

## La *autorización* al síndico concursal para iniciar una acción de ineficacia concursal en los términos del art. 119 LCQ

Por Federico Scherbarth

### I. Introducción [\[arriba\]](#)

El propósito de este trabajo está relacionado con uno de los efectos patrimoniales más importantes de toda quiebra - el desapoderamiento- y las acciones de ineficacia concursal recompositorias del patrimonio.

El objeto del presente está entonces vinculado al “rompecabezas procesal” que requieren las acciones de ineficacia ejercidas por el síndico, puntualmente en lo que respecta a la autorización requerida por el art. 119 LCQ. Si bien la norma es clara al señalar que “la acción es ejercida por el síndico”, renglón seguido establece como requisito de procedencia que la misma “está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible” (...) - art. 119 LCQ.

Ahora bien, el art. 39 de la LCQ (y el 200 LCQ por remisión) prescribe que treinta (30) días después de presentado el informe individual de los créditos, el síndico debe presentar un informe general. Dentro de este informe éste debe enumerar concretamente los actos que considere susceptibles de ser revocados, según lo disponen los arts. 118 y 119 LCQ. (inc. 8vo. art. 39 LCQ)

Por su parte, tenemos que la sentencia de quiebra importa la aplicación inmediata de distintas medidas y entre ellas, el desapoderamiento. Así, el art. 107 LCQ establece que el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación, impidiendo además el ejercicio de los derechos de disposición y administración sobre ellos.

Si bien hay algunos bienes que quedan excluidos del desapoderamiento por excepción (art. 108 LCQ), éste efecto patrimonial configura la regla, y por lo tanto es el síndico quien por mandato legal tiene la administración de los bienes y participa de su administración y disposición en la medida fijada en la ley.

Es entonces el art. 110 LCQ el que dispone que el fallido pierde la legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico. En consecuencia, los actos realizados por el fallido sobre los bienes desapoderados, así como los pagos que hiciere o recibiere, son ineficaces y la declaración de ineficacia es decretada de conformidad a lo dispuesto en el art. 119, penúltimo párrafo.

Este breve exordio permite contextualizar la situación fáctica y jurídica con la que se encuentran los operadores jurídicos en el supuesto del art. 119 tercer párrafo a los fines del ejercicio de la acción revocatoria concursal por parte del síndico.

En ese caso puntual, no nos encontramos frente a actos ineficaces de pleno derecho, como se da en los supuestos que prescribe el art. 118 LCQ, sino que son actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos.

Estos últimos son entonces actos en perjuicio a los acreedores que ocurrieron durante el período de sospecha entre un tercero que celebró el acto con el fallido y tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor.

Por lo tanto, los bienes no fueron incautados producto del desapoderamiento porque ya no se encontraban en el patrimonio del fallido, pero por las características y época en que se produjo el acto, es pasible de una acción de ineficacia concursal a los fines de recomponer el patrimonio del deudor en beneficio de la masa de acreedores.

Lo que aquí nos atañe es entonces la “legitimación procesal” vinculada a esta acción. El art. 119 tercer párrafo prescribe que “la acción es ejercida por el síndico”; y “está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible” (...).

Por lo tanto, ¿cómo se obtiene esa autorización de la mayoría simple? O aun más, ¿qué sucede si los acreedores requeridos no manifiestan su voluntad?

## **II. El problema procesal del art. 119 tercer párrafo [\[arriba\]](#)**

El punto de partida en la labor del síndico en relación a las acciones de ineficacia concursal, se encuentra en el informe general del art. 39 LCQ. Tal como se señaló precedentemente el inc. 8vo. de este art. 39 manda y faculta al síndico para que enuncie aquellos actos que son susceptibles de ser revocados en los términos de los arts. 118 y 119 LCQ. Por ello, es el síndico quien hace una evaluación y análisis exhaustivo haciendo uso de sus facultades de investigación y control que le permiten tener una primera aproximación a los actos que considere que deban ser informados para conocimiento del Juez y de todos los acreedores.

Así las cosas, el síndico ejerce hoy sus funciones como órgano del proceso concursal y no por mandato o delegación de los acreedores como podía observarse en aquellos vetustos antecedentes de la Ley N° 11.719. Allí se establecía que el liquidador, para ejercer la acción de ineficacia concursal recompositoria del patrimonio del deudor, necesitaba la previa autorización de la comisión de vigilancia o de la asamblea de acreedores, en su caso (art. 153 in fine, Ley N° 11.719).

