

CONCURSOS: CUESTIONES PROCESALES

Por Carlos Emilio Moro

Resumen

Ninguna ley priva a los jueces de aplicar la ley.

La ley concursal otorga enormes facultades judiciales en la dirección del proceso, en el cual se cumplen ciertos actos que no hallan su correspondencia en juicios de otra naturaleza, lo que resulta, precisamente, de la posición predominante del juez (art. 274 LC) por sobre la voluntad de acreedores y deudor, típica del inquisitivo.

No es del legislador la "culpa" de las injusticias que ocurren una vez que se pone en marcha el proceso concursal, en las muchas y distintas situaciones que se presentan. Para decirlo en palabras de Francesco Carnelutti: "La bondad de las leyes es como la belleza de la música. No depende sólo del que la compone sino del que la ejecuta".

Leyes de fondo y forma

La ley concursal contiene normas de naturaleza procesal tendientes a adecuar el desarrollo del instituto a los postulados y estructuras que para el mismo ha establecido el legislador con marcada acentuación de las notas de publicidad, imperatividad, oficiosidad, así como de una intensificación de la carga de cooperación que pesa sobre las partes, creando de tal modo un régimen especial y propio, cuya visión sistemática y teleológica del conjunto de sus disposiciones y principios fundamentales indica que es allí donde debe buscarse en primer término las líneas de interpretación, y sólo en ausencia de sus disposiciones podrá recurrirse a otros ordenamientos, siempre que resulten compatibles con dicho régimen, en cuanto a la rapidez y economía del trámite.

En el proceso concursal se cumplen ciertos actos que no hallan su correspondencia en juicios de otra naturaleza como resulta de la posición predominante del Juez por sobre la voluntad de acreedores y deudor, típica del inquisitivo. Profundizando ese *discrimen* genérico entre el proceso concursal y los -digamos- ordinarios, vemos cómo el síndico no actúa ni en representación de los acreedores ni del deudor, pues no recibe de ellos sus poderes, ya que la

En cuanto al plazo de gracia, es una problemática que todavía tiene soluciones distintas según la región del país donde suceda, lo que trae a cuento la célebre frase de Ramón y Cajal: "No hay temas agotados sino hombres agotados por los temas". El legislador concursal no reguló expresamente el plazo de gracia, y simplemente no lo hizo porque el mismo varía en extensión y modalidades según la jurisdicción de que se trate. Tan simple como eso. El plazo de gracia contemplado en las leyes rituales locales resulta aplicable en los concursos ².

Apelabilidad sí, apelabilidad no: Una margarita que siempre tiene una hoja más

Desde la apertura del proceso concursal el juez, de oficio o a solicitud de parte, va dictando una serie de providencias tendientes a concretar el desenvolvimiento de las diversas relaciones procesales, siendo necesario evitar dilaciones a través de la articulación de recursos que sólo persigan una impropia demora en su curso, en pos de cuya agilidad y presteza el artículo 273 inc. 3º señala que aquellas providencias son inapelables, salvo disposición en contrario.

A nuestro criterio, esa norma no tiene ni puede tener un valor absoluto, ya que lógicamente presupone un trámite cumplido normalmente, un procedimiento que en el caso no se haya apartado de la ruta prevista por el estatuto concursal. En otras palabras, será menester la disposición en contrario que refiere la regla, cuando el recurrente impugne un trámite o una resolución que *prima facie* se ajuste a los que el dispositivo falencial prevé ³.

Y, a la inversa, a pesar de la falta de una norma expresa que así lo haga posible —dice bien Baracat—, será procedente la apelación contra aquel decisorio que se aparte de la ruta señalada por la ley específica, arremetiendo contra el procedimiento estatuido (*error in procedendo*), o bien que dirima la cuestión litigiosa con prescindencia, ignorancia o contrariamente a lo que ella sucintamente define o protege (*error in iudicando*).

La inapelabilidad entonces presupone un trámite normal, por lo que cuando estemos en presencia de una situación no querida o no prevista por la ley, hipótesis de menoscabo y/o violación de la especificidad falencial, que es por cierto más frecuente que lo deseable, el principio habrá de ceder, sin que sea posible frente a ella privar a los justiciables del remedio de la apelación, para precisamente corregir el error y obtener la restitución de la especificidad trans-

² STJ Tierra del Fuego, noviembre 15-1995, "Kenia Fueguina S.A. s. solicitud de apertura de concurso preventivo", ED 173-415, fallo 48075 con nota de Edgardo Daniel Truffat.

³ Baracat, Edgar J., "Reflexiones en relación a la interpretación de la regla de la 'especialidad apelativa' en el proceso concursal", JA rev. núm. 5508.

competencia del mismo es original. Su función no se subordina a las obligaciones, derechos, facultades y cargas de acreedores y concursado. No es, técnicamente, *parte*, salvo cuando actúa por el concurso, pero dentro del proceso concursal no lo es, por más que sus funciones sean de diverso orden. De ahí que la aplicación íisa y llana de la ley procesal local lleve tanto a desinterpretar las funciones que cumple el síndico dentro de los procesos de esta naturaleza como a omitir el examen de la verdadera estructura de éstos. De ahí también que sea la propia ley de concursos, pese a las deficiencias que ostenta en lo tocante a la conceptualización de su terminología y de sus institutos, la que dispone que las leyes procesales locales se aplican en cuanto no esté expresamente contemplado en la misma ¹.

Perentoriedad. Plazos

La ley concursal determina un régimen específico para el cómputo de los plazos prescriptos a lo largo de su articulado y consagra expresamente en el inciso 1º del artículo 273 la calidad de perentorios de todos los términos judiciales, perentoriedad que implica una generalización de todos los plazos legales o judiciales, afecten a quienes afecten, con independencia de que sean o no parte en el proceso o que se trate del mismo tribunal.

