

DESIGNACIÓN DE SÍNDICO EN LA QUIEBRA POR INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

Dr. E. Daniel Balonas

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

en la quiebra por incumplimiento del acuerdo debe actuar un nuevo síndico, y no el mismo que actuó durante el concurso.

1. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA.

Dispone el Art. 253.7 de la LCQ que *“El síndico designado en un concurso preventivo actúa en la quiebra que se decreta como consecuencia de la frustración del concurso, pero no en la que se decreta como consecuencia del incumplimiento del acuerdo preventivo”* Pero, a su vez, dispone el libre juego de los Arts. 63 y 64 que *“Cuando el deudor no cumpla el acuerdo total o parcialmente, incluso en cuanto a las garantías, el juez debe declarar la quiebra ... En todos los casos en que se declare la quiebra, estando pendiente de cumplimiento un acuerdo preventivo, se aplican los incisos 6 y 7 del Artículo 62. Es competente el Juez que intervino en el concurso preventivo y actúa el mismo síndico.”*

Es evidente que, cuando la quiebra se decreta por incumplimiento del acuerdo, la letra del Art. 64 se contradice con la del 253.7, lo que impone una labor de hermenéutica jurídica que nos permita decidir cuál de las dos normas debe ser aplicada y cuál descartada.

2. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.

Pese a que la contradicción impacta en un hecho tan cotidiano como la quiebra indirecta derivada del incumplimiento del acuerdo, la mayor parte de la doctrina no trata el tema.

La escasa doctrina se divide entre quienes otorgan prevalencia a la regla del

Art. 253.7 en cuanto aporta claridad y especificidad a la solución, que incluso podría considerarse reglamentaria del Art. 64 que refiere en forma genérica a la quiebra indirecta, y quienes han proclamado la preeminencia del Art. 64 por ser una norma especial del concurso frente al carácter genérico de las reglas del Art. 253.

Por la primera postura podemos citar *“Y al caso de incumplimiento del acuerdo ya homologado no puede aplicársele otra solución que el Art. 253.7, cuya claridad no admite otra interpretación”*¹. En el mismo sentido Heredia² indica que no puede continuar aquel síndico que ha cesado en sus funciones con la homologación.

Por la segunda postura encontramos *“la continuidad -en caso de decretarse la quiebra indirecta- del síndico actuante en el concurso preventivo, y que no ha cesado en sus funciones, resulta conveniente por encontrarse en conocimiento de los antecedentes de la situación de falencia empresaria”*³. En el mismo sentido Junyent Bas y Molina Sandoval⁴. Restringiendo su postura a los pequeños concursos donde el síndico se ocupa del control del acuerdo se expiden en el mismo sentido de la continuidad Graziabile⁵ y Rivera⁶

Finalmente tenemos una tercera postura doctrinaria que afirma *“seguimos pensando que debe oficiarse a la Virgen Desatanudos”*⁷

En la jurisprudencia encontramos la misma contradicción. Por la segunda postura -o sea la continuidad del síndico-, encontramos a la mayor parte de la jurisprudencia capitalina, que sostiene que *“cuando se decreta la quiebra pendiente de cumplimiento el acuerdo, existe una contradicción en el ordenamiento concursal en cuanto a la intervención del síndico, habida cuenta que, por un lado, se manda que siga en actividad quien ha sido designado en el concurso preventivo (LCQ 64 parte final) y, por otro, se dispone que se sortee uno nuevo (LCQ 253-7°). Ahora bien, la ju-*

¹BOQUIN, Gabriela Fernanda en *“Concursos y Quiebras”*, Director: CHOMER, Héctor Osvaldo, Ed. Astrea, Bs. As., 2016, Tomo II, Pág. 223

²HEREDIA, Pablo D., *“