En la realidad y según la aplicación práctica de esa norma, se observaba que la autorización resultaba ser un escollo para la declaración de ineficacia de actos perjudiciales a los acreedores. Entonces se afirmaba que “ante la notoriedad de la indiferencia de los acreedores en estos procesos, ello se prestaba a manejos turbios de los interesados en impedir el planteamiento de la pretensión, haciendo concurrir a la junta a algunos acreedores benevolentes o cuyo voto había sido compensado, quienes negaban al liquidador la potestad de iniciar la acción, aunqu fuera evidente su procedencia.”[1]

Luego y durante la vigencia de la anterior Ley N° 19.551, la circunstancia de hecho cambió, dado que el síndico adquirió nuevas facultades y mayor legitimación dentro del sistema concursal. En torno a esta cuestión se habían eliminado los contratiempos jurídicos en cuanto a la legitimación del síndico concursal para poder llevar adelante la acción correspondiente, pero la modificación legislativa

del año 1995 - Ley N° 24.522- exige ahora “mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible” para poder ejercer la acción.

Aquí yace el problema. Sólo los acreedores quirografarios tienen legitimación para autorizar las acciones de ineficacia y a su vez, la ley no establece el procedimiento para lograr esa mayoría simple de capital quirografario.

Se produjo así un regreso y retroceso en lo atinente a las acciones de recomposición patrimonial que fue duramente criticado por la doctrina, toda vez que frente a este escenario se dan sólo dos situaciones: la conformación de la acción de ineficacia concursal o su rechazo, a merced de los acreedores señalados.

En este sentido, se ha señalado que este retroceso implicó "una herida de muerte para la acción de ineficacia concursal"[2]; "un requisito suicida.." augurando "... la muerte del instituto", sacrificado en el altar de las instituciones financieras que con frecuencia obtienen, y a último momento, garantías que resguardan viejos pasivos comunes."[3] Este último comentario viene a colación de lo que se conoce vulgarmente como la "enmienda Cavallo", fruto del lobby del sector financiero para exigir la incorporación de este requisito de la "autorización de la mayoría simple de acreedores quirografarios verificados y declarados admisibles" y así entorpecer el procedimiento concursal e imponer un valladar casi imposible de socavar a los fines del ejercicio de la acción por parte del síndico concursal.

Hoy la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible se debe computar sobre el total del pasivo verificado en tal carácter y que surja de la sentencia que así lo determine (art. 36 y 200 LCQ). Al eliminarse los sistemas de consulta o Juntas que preveían leyes anteriores, el problema de la obtención de la mayoría se torna como un requisito gravoso que han meritado las calificaciones doctrinarias precedentes.

### **III. Propuestas doctrinarias [\[arriba\]](#)**

Con la modificación de la Ley N° 24.522 y la necesidad de la obtención de la autorización para ejercer la acción, desde la doctrina se ha trabajado para soslayar el impedimento procesal y así intentar flexibilizar el alcance de la norma.

La práctica judicial y la realidad de los procesos concursales desde 1995 fueron configurando y desarrollando soluciones pragmáticas frente a la anomia. Así, se pueden encontrar en doctrina distintas propuestas que fueron complementando las soluciones tribunalicias.

Para los autores de la Ley N° 24.522, el Juez como director del proceso (art. 274 LCQ) debe convocar a una audiencia para que los acreedores verificados y declarados admisibles en audiencia, presten su conformidad o no frente al pedido del síndico de iniciar una acción de ineficacia.[4]

Por su parte, Bergel y Paolantonio entienden que para lograr las conformidades, sólo pueden utilizarse dos vías: "solicitar al tribunal la convocatoria edictal de una asamblea de acreedores o acompañar al expediente las aquiescencias -con firmas certificadas- dadas por los acreedores que conformen la mayoría requerida por la ley."[5]

Por otro lado, están también quienes intentan flexibilizar el alcance de la norma emplazando a los acreedores a que otorguen la autorización bajo apercibimiento de que si no se oponen en un término preestablecido ésta se considerará concedida.[6] Los autores reseñados, siguiendo lo resuelto en "Frigorífico La Perla c. Klosterboer, Pedro"[7] propician la atenuación de la exigencia de la autorización, toda vez que los arts. 119 y 174 LCQ no establecen el procedimiento a seguir para obtener esa autorización y no cabe exigir el cumplimiento de recaudos rigurosos.