En este contexto, debemos admitir que en el procedimiento concursal un pedido de suspensión de plazos sería de dudosa admisibilidad; no obstante, al no tratarse de un instituto que como en los juicios ordinarios persiga dilatar el proceso en beneficio de una de las partes, sino que por el contrario su finalidad es o bien paliar situaciones fácticas que hacen imposible la prosecución del trámite, o bien evitar que se vulnere el derecho de defensa en juicio de una de las partes, u otorgar un plazo para que ambas partes traten de conciliar en forma extrajudicial el conflicto a dirimir, modalidades éstas bajo cualquiera de las cuales cabe aplicarlo en un concurso, bajo el prudente arbitrio judicial de suspender o no en tanto y en cuanto no se contradiga con los principios de rapidez y economía que siempre deben primar en el trámite del concurso.

La ley concursal a lo largo de su articulado determina un régimen específico para el cómputo de los plazos, considerándose los términos por días hábiles judiciales, mas al calcularse los plazos por meses enteros, como lo establece por ejemplo en los artículos 119, 163, 164 y 277, lógicamente quedan comprendidos en el cómputo los días inhábiles, pero por aplicación de la regla general precitada (art. 273 2º), debe entenderse que queda excluido el período correspondiente a un mes inhábil, como es la feria judicial de enero.

¹ Maffia, Osvaldo J., "Un ejemplo de claridad", comentario al fallo de la CCC Mercedes, en pleno, setiembre 12-1991, "Spizzirri, Pierino Enzo s. incidente de verificación de crédito en autos 'Lázaro, Lorenzo C. s. concurso preventivo'", ED 150-332, fallo 44.791.

gredida o la doble instancia en una cuestión novedosa, que extralimiten la secuela natural y ordinaria del trámite ⁴.

¿Sería lícito sostener en esos casos que, por ausencia de una regla expresa que conceda la apelación, ella sea improcedente? Hacerlo, como de ordinario se hace, implica reducir la regla procesal de la especialidad apelativa a una mera interpretación exegética, que equivale en realidad a prescindir del texto legal.

En efecto, la inconsecuencia, la falta de previsión o la omisión involuntaria no se suponen en el legislador y por esto se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, en tanto cuando la ley emplea determinados términos u omite, en un caso concreto, hacer referencia a un aspecto, es la regla más segura de la exégesis la de que esos términos o su inclusión no son superfluos, sino que se ha realizado ello con algún propósito, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador.

Será inobjetable lo imperiosa que devendrá la revisión del tribunal superior, cuando la subjetiva y aun huérfana de derecho —en ciertos casos— decisión del juez cause graves daños a los intereses que estén en pugna, doble instancia que no podrá bloquearse tras una fórmula genérica del legislador, como la del 273 ^{3º}, ante la imposibilidad del legislador de contemplar casos tan particulares como frecuentes en un juicio de juicio y proceso de proceso, como definía El concurso mi querido, pintoresco e inolvidable profesor español, que buscó refugio en la Universidad Nacional del Litoral (de la que fue decano y director del Instituto de Derecho Comercial) escapando de la cruenta guerra civil española, el Dr. Luis Muñoz.

En verdad, la realidad no puede ser ignorada y menos reemplazada por la inconsciente teorización, so riesgo de que esa misma realidad se olvide de quienes así lo hagan... En todo caso, lo que deberá hacer un juez, antes que camuflarse en lo que el legislador ni dijo ni quiso decir, es negar la apelación si a su prudente criterio correspondiera, dictando un auto motivado como se lo permite el artículo 274 de la misma ley 24.522.

No obstante, si fuera necesario terciar con una desesperada queja, el depósito previo exigido a cualquier otro mortal no será tal cuando el recurrente sea el mismo quebrado, teniendo preferentemente en cuenta que desde la apertura del concurso el deudor debe suspender sus pagos para mantener la integridad del patrimonio ⁵.

⁴ STJ Entre Ríos, junio 26-2001, "Vizental y Cía. S.A.C.I.A. s. su Pedido Conc. Prev. Rec. Queja Promovido por Dra. María Papetti", CCC Paraná (ER) Sala 1º, octubre 30-1992, "Paranatex S.A.I.C. y F. s. concurso preventivo —Convenio de reconocimiento de deuda y forma de pago de la deuda verificada como privilegiada— Queja interpuesta por Dr. Moro" (no se había hecho lugar a la cancelación de contratos prendarios hasta tanto no se cumplimentara con el depósito de honorarios profesionales).

⁵ S.T.J.E.R., Paraná (ER) junio 30-1994, "Szczech, Néstor J. s. quiebra inc. remoción de síndico promovido por Szczech", ZEUS Tº 66-J-222, fallo 10029.

Agregamos algunos pronunciamientos sobre este siempre espinoso tema:

1. El principio general de la inapelabilidad de las resoluciones es en pos de la celeridad y economía del trámite concursal, y se circunscribe a aquellos asuntos o cuestiones característicos o propios de la ejecución colectiva, debiendo ceder ante supuestos en donde los argumentos esgrimidos por el recurrente exceden el ámbito del procedimiento concursal y las cuestiones debatidas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/03/2009, "Brújula Compañía Argentina de Seguros SA").

2. La decisión que dispone que el acuerdo se cumpla conforme los términos en que fuera homologado no escapa al marco de inapelabilidad del artículo 273, inciso 3), LC por lo que no cabe admitir los agravios en tanto no se verifica en la especie un caso de daño grave (CNCom, Sala A, 18/05/05, "Defranco Fantín, Reynaldo s/concurso preventivo").

3. El art. 273 inc. 3 de la ley 24.522 prevé una inapelabilidad genérica para las resoluciones dictadas durante el procedimiento de la quiebra. Esta norma tiene por finalidad impedir que la celeridad y la agilidad de los trámites del proceso universal puedan ser perturbados por apelaciones que dilatan el desarrollo normal de la causa. De ahí que la revisión de grado posee carácter restrictiva y excepcional y que debe ser abierta sólo en aquellos supuestos en que se haya demostrado en forma efectiva y concreta que lo decidido por el tribunal inferior importa un perjuicio calificable como grave a los intereses en juego y que además, no altere la secuela regular del proceso. Verificados tales supuestos, debe permitirse el acceso a la alzada, ya que si bien la doble instancia no es garantía de orden constitucional aunque integre la de defensa en juicio cuando está instituida por la ley, es la forma en que más adecuadamente se la preserva (CNCom - Sala A - 29/11/2005 "Merkier, Jaime s/quiebra s/queja").

