo de sus negocios, todo acto lícito será válido, incluso donaciones, pagos anticipados, constitución de gravámenes, etc. pero también parece razonable que desde el mismo momento en que ocurre a sus acreedores para que lo ayuden a salir de los problemas, sobre la base de un confesado estado de insolvencia, el deudor se someta a un orden de rigurosa seriedad en sus actividades.

El rol del Juez [\[arriba\]](#)

Ante esta laguna del derecho, asume un rol fundamental el análisis que deberá hacer el Juez. Provinciali[8] h dicho que los actos de disposición del deudor medio tempore gozando de plena capacidad que lesionen la situación patrimonial debe repararlos 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. A su turno, Julio César Rivera[9] 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, la suspensión de accesorios y la prohibición de realizar actos que exceden de la administración ordinaria”.

Fundados en consideraciones similares existen numerosos precedentes de caracterizados tribunales nacionales que han resuelto en variadas situaciones que la prohibición del artículo 16 de la ley 24.522 rige desde la presentación en concurso preventivo y que se aplica a todo crédito de causa anterior al concursamiento[10], cabe otorgar 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, es decir que, en tanto no se dicte la resolución de apertura del concurso preventivo, para nuestro ordenamiento legal, el deudor retiene el manejo de sus actividades en forma irrestricta y, recién con la declaración de apertura, nace el desapoderamiento atenuado de los bienes de aquél[11].

Considerando que los riesgos tienen su remedio en la ley: la acción ordinaria o pauliana (Art. 338 Código Civil y Comercial).

Por lo tanto, de considerar la letra estricta de la ley y aplicar la ineficacia de los actos realizados por el deudor en detrimento de la garantía común de los

acreedores a partir de la sentencia de apertura del concurso preventivo, quedarían convalidados los actos realizados medio tempore.

Un importante precedente [\[arriba\]](#)

Si bien son escasos los fallos que resolvieron controversias sobre los actos medio tempore, cabe citar una sentencia de la Cámara Nacional Comercial Sala B de la Capital Federal[12] en el que un inmueble de titularidad del concursado fue enajenado entre la presentación en concurso preventivo y el auto de apertura. El Magistrado de primera instancia declaró inoponible a la quiebra la venta efectuada. Los adquirentes apelaron el fallo y la Cámara lo revocó.

El concursado había omitido el pedido de autorización del artículo 16 por lo cual en primera instancia se declaró la ineficacia de pleno derecho respecto de los acreedores en los términos del artículo 17.

En el caso desde la presentación hasta la apertura transcurrieron más de 6 meses. El concursado enajenó el inmueble en ese período. La Alzada ponderó que el comprador no contó con medio legal y normal alguno que le posibilitará tomar conocimiento del estado de su cocontratante (Salvo un pedido de informes al Registro de Juicios Universales de la jurisdicción). Asimismo, sostuvo que no se trata de dar prevalencia al interés de un tercero -el comprador del bien- por sobre los intereses de todos los acreedores que concurren al juicio universal, sino encontrar una solución investida del valor justicia y de dar seguridad jurídica a la transacción realizada entre la presentación en concurso preventivo y la apertura del mismo, período durante el cual el tercero no estaba en condiciones de conocer la situación concursal. Se le dio mayor valor a la buena fe del tercero por sobre la mala actitud del concursado quien actuó a sabiendas de su estado de cesación de pagos. Se consideró que el tercero carece de medios técnicos, publicísticos y registrales normales que le permitan tomar conocimiento del estado concursal de su cocontratante.

Por su parte, el fallo tiene un voto en disidencia del vocal Ana I. Piaggi. Manifestó que es absolutamente incontrovertible que el estado de impotencia patrimonial se configuró en el momento en que el deudor efectuó su petición de concurso preventivo. Por ello los actos celebrados entre su presentación y la sentencia de apertura fueron realizados durante el estado de cesación de pagos y resultan absolutamente ineficaces.[13]

Conclusión [\[arriba\]](#)

La ley Concursal tiene un vacío ya que no contempla una solución específica para el tratamiento de los actos medio tempore.

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 por lo cual 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.

Se debe tener que con la demanda que inicia el proceso de concurso preventivo el deudor está confesando su cesación de pagos por lo cual sería injusto permitirle licuar su patrimonio en perjuicio de los acreedores a los que se les va a pedir un esfuerzo al momento de requerirles plazo y quitas para lograr la reestructuración del pasivo.

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 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).

Notas [\[arriba\]](#)

- [1] Rivera, Julio Cesar; Roitman, Horacio; Vítole Daniel Roque, Ley de concursos y quiebras, Tomo I, ed. Rubinzal - Culzoni Editores, Bs. As., 2005, p. 355.
- [2] Cariota Ferrara, L., El negocio jurídico, Águilar, Madrid, 1956, ps. 186 y 187, n 61. Citado por Heredia Pablo D. Tratado exegético de derecho concursal. Buenos Aires, 2000, Tomo 1, pág. 429.
- [3] El artículo 16 contempla los siguientes actos: los relacionados con bienes registrables; disposición o locación de fondo de comercio; emisión de debentures con garantía especial o flotante; emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante; constitución de prenda; los que exceden la administración ordinaria de su giro comercial.
- [4] ORGAZ, Alfredo, "El acto de administración en el Código Civil", en Nuevos estudios de derecho civil, Buenos Aires, 1954, p. 43. Citado por CÁMARA, Héctor. El concurso Preventivo y la Quiebra: comentario a las ley 24522 y sus modificatorias 25563 y 25589. Tomo 1, 2da edición. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004, P. 465.
- [5] RIVERA, Julio C., Instituciones de derecho civil, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 586.
- [6] RIVERA, Julio C., Instituciones de derecho civil, cit., t. II, p. 587
- [7] CÁMARA, Héctor. El Concurso Preventivo y la Quiebra... p. 458)
- [8] "El Concurso Preventivo y la Quiebra", Buenos Aires, Depalma, 1978, vol. 1, p. 458
- [9] RIVERA, Julio Cesar. Instituciones de Derecho Concursal, tomo I, RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, 1996, nº 24, págs. 213/214
- [10] conf C.N.Com., Sala A, 28II1997, "La Ley", 1998B715 y con análogos fundamentos, aunque haciendo aplicación de la ley 19.551, que presenta textos y dificultades similares a la actualmente vigente, C.N.Com., Sala A, 24II1977, "El Derecho", 74299; C.N.Com., Sala B, 19XI1981, "El Derecho", 97689; C.N.Com., Sala E, 3II1988, "El Derecho", 129443; id. 15XII1986, "La Ley", 1987B522
- [11] Maffía, Osvaldo, "Derecho Concursal", Buenos Aires, Zavalía, 1985, t. I, p. 324).
- [12] CNCom., Sala B, 2005/04/26 Guevara Lynch, Matías R. S/ quiebra. 22.764: ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381). Voto mayoritario María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero - Enrique M. Butacas. En disidencia Ana I. Piaggi.
- [13] Cfr. CNCom., Sala E, 3-2-1988, in re: "Ingeniería Tauro S.A.I.C.I.F s/ concurso s/ actuaciones sobre restitución.