En el mismo sentido, desde el Departamento Judicial de Mar del Plata se ha sostenido que si la ley ha dejado al Juez la mejor forma de establecer la voluntad, y éste ha adoptado prudentemente la más eficaz del proceso para poner en conocimiento de los acreedores el pedido de autorización mediante cédulas de notificación acompañadas de las copias de los escritos del acreedor denunciante de los actos revocables, y del síndico requiriendo la autorización, ello resulta suficiente a los efectos de conseguir las conformidades suficientes, incluso para el supuesto que algunos acreedores no hayan manifestado su voluntad aun estando notificados. Lo contrario implicaría un excesivo rigor formal.

Frente a las críticas recibidas en torno a esta cuestión y por considerar que los autores le estaban otorgando facultades legislativas al Juez al disponer que el silencio implique conformidad (en relación al art. 919 Cód. Civ.), han propuesto incluso, que los acreedores sean intimados bajo apercibimiento de considerar su silencio como manifestación positiva de voluntad.[8]

Esta última propuesta es la que considero más apropiada. En pos de solucionar las críticas y contratiempos de las leyes anteriores en torno a este instituto y la necesidad de contar con acciones de recomposición del patrimonio que sean eficaces y operativas en nuestro derecho, se debe encontrar una solución práctica y eficiente hasta un futuro cambio legislativo.

Así las cosas, si el síndico previene actos susceptibles de ser revocados en el informe general (arts. 39 y 200 LCQ) y luego, oportunamente considera que es necesario iniciar una acción de ineficacia concursal en los términos del art. 119, los acreedores quirografarios verificados y declarados admisibles no tienen por qué desentenderse y no manifestar su voluntad. A los fines de garantizar el derecho de defensa y cumplir con el debido proceso, considero que frente al pedido del síndico ante el Juez para iniciar tal acción, lo más prudente y coincidente con lo desarrollado en este trabajo, sería que el Juez mediante la resolución pertinente convoque a todos los acreedores quirografarios verificados y declarados admisibles, para que manifiesten su conformidad o disconformidad de llevar adelante la acción de ineficacia solicitada por el síndico bajo apercibimiento de que aquel que no se presente, se lo considerará como voto positivo.

#### **IV. Formalidad de la notificación [\[arriba\]](#)**

Algunos consideran que frente al vacío legislativo y la deficiencia técnica, " es necesario que los acreedores sean notificados por un medio que garantice que han tomado real conocimiento", toda vez que " el silencio de los acreedores no puede ser interpretado como consentimiento o autorización, a menos que el Tribunal así lo hubiese establecido en el auto respectivo".[9]

No obstante ello, considero vital sopesar la postura del legislador de 1995 en relación a este tópico. Así las cosas, Vítolo sostiene que "la ley ha dejado librado al Juez, en su carácter de director del proceso (art.274 LCQ) la forma en la cual las conformidades podrán ser obtenidas, y el modo de computar el régimen de mayorías." [10]

Se puede observar que el espíritu de la Ley N° 24.522, cuyo legislador era conocedor de las diversas características y modalidades que pueden asumir los procesos falenciales, optó entonces por no legislar un sistema rígido para la consulta y obtención de la autorización. En cambio, dejó librado al criterio judicial para que fuera el juez, como director del proceso, quien estableciera pretorianamente el procedimiento.

Entre distintos precedentes analizados y posturas doctrinarias, se puede extraer una conclusión vaga y difusa pero que se pretende corregir con este y futuros trabajos.

Así tenemos que, dependiendo de que se trate de un pequeño o gran concurso (arts. 288 y sgtes. LCQ) o analizando el caso puntual, puede resultar aconsejable la celebración de una audiencia para aquellos casos en los cuales la complejidad y riesgo de las acciones de ineficacia ameritan una explicación por parte de la sindicatura, y un cierto grado de deliberación por parte de los acreedores para resolver sobre el particular. Por otro lado, en aquellos casos menos complejos, la intimación por cédula a los fines de expedir su manifestación de voluntad puede resultar suficiente, y hasta excepcionalmente la publicación de edictos puede resultar un medio idóneo.

Estas situaciones y creaciones pretorianas carecen de una pauta rectora o patrón común y continúa sin resolver la consideración del silencio como manifestación positiva o no de la voluntad.

Adelanto mi opinión en el sentido coincidente con lo antes señalado, considerando que es necesaria la notificación por cédula con el requerimiento de un apercibimiento expreso para el caso de no manifestación de voluntad.

El silencio solo ha de considerarse como manifestación positiva de autorización en el caso en que el Juez haya notificado por cédula a los acreedores del pedido del síndico, y ello, bajo apercibimiento de considerar al silencio como manifestación de voluntad de otorgar la autorización requerida.