4. En principio, las decisiones sobre la realización de los bienes de la fallida no son impugnables por vía de apelación (LC: 273: 3), puesto que tales decisiones constituyen pasos normales y regulares del proceso de quiebra y se encuentran sujetos a la regla general de inapelabilidad. No obstante, esta sala, en su anterior composición, admitió conocer en los recursos sobre tal materia en aquellos casos en que se hubiere demostrado en forma efectiva y concreta que lo decidido por el tribunal inferior podía irrogar un agravio grave e irreparable a los intereses en juego. Los supuestos de hecho de la decisión apelada contienen las características que permiten apartarse del principio general, en cuanto se trata de la venta de un inmueble de la quiebra, respecto del cual existen importantes discrepancias objetivas sobre la base (CNCom - Sala A - 23/02/2006, "Herrero, Marcos s/quiebra").

5. El principio contenido en el art. 273:3 LC, según el cual las resoluciones son irrecurribles, responde a la necesidad de evitar dilación del trámite concursal; empero, la jurisprudencia aligeró esa restricción cuando se trata de

cuestiones ajenas al procedimiento propio del concurso (cfr. Maffia, Osvaldo, *La ley de concursos comentada*, ed. Lexis Nexis, t. II, p. 330). Bajo las pautas reseñadas, se advierte que la materia concernida en la presente queja excede el procedimiento concursal *strictu sensu*, y por tanto escapa a la regla de irrecurribilidad prevista por la norma referida" (CNCom - Sala B - 13/03/2006 "Martínez Rubio, Francisco s/quiebra s/queja").

6. Se hizo lugar a la queja interpuesta, concediendo el recurso de apelación presentado contra la sentencia de quiebra indirecta producida en los términos del art. 46 LC. (Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala 1ª, 01/12/2005, "Chabagno, Ricardo P.").

7. Que, no obstante la regla de la inapelabilidad contenida en el art. 273 de la LCQ, el auto de desistimiento implica una *gravísima* sanción que puede causar muy profundos e insoslayables males al concursado. Eximia doctrina ha señalado que el principio indicado debe ceder cuando se ve afectado el derecho de defensa o cuando el perjuicio que causa la resolución es irreparable o cuando concurren circunstancias extrañas a la secuela ordinaria y regular del trámite. La jurisprudencia local, tanto de primera instancia como de alzada, ha admitido la apelación de resoluciones como la ahora impugnada. De tal modo, y con base en la interpretación de las normas procesales que rigen en materia concursal provistas por el legislador nacional, el caso de autos contiene las características antes señaladas y según las cuales la decisión de tener por desistido el proceso concursal en razón a la falta del depósito para afrontar los gastos de correspondencia a los arts. 14 inc. 8, 27 y 28 de la LC es apelable (Segunda Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial de Mendoza - 04/12/2007, "Domínguez, Javier Marcelo p/c.p. p/rec. Directo").

Aclaratoria y reposición

Los ordenamientos rituales locales contemplan la aclaratoria como un remedio para enmendar errores materiales, conceptos oscuros y suplir omisiones. La aclaratoria conviene a cualquier tipo de resolución, sea providencia simple, resolución interlocutoria o sentencia definitiva. Y la enmienda, aclaración o subsanación puede ser consecuencia de la actuación *ex officio* del órgano o del reclamo del interesado (arts. 36, inc. 3º y 166 incs. 1º y 2º CPCN).

Pues bien, en punto a la aclaratoria creemos que no media cortapisa alguna para la concesión. En primer lugar, la sencilla tramitación del remedio –se resuelve sin sustanciación, por el propio juez que dictó la resolución impugnada– no es susceptible de demorar en demasía el desarrollo del proceso (art. 278 LC); luego, no es concebible que por razones de celeridad se mantengan resoluciones que exhiban errores materiales o conceptos oscuros.

En suma, en todos los casos, el juez del concurso, de oficio o a requerimiento del interesado, podrá enmendar, aclarar o integrar su resolución ⁶.

El recurso de reposición o revocatoria tampoco está previsto en la LC, pero ello no obsta a su admisibilidad pues favorece el principio de economía procesal al permitir al juez concursal que corrija sus errores sin demora. Con esto no quiero decir que sea necesario en tierras concursales transitar por la reposición previa a la apelación, por lo que la revocatoria local deviene un recurso innecesario pero no prohibido. De ahí que no vea obstáculo en que se admita la apelación aunque el recurrente hubiese interpuesto previamente un recurso de reposición común o local, y aquélla en subsidio de éste.

Notificación

En el procedimiento falencial, como hemos visto, se privilegian los principios de rapidez y economía procesal a efectos de dar seguridad en los plazos y definición en las etapas y ello justifica el régimen de notificaciones consagrado en el inciso 5º de este artículo 273. Sin embargo, las reglas formales no se agotan en esta norma y, en todas aquellas situaciones no reguladas expresamente, corresponderá la aplicación del procedimiento local, como excepción y en tanto sea compatible con estos principios estructurales del concurso ⁷ (art. 278 LC), como lo es, entiendo, notificar en el Superior Tribunal de Provincia por cédula el rechazo que se resuelva de un recurso de inaplicabilidad de ley, ya que el cómputo del plazo para la interposición del recurso de hecho ante la Corte comienza luego de la notificación conforme las normas procesales locales ⁸.

Pero debe quedar claro, como principio, que ni las partes ni el juez tienen la posibilidad de crear un sistema distinto de notificaciones, mucho menos si desvirtúa el carácter perentorio de los plazos, por lo que una cédula de notificación cursada en pugna con lo expresado resultará superflua e inoficiosa para modificar el régimen notificadorio impuesto por la LC.

Todas las notificaciones entonces se realizan por nota o tácitamente, salvo el caso de la citación de las partes o cuando la propia ley disponga lo contrario, de lo que cabe concluir que, no existiendo disposición alguna que excepción a los incidentes de este principio general, el mismo debe aplicarse a las resoluciones que recaigan en incidentes concursales, sin que al respecto deba

⁶ Tessone, Alberto José, "Aproximación a los recursos ordinarios en la nueva ley de concursos y quiebras", ED 164-209, donde hace un completo estudio de los distintos recursos a través de todo el articulado legal.

⁷ CSJN, junio 28-1994, "Banco Mesopotámico Cooperativo Ltda. s. quiebra", LL 1.995-E-37, fallo 93.663 con nota de Guillermo Emilio Ribichini, JA 1994-IV-275, ED 160-149 con nota de Jorge Mario Galdós.

⁸ CSJN, diciembre 26-1995, "Villagran, Rubén T. s. conc. prev. s. inc. prom. por Alpargatas S.A.", Doctr. Jud. 1996-1-845.

seguirse lo dispuesto en ningún ordenamiento procesal local⁹ en lo atinente a la resolución que conceda o deniegue un recurso.

Una vez más, los jueces deberán evaluar las distintas plataformas fácticas en las que deban resolver, para hacerlo con justicia:

1. En materia concursal, esta sala tiene sentado como principio que opera la notificación por nota, e igualmente tiene resuelto que la excepción a esa regla la constituye cuando esa forma de notificación importa una "trampa procesal" coexistiendo notificaciones por nota y por cédula (por mayoría).

La aplicación de la notificación automática establecida en la Ley de Concursos no es más que un ordenamiento de la forma de actuar ante la justicia, por lo que se encuentra acotada a la circunstancia de que no implique quebrantamiento de la garantía de defensa en juicio (del voto en disidencia del Sr. vocal Dr. Papetti) (S.T.J. Sala Civ. y Com. 26.03.04., "Cyasa S.A. Concurso Preventivo s/Incidente de Revisión de (Canela) s/Recurso de Queja (Interpuesto por la Dra. Laura Mabel Madoz)", Delta Editora tomo 116).

2. Se evidencia un desprolijo actuar del juzgado interviniente a lo que ha contribuido claramente la conducta de las partes, sin que se haya acreditado, no obstante, una real afectación del derecho de defensa del recurrente que demostró un evidente desinterés durante los casi cinco meses en que el expediente no estuvo a su disposición (por mayoría).

No cabe duda de que la notificación ficta no es la que debe prevalecer, toda vez que aplicar la Ley de Concursos y no el Código Procesal local requiere que el tribunal no haya dispuesto la notificación por cédula. (Del voto en disidencia del Sr. Vocal Dr. Papetti) (S.T.J. Sala Civ. y Com. 26.03.04., "Mayoraz, Ricardo Omar s/Quebra (Incidente de Verificación Tardía presentado por Marta D. Craviotto", Delta Editora tomo 116).

Arraigo

A partir de las dos fases del proceso concursal, una necesaria, la otra eventual, no se me ocurre como posible en la primera la procedencia de la figura del arraigo, sí en la segunda¹⁰.

¿Por qué decimos esto? Veamos.

Si el arraigo no es más que una fianza exigida al actor, que sólo tiende a caucionar por los gastos causados por una eventual sentencia desfavorable, con la finalidad de proteger a los accionados de quien luego podría eludir su res-

⁹ STJ Entre Ríos, junio 19-1997, "Grupo Goldaracena Hnos. Ltda. S.A.C. s. concurso preventivo -incidente de revisión promovido por Ferrocarriles Argentinos (expte. I.G. 35) - Recurso de queja interpuesto por la Dra. Alicia B. Salas", ED 181-820 Sínt. de Jurisp. caso 94, y en ZEUS Tº 77 J-122, fallo 11.752.

¹⁰ Moró, Carlos E., "Excepción de arraigo: ¿Es posible en los concursos?", LL 1996-A-1091.

pensabilidad, cuando el demandante no tenga bienes o no esté domiciliado en el lugar.

Si el arraigo no es más que un anticipo provisorio de la garantía jurisdiccional respecto del pago de las expensas judiciales, una *cautio pro expensis* que solamente asegura las costas en las cuales pueda incurrir el accionante, sin restringir defensas, y al ser esencialmente provisional por su naturaleza precautoria, si se modifican los hechos procederá dejarlo sin efecto.

Si el arraigo es aproximadamente lo que hemos dicho, debemos concluir lo que no es: el arraigo no es una sanción, ni implica por cierto un trato inequitativo, sino que por el contrario respeta absolutamente la igualdad de los iguales por la que vela nuestra Carta Magna.

Estamos persuadidos también de que el arraigo es compatible con la celeridad y economía concursal, ya que es por demás sabida la facilidad que significa demandar sin riesgos de costas, por lo que creo que al menos en el recurso de revisión que el acreedor deduce en su exclusivo beneficio, es de toda legitimidad exigirle que, si fuera el caso, arraigue.

Dirección del proceso

Nunca creímos que con la ley 24.522 se hubieran abrogado las enormes facultades judiciales en la dirección del proceso concursal. Antes bien, como lo advirtió Escuti¹¹ apenas se sancionó la ley, en la instancia homologatoria la nueva redacción de la norma no hizo más que quitarle a los jueces las pomposas atribuciones del antiguo artículo 61 "que nunca ejercieron", y esto dicho sin el menor sesgo de crítica, entiendo que nunca los jueces podían ni debían aplicar aquellos tristemente célebres "criterios de valuación" que transformaban al juzgado en una secretaría de promoción PyME o en una oficina expendedora de certificados de buena conducta. Los jueces de la República no estaban ni están para ello.