Otro medio de notificación podría alterar el derecho de defensa y garantías constitucionales, otorgando a su vez inseguridad jurídica a todo el sistema. En este entendimiento la publicación edictal servirá como medio de notificación con presunción de conocimiento por todos los acreedores, pero se le criticará que no constituye una notificación personal. Lo mismo si se sigue el principio de notificación de todo procedimiento falencial, ergo ministerio legis (art. 26 LCQ).

Por lo tanto, la notificación por cédula a todos los acreedores quirografarios y declarados admisibles, incluido el apercibimiento en caso de silencio configuran el medio procesal que mejor resguarda el sistema jurídico concursal en relación con este instituto y permite el ejercicio de la acción prevista en el art. 119 LCQ.

## V. La interpretación del silencio [\[arriba\]](#)

Para resolver la cuestión atinente a la propuesta introducida en este trabajo, partimos de la base de que el Juez frente a la solicitud del síndico para ejercer la acción de ineficacia concursal en los términos del art. 119 tercer párrafo, debe otorgar traslado a los acreedores a los fines de que presten o no su conformidad.

Frente a este supuesto, el Juez debe decidir si es posible interpretar el silencio que los acreedores quirografarios verificados o declarados admisibles guardaren - en su caso-, como una manifestación positiva de su voluntad de otorgar la autorización o si por el contrario, no cabe tomar tal circunstancia como una manifestación.

Es conocido el principio conforme al cual el silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, salvo en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de la relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes. (art. 919 Cód. Civ.)

En tal sentido, ha dicho la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que "el silencio de la parte es susceptible de ser considerado como manifestación de voluntad a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes, pero la apreciación de tal relación constituye una cuestión de hecho privativa de los jueces del fondo.[11]

Por su parte, se puede aseverar que "es necesario señalar que todas estas reglas terminantes y de contenido absoluto, comenzaron a debilitarse en el derecho corriente y algunas costumbres se fueron apartando de este precepto. (...) El Cód. Civ. argentino, y en carácter de excepción, brinda algunos casos donde al silencio se le otorga similares efectos que a la declaración de voluntad".[12]

Entre esos casos se trae a colación el supuesto del mandato tácito que prevén los arts. 1873 y 1874 del Cód. Civ.. Dichas normas enseñan que si alguien actúa en nombre ajeno y quien tiene conocimiento de ello nada hace, esa inacción permite considerar la existencia del mandato. También el Cód. Civ. regula la ratificación tácita del mandato en el art. 1935, cuando el mandante recibe noticias de lo que hizo el mandatario en su nombre, y guarda silencio.

Además de lo dispuesto por el art. 1874, la lectura de la notas a los arts. 1873/4 muestra que el codificador ha considerado que el consentimiento a un acto jurídico puede resultar del silencio, y con el mismo fundamento se le otorga la acción de mandato al tercero que ha pagado la deuda de quien, sabiendo del cumplimiento por un extraño, no hizo nada para impedirlo.[13]

Retomando el análisis de la última parte del art. 919 del Cód. Civ., tenemos que para dar por configurada la manifestación de voluntad, exige pues que la relación "entre el silencio actual y las declaraciones precedentes" determine "una obligación de explicarse". Esta obligación-apoyada en el principio de la buena fe-constituye un deber para los hombres que viven en sociedad: el de no permanecer callados cuando media por las circunstancias el deber de hablar.[14]

Por lo tanto, siguiendo esta lógica, si existe auto fundado mediante el cual el Juez otorga traslado a los acreedores quirografarios verificados y declarados admisibles

a los fines de que presten su conformidad o no con el pedido del síndico de iniciar acción de ineficacia concursal en los términos del art. 119 LCQ, bajo apercibimiento de entender su silencio como voto positivo a los efectos del cómputo de la mayoría que exige la norma, no se vislumbra afectación o cercenamiento de derecho alguno que impida tomar el silencio como manifestación positiva de voluntad.

Es así que esta propuesta e interpretación del silencio como voto positivo, siempre que se cumpla con los requisitos señalados, es la que se considera como la postura válida y eficaz a los efectos de permitir que funcione el sistema de acciones de recomposición del patrimonio en los términos del art. 119 LCQ.

## **VI. Conclusiones** [\[arriba\]](#)

Por todo lo expuesto, el esquema fundamental de este sistema se configura con el traslado por cédula de la resolución del Juez que haga eco del pedido del síndico a todos los acreedores verificados y declarados admisibles.