Los jueces, en cambio, están para velar por el estricto respeto de la ley, como lo hicieron los entrerrianos de la vibrante tierra de Ramírez y Urquiza, cuando no homologaron el acuerdo votado casi por el 100% de los acreedores del otrora poderoso Grupo Goldaracena de más de 100 años de existencia y con un pasivo millonario en dólares, no porque fueran "malos comerciantes" o "no fueran merecedores" de la solución votada, sino porque lo propuesto y votado era ilegal, así de simple: a) tomaron al grupo como sujeto de derecho y actuaban como si verdaderamente el conjunto fuera una persona jurídica, b) las propuestas no fueron la expresión de los distintos órganos de gobierno, c) las mayorías estaban calculadas erróneamente al unificar la votación, entre otros yerros. Nada hubo allí de derecho adquirido, ni preclusión, ni criterio de valo-

¹¹ Escuti (h), Ignacio A., "Los poderes del juez concursal en la ley 24522", ED 164-1137.

ración ninguno, cuando un pequeño acreedor de unos pocos, muy pocos pesos, embistió contra la fortaleza de decenas de millones de dólares y contra todos los pronósticos. Su denuncia de ilegalidad germinó en el valiente y probo juez del concurso, Marcelo José Arnolfi, cuyo fallo se ratificó en la alzada, en el Superior Tribunal provincial y en la Corte Suprema Nacional: se aplicó la ley, nada más que eso, y ninguna ley priva a los magistrados, valga la redundancia, de aplicar la ley.

También en los juzgados capitalinos vemos cómo los jueces concursales ejercen su imperio sin restricciones, y cómo la incesante prédica de la valiente fiscal general de la Cámara Nacional de Comercio en resguardo de los intereses iuspublicísticos comprometidos, al igual que ese prestigioso tribunal de alzada, tienden a resolver más allá, mucho más allá de lo previsto en el frío texto legal.

Como bien dice Maffía en sus ya memorables estudios sobre "El juez del concurso" que uno a uno publicó en la revista *El Derecho*¹², el juez tiene la conducción del propio proceso concursal (art. 274). Es una conducción franca, de índole ricamente inquisitiva: el juez lo ordena paso tras paso sin necesidad de que le fuera pedido, sea por el síndico, sea por interesados particulares como el concursado o los acreedores, u otros a quienes el proceso afecta. La instrucción judicial inquisitiva es clara.

El *status* de magistrado lo conforma una serie de poderes, de responsabilidades, de derechos, etc., que encarna el juez, quien, en rigor, no es un magistrado sino un hombre, y como tal, encarna esos *avatares* del régimen legal: el juez, en sí, no tiene sino que es tales derechos, facultades, competencias y obligaciones. Entre estas últimas, la que mejor define al juez es: "el terrible poder de juzgar", según palabras de Portalis que cita Maffía.

El legislador no tiene la "culpa" de las injusticias que ocurren una vez que se pone en marcha el proceso concursal, en las muchas y distintas situaciones que se presentan. Para decirlo en palabras de Francesco Carnelutti: "La bondad de las leyes es como la belleza de la música. No depende sólo del que la compone sino del que la ejecuta".

¹² Maffía, Osvaldo J., los referidos trabajos publicados en *El Derecho* se enumeran a continuación: "El juez del concurso (I). Proemio négligeable" ED 178-1021; "El juez del concurso (II). Particulares del magistrado concursal y referencias someras al procedimiento", ED 178-1171; "El juez del concurso (III). Ni la iniciativa ni la instrucción prefalencial determinan la configuración procesal de la quiebra", ED 179-972; "El juez del concurso (IV). Contra el "Oficio", ED 179-1058; "El juez del concurso (V). Aproximación al carácter inquisitivo del proceso concursal", ED 180-1303; "El juez del concurso (VI). Desbroce del terreno", ED 182-1517; "El juez del concurso (VII)", ED 182-1634; "El juez del concurso (VIII). La supuesta ejecución colectiva y el rol discriminante del síndico", ED 183-1305; "El juez del concurso (X). La pleamar de la desaprensión", ED 184-1485; "El juez del concurso (XII)", ED 187-1396; "El juez del concurso (XIII)", ED 187-1507; "El juez del concurso (XIV). La posición del fallido en el proceso", ED 188-897; "El juez del concurso (XV). Situación de acreedores y sujetos extraños al fallido", ED 188-1150; "Alumbrado, barrido y limpieza sobre 'facultades' y 'poderes'", ED 200-668.

Síndico: Ser o no ser

Tanto se habla, dice y escribe sobre el síndico *funcionario* y/u *órgano* de los concursos, que no queremos dejar de destacar con Maffía, sólo a modo de aproximación de la lectura y estudio que recomendamos de sus enriquecidos trabajos en el *El Derecho* que citáramos, que es frecuente el uso indistinto de los términos "órgano" y "funcionario", pero la diferencia entre las nociones expresadas con esos vocablos es nítida: *órgano* es el género y *funcionario* la especie.

Los jueces, fiscales y secretarios son funcionarios, que amén de sus características genéricas, poseen algunas propias: permanencia, profesionalidad, etc. El síndico, en cambio, es órgano¹³, que a diferencia de aquellos no desempeña la sindicatura de modo permanente, ni con exclusión de otras actividades profesionales, ni es retribuido por el fisco, etc. Esta distinción entre *órgano* y *funcionario* permite considerar al juez y al secretario como órganos-funcionarios del *Estado*, en tanto el síndico es órgano del *proceso*, por tanto el quehacer de los primeros se imputa al *Estado*, mientras que la tarea del síndico es atribuida al *proceso*.

El síndico no tiene facultades, sólo tiene deberes; aquéllas se caracterizan por poder ser ejercidas o no, mientras éstos exigen cumplimiento, y el síndico no sólo no puede dejar de hacer nada de lo que debe, sino que está también obligado a colaborar en toda la problemática concursal. En esa inteligencia, la enumeración que el artículo 275 hace de las funciones del síndico no las agota, ni conforma un menú para que el órgano sindical elija cuáles y cuándo cumplir. Todas deben ser celosamente ejecutadas en tiempo y forma¹⁴.

El Ministerio Fiscal

El señor procurador fiscal no actúa en primera instancia; su participación se reserva para la alzada, donde está munido de facultad requirente, pues tanto el art. 276 como el art. 117 incs. 1º y 4º y el 119 inc. 9º de la ley 1893, le encomiendan la tutela de los intereses públicos involucrados en el caso de que se trate, protegiendo el activo concursal y el adecuado tratamiento de las cuestiones concursales.

¹³ CSJN, noviembre 04-2003, "Amiano, Marcelo Eduardo y otro c/Estado Nacional -MP de Justicia- y otros s/proceso de conocimiento - Recurso Extraordinario de Hecho", (A. 247. XXXVI) (A. 56. XXXVI).

¹⁴ Moro, Carlos Emilio, "Síndico Concursal. Sanciones", LL 1995-E-170; y "Síndico: naturaleza de sus funciones -Cosa juzgada- Límites", ED 181-179.

Caducidad

La perención de instancia aparece vinculada al principio general de la seguridad jurídica y se conecta a las reglas procesales de celeridad y concentración; se sostiene en la presunción legal del desinterés de la parte que no insta la causa donde sustenta su derecho, por lo que se presenta como un instituto absolutamente compatible con las premisas falenciales.

Trámite

En los procesos concursales, la perención de instancia opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial alguna. No obstante, formulada que fuese su petición, aparece adecuado que la otra parte sea oída, al menos, pues de lo contrario se le cercenaría gravemente el derecho de defensa en juicio, al no oírsele previamente a decidir y privarla en los hechos del derecho a recurrir en función del art. 273 3º de la LC. A mayor abundamiento, la perención no es una medida que se pudiera declarar de oficio si mediaren en el trámite circunstancias que pudieran generar dudas que hubiesen inducido al interesado a no impulsar el procedimiento, ya que el extinguir el proceso es solución de carácter excepcional y, por ende, de interpretación restrictiva. Entiendo que corresponde se forme un incidente de acuerdo con el art. 280 y ss. de la LC.

Alcance. La caducidad que fija el art. 277 alcanza todas las acciones o incidentes promovidos por el síndico, que desde la sanción de la ley 24.522 están en iguales condiciones que los iniciados por el fallido o terceros. Claro que en cualquier hipótesis, tal como ocurre con las caducidades ordinarias, la inobservancia del deber de fallar no podría transformarse en la pérdida del derecho del pretense acreedor, cuando no le correspondiera al mismo efectuar actividad procesal alguna en la instancia. Los términos de caducidad no corren mientras los autos estuvieren pendientes de resolución judicial, lo que no autoriza a quien hubiese apelado un fallo a desinteresarse, debiendo instar el procedimiento procurando la remisión de los autos para el tratamiento de su recurso a la alzada, porque en caso contrario resultará procedente declarar la caducidad de la instancia abierta en ocasión de la apelación¹⁵.

La instancia no perime en el proceso principal del concurso, pero sí caduca en todas las demás actuaciones, sean las mismas incidentes o recursos, operando la misma a los tres meses, sin que corresponda hacer distinción entre los incidentes según si obstaculizan o no al progreso del trámite concursal, y en verdad, además de que el artículo 277 no hace ningún distingo, en derecho

¹⁵ CNCom., sala C, junio 23-2000, "El Detalle S.A. s. concurso preventivo s. incidente de declaración de inconstitucionalidad", ED 191-100 fallo 50.570. En esta decisión se citó la doctrina sentada por el Tribunal en pleno el 29 de agosto de 1990 en los autos "Berardoni Héctor c. Giangiacomo, Juan s. ordinario".

procesal es principio superior no prejuzgar ni especular sobre posibles consecuencias de los distintos actos¹⁶.

Honorarios

En cuanto a los honorarios, no estando contemplada en la ley concursal la forma en que corresponde regularles a los profesionales que intervinieran en incidentes de caducidad planteados en un proceso universal, resultarán de aplicación las normas arancelarias locales.

Normas procesales del lugar. La norma dispone la aplicación subsidiaria de los ordenamientos rituales locales, y lo hace además sujetándola básicamente a dos condiciones: a) que no esté regulado por la ley de concursos, y b) que las normas procesales del lugar sean compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal.

Elo es así fundamentalmente porque la ley concursal, en razón de la materia específica que regula (una fase necesaria; otra eventual, síndicos, acreedores concurrentes, acreedores concursales, aspectos inquisitivos, alternativas dispositivas, etc.), debe necesariamente contemplar normas procesales para posibilitar un tratamiento único en la sustanciación de los concursos, pese a aplicarse en todo el ámbito de la República. Resultaría, por ende, poco adecuado hacer prevalecer la disposición de una ley local que limite un derecho que en otro lugar se otorgue, con sólo cambiar de jurisdicción (Corrientes, Santa Fe, Río Negro, etc.), conculcándose la finalidad perseguida por el legislador¹⁷.

Los juicios ordinarios, aunque abarcan a todos los individuales, tienen estructuras totalmente diferentes a la universal del concurso. De allí que, para resolver la traslación del articulado del lugar a un concurso, deberá estarse a la especificidad de éste, y cuidar de que no se altere ni su rapidez ni su economía.

Un caso especial: La caducidad en la acción por dolo. La del art. 38 de la LC es una demanda judicial que debe respetar las normas, contar con patrocinio letrado, presentarse al tribunal, relatar circunstanciadamente los hechos relativos al dolo invocado, acompañar la instrumental, oportunamente ofrecer prueba y en su momento producirla. Se tendrá presente que en la mayoría de los casos el dolo consistirá en "la simulación, comercial o procesal, de actos en los cuales el crédito esté fundado" (Provinciali). La circunstancia de que curse por vía ordinaria hace que en orden a prueba rija el C. Proc. Civ. 18 del lugar. El

¹⁶ CCC Rosario (S.Fe) sala 3º, febrero 25-2000, "Montenegro Hnos. s. concurso - Verificación de deuda promovida por la Dirección General Impositiva", LL Litoral 2000-1403 fallo 1720.

¹⁷ CNCom., sala A, setiembre 8-1992, "Vadala, Anunciato A. s. conc. prev. s. inc. de verif. por dudino, Luis", LL 1.993-C-346 fallo 91.481, comentado por Alberto A. Conil Paz: "Ley concursal prevalente y normas procesales".

¹⁸ "Verificación de créditos", 4ª Edición, Osvaldo J. Maffía, Ed. Depalma, 1999, Pág. 436-437.

proceso transita por las normas del juicio ordinario (plenario mayor y común), previsto en las legislaciones procesales locales.¹⁹ Lleva a esta conclusión la inexistencia de disposición alguna que disponga trámite incidental. Se trata del cuestionamiento de una resolución que hace cosa juzgada material, la que se inscribe en el género de los recursos contra la cosa juzgada fraudulenta.²⁰

No rige, por tanto, el procedimiento incidental genérico de los arts. 280 a 287²¹, trámite inaplicable, ya que esta pretensión debe encarrilarse por la vía ordinaria del código de rito del lugar del concurso (art. 278, LCQ).²² La ley en este supuesto ha optado por el procedimiento ordinario, pues el legislador ha querido darle a esta acción –por la gravedad que una declaración de este tipo implica– mayor amplitud probatoria que la prevista en los incidentes²³, y es por eso que a diferencia de lo establecido para la revocación o verificación tardía, el trámite de la acción por dolo cursa como juicio ordinario.²⁴ Es que en realidad es una cuestión, la de la nulidad por dolo de un crédito verificado, ajena al proceso de verificación y que la ley introduce con el objeto de completar el cuadro de las acciones y recursos que pudieren afectar el esquema y la prelación de los créditos que integraron la masa pasiva. Podemos decir incluso que no es en rigor una típica “acción por dolo”, sino de revocación o nulidad –por dolo– de la sentencia que declara verificado o admisible un crédito.

Esta pretensión revocatoria por dolo, entonces, al tener que encarrilarse por vía ordinaria excluye la matriz ritual del incidente concursal (art. 280 y siguientes, LC), al que se le aplicarán las normas procesales del lugar del juicio (art. 278, LC)²⁵.

En síntesis, estamos frente a un supuesto excepcional donde la sentencia de verificación del artículo 36 de la LC no producirá los efectos de la cosa juzgada, respecto de ciertas particulares situaciones, si ha mediado la utilización

¹⁹ “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación”, Tomo VIII, Augusto Mario Morello, Alberto J. Tessone y Mario E. Kaminker, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, Pág. 288.

²⁰ “Quiebras. Concurso preventivo y cramdown”, Tomo I, Ariel Ángel Dasso, Ed. Ad-Hoc, 1997, Pág. 201.

²¹ “La Ley de Concursos Comentada”, Tomo I, Osvaldo J. Maffía, Ed. Depalma, 2001, Pág. 127.

²² “Régimen de Concursos y Quiebras”, 11ª edición, Adolfo A. N. Rouillon, Ed. Astrea, 2003, Pág. 102-103. “Concurso Preventivo”, Julia Villanueva, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, Pág. 338. “Ley de Concursos y Quiebras”, ed. Rubinzal-Culzoni, 3ª edición, pág. 684, Rivera - Roitman - Vítolo.

²³ “El Concurso Preventivo y la Quiebra”, Tomo I, Héctor Cámara, Ed. Lexis Nexis actualización coordinada por Ernesto Eduardo Martorell, 2004, Pág. 739.

²⁴ “Manual de Concursos”, Tomo I, Osvaldo J. Maffía, Ed. La Rocca, 1997, Pág. 216.

²⁵ “Concursos”. Digesto práctico La Ley, Ed. La Ley, 1999, Tomo I, Pág. 509, y “Código de Comercio”, Tomo IV-A, Ed. La Ley, 2007, Pág. 486, Adolfo A. N. Rouillon. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Pablo Heredia, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Año 2000, Tomo I p.789.

de dolo para su consecución. Se abre la posibilidad de una contienda, por vía ordinaria, fuera de los procedimientos habituales de la Ley de Concursos, o sea sin la característica de celeridad.

En efecto, ya no existe premura en resolver la cuestión; la celeridad, principio basilar de la etapa “necesaria” del concurso preventivo, ya no rige en esta etapa “eventual” del universal, porque la grilla de acreedores concurrentes que deben prestar su conformidad a la propuesta concordataria ya está cerrada, y la deducción de esta acción no suspende, para nada, el ejercicio de los derechos del acreedor del que se trate.

En concordancia con el claro texto legal (art. 38 LC), el juez del concurso que entienda en la acción que se articule tendrá por promovida la acción por dolo disponiendo que la misma se habrá de tramitar “conforme las disposiciones del proceso ordinario”, corriéndose el traslado de la misma forma, esto es, destacando el trámite “ordinario”.

La resolución se habrá de encuadrar en el artículo 338 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –o el de la jurisdicción que corresponda– emplazando al demandado para que conteste en 15 días, y no en la norma concursal que ordena correr el traslado sólo por diez días (art. 281 LC).

Siempre por aplicación de las normas de rito del proceso ordinario, existiendo hechos controvertidos el juez citará a las partes a la audiencia del art. 360 del CPCCN, inexistente en el dispositivo falencial, y en su caso el plazo de prueba podrá ser hasta de cuarenta días (art. 367 CPCCN), y no por los veinte días previstos en el artículo 282 de la LC.

Esto es así, porque en lugar de aplicarse el Capítulo III de la Sección I del estatuto concursal (arts. 273 y sgtes de la LC), por expresa manda legal el juez no podrá sino resolver de conformidad al claro texto del art. 38 de la LC, esto es: que la acción articulada se tramitará conforme las disposiciones del proceso ordinario.

En esa hermenéutica, la perención del trámite ordinario previsto legalmente y ordenado procesalmente estará alcanzada por la norma del ordenamiento procesal del lugar en que se tramite y no por la previsión del art. 277 de la LC.

Legajo de copias

Es tan importante la previsión legal del artículo 279 que habría sólo que tramitar un concurso para darse de ello cuenta. No obstante, son los menos los juzgados que cumplen con ella; es dable esperar que se tome conciencia de lo serio y beneficioso que resulta que el legajo se lleve como lo previó el legislador. No es un tema menor, ni un mero formulismo; los colegios de abogados deberían preocuparse por su cumplimiento estricto, como también deberían efectuarse los controles de Superintendencia sobre los juzgados.

Incidentes

Para que exista un incidente concursal debemos encontrarnos ante el tratamiento de una controversia que tuviere relación con un juicio principal de concurso que esté tramitando. Esto, como presentación de la figura.

Cuando la norma refiere a toda cuestión que tenga relación con el concurso, está indicando que la vinculación: debe ser más o menos próxima, esto es, que no se planteen con el mismo aspectos remotos o hipotéticos, ya que si se aceptara tramitar cualquier cuestión o articulación de quien se considere con un derecho por lejano que sea, los principios fundamentales de celeridad y economía que tantas veces vimos serían echados por tierra.

Debemos tener presente que la vía incidental en la quiebra no es equivalente al concepto procesal que se deriva de un código de rito, pues configura un medio propio del procedimiento concursal al cual sólo se aplican supletoriamente, conforme lo expresáramos, las reglas procesales comunes en cuanto sean compatibles, por lo que no cabe la asimilación de uno y otro, como tampoco corresponde assimilar el recurso de revisión del artículo 37 de la LC con los recursos ordinarios de los códigos de procedimientos provinciales.

El incidente previsto en el artículo 280 es un proceso abreviado, con posibilidades de audiencia y prueba, adaptable a todas las cuestiones relacionadas con el objeto principal del concurso y que no tengan un trámite específico distinto regulado en la ley concursal, como ocurre por ejemplo con el contemplado en los artículos 115, 116 y 117 para fijar la fecha inicial del estado de cesación de pagos.

Trámite incidental

Relacionando el segundo párrafo del artículo 281 con el 285, tenemos:

1) que frente al rechazo del escrito inicial en el que se promueve el incidente procede la apelación al sólo efecto devolutivo, pidiendo el apelante la revocación de esa resolución que lo perjudica y que la alzada decida devolver los autos a los fines de que se tramite la incidencia planteada;

2) que respecto de las resoluciones que decidan artículo o nieguen alguna medida de prueba, la parte interesada podrá solicitar su revocación, al apelar la resolución que ponga fin al incidente ²⁶ ;

²⁶ CCC Concepción del Uruguay (ER), abril 8-1997, "Grupo Goldaracena Hnos. S.A.C. s. quiebra. Incidente de suspensión preventiva y remoción de la síndico Norma Ayuste de Corfield promovido por Santiago Carmelo Gautos. Piezas procesales relacionadas al recurso de apelación interpuesto en subsidio al de revocatoria", Zeus Tº 74-J-409 fallo 11.348, CCC Paraná (ER), sala 1º, diciembre 27-1996, "Ruiz de Primo Virginia E. s. concurso preventivo - incidente de revisión promovido por Foix S.A. por el crédito insinuado de Financiaciones y Mandatos S.A. Compañía Financiera - Queja interpuesta por el Dr. Carlos E. Moro".

3) que finalmente esa resolución que ponga fin al incidente es apelable, con efecto suspensivo y en relación (art. 273 4º LC).

No obstante este cronograma recursivo, si el trámite normal del incidente se alterara, se puede hacer lo propio con la vía 3), esto es, cuando las razones concursales básicas de economía y celeridad, paradójicamente se vieran desvirtuadas si no se concediera la apelación contra una resolución de trámite, cuestión que de dejarla para que sea dilucidada recién con el recurso contra la sentencia final conspiraría seriamente contra los presupuestos concursales enunciados.

Ejerciendo las facultades del art. 274 el juez, contemplando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta el contenido de una resolución que decida artículo o niegue una medida probatoria, podrá assimilarla —en cuanto a la procedencia de la apelación— con la sentencia que pone fin a la incidencia.

Esto ocurriría, por ejemplo, si, contrariamente a lo dispuesto por el tercer párrafo de este artículo 281, se dispusiera inadvertidamente tener por notificado el incidente deducido por ministerio de ley, cuando el propio texto dispone lo contrario, como precisamente lo prevé esta norma para cuando se admita formalmente el incidente: "Traslado por diez días, el que se notifica por cédula". Restringir en este tipo de supuestos el acceso inmediato a la alzada provocaría una decisión tardía de la Cámara que sólo contribuiría a alargar innecesariamente el trámite.

Prueba incidental

Como ocurre con los juicios individuales u ordinarios para diferenciarlos del concursal, que exista o no un período de prueba no es una cuestión teórica sino que depende de la existencia de hechos controvertidos sobre los que las partes invoquen sus derechos. En ese extremo, si la prueba estuviera ofrecida se recibirá en una audiencia que se fijará al efecto.

Todos los medios de prueba que sean viables conforme a derecho podrán ofrecerse, amojonando la ley sólo la prueba pericial y la de testigos, en lo fundamental; para todo lo demás se deberá estar al código de procedimientos del lugar.

Incidentes simultáneos

En una suerte de implante concursal de la acumulación objetiva de acciones, que por razones higiénicas prevén los artículos 87 y 186 del CPCCN, el artículo 286 de la LC prevé que todas las cuestiones incidentales cuyas causas existieran simultáneamente y fueran conocidas por quien las promueve se deben plantear conjuntamente, por lo que se deberán desestimar sin más trámite las que se entablen con posterioridad.

Honorarios

Para evitar las graves distorsiones que se producían con el *ancien régime* de la ley 19551 según fuere la zona geográfica donde se practicara la regulación de honorarios, la solución legal incorporada desde 1995 en el artículo 287 alcanza puntualmente a las practicadas en los recursos de revisión del artículo 37 y en los incidentes de verificaciones tardías del artículo 56. En estos casos, y en ningún otro, la ley concursal fija la base regulatoria en el monto del crédito insinuado y verificado, sobre la cual manda regular de conformidad a "lo previsto para los incidentes" en las leyes arancelarias locales.

Aquellas regulaciones de honorarios que no estén contempladas en el Título 4, Capítulo 2, Sección 2: "Regulación de honorarios" de la ley 24.522, ni previstas en las directivas que contiene el referido artículo 287, quedarán aprehendidas en los ordenamientos de aranceles del lugar.