Con respecto a aquellos acreedores citados que manifiestan su conformidad o su disconformidad no habrá problema al respecto del cómputo de la mayoría exigida por la ley a los efectos del ejercicio de la acción. Ahora bien, en relación al resto de los acreedores que fueron notificados por cédula y guardaron silencio frente a la carga procesal, en base a los antecedentes reseñados y a la aplicación de principio de la buena fe, considero que su silencio ante el anuncio del inicio de la acción revocatoria concursal, debe considerarse como un caso de mandato tácito de los previstos por el art. 1874 del Cód. Civ., pues sabiendo que el síndico promovería la acción revocatoria nada hicieron para impedirlo.

Consecuentemente, ha de tenerse por cumplida la autorización exigida por el art. 119 de la ley de concursos y quiebras.

Así se cumple con el espíritu del legislador de 1995, toda vez que si la norma ha dejado al Juez la forma de establecer la voluntad de los acreedores, el medio más eficaz del proceso para poner en conocimiento de los acreedores del pedido de autorización es mediante cédula de notificación. Incluso más si la resolución que se notifica incluye el apercibimiento de considerar su silencio como manifestación positiva de voluntad.

De esta forma se posibilita que la acción de ineficacia concursal no se torne ineficaz y se refuerza lo que la modificación de la ley concursal en el año 1995 ha debilitado: la posibilidad de integración extraordinaria del activo falencial a través de las acciones de recomposición patrimonial.

Finalmente y como preludeo de un futuro e inmediato trabajo relacionado con el presente, se anticipa e interroga al lector: ¿Todos los acreedores verificados y declarados admisibles pueden prestar la conformidad o disconformidad con la autorización al síndico para ejercer la acción? ¿Se computa el voto de los acreedores que se encuentran en la situación del art. 45 cuarto párrafo de la LCQ? ¿Se debe considerar el voto del acreedor a quien incluso se pretende demandar? ¿Qué sucede con los acreedores que tienen un interés directo o indirecto contrario a la recomposición patrimonial?

En definitiva no es intención sembrar más dudas que certidumbres, sino prever que el tema no se encuentra agotado en el requisito de procedencia procesal, la "autorización". El cómputo de la mayoría y los acreedores autorizados a votar escapan al objeto del presente trabajo, pero adelanto que considero que es el síndico (al informar al juez la intención de iniciar la acción de ineficacia) y todos los acreedores interesados quienes en oportunidad en ser citados por cédula a los fines de prestar su conformidad o disconformidad, también deben manifestar si se debe excluir el voto de algún otro acreedor. Será el Juez quien en definitiva decida sobre la cuestión, aplicando en este punto similares argumentos que los que brinda el art. 45 de la ley concursal y los criterios brindados por la jurisprudencia en torno a la exclusión de voto en resguardo del abuso del derecho.(argto art. 1071 Cód. Civ.).

- 
- [1] CAMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, Depalma, Buenos Aires, 1982, t. III, p. 2200.
  - [2] PAOLANTONIO, Martin y BERGEL, Salvador, "La ineficacia concursal en la ley 24.522", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, 1996, p.122.
  - [3] MAFIA, Osvaldo "Aspectos de la nueva ley de concursos (I): Responso para la ineficacia concursal", La Ley, 1996- B, p.862.
  - [4] Conf. RIVERA, Julio Cesar, ROITMAN, Horacio y VITOLO, Daniel, Concursos y quiebras, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 186.
  - [5] PAOLANTONIO, Martin, BERGEL, Salvador, p. 122
  - [6] Conf. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Sistema de ineficacia concursal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p.275.
  - [7] CNCom Sala C, Frigorífico La Perla c. Klosterboer, Pedro, 13-8-1997.
  - [8] Conf. MORIONDO, Alberto y GULMINELLI, Ricardo Ludovico, "Autorización de los acreedores para demandar", III Congreso Argentino de derecho concursal, Ad hoc, tº II, p.171.
  - [9] JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, p.277.
  - [10] VÍTOLO, Daniel Roque, "Responsabilidad de terceros en caso de quiebra. Acciones de los acreedores", Revista de derecho de daños, Rubinzal Culzoni, 2001, tomo 3, p.463 y sgtes.
  - [11] Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "Acuerdos y Sentencias", 1966-II-554 y Acordada 39.619 del 27-12-1991.
  - [12] COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, El silencio como manifestación omisiva de la voluntad, La Ley, 1994-B, p. 312.
  - [13] Conf. ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, Derecho de Obligaciones, Abeledo Perrot p. 98.
  - [14] Conf. SPOTA, Alberto G. "El silencio como manifestación del consentimiento en los contratos...", Revista La Ley, t. 24, pp. 715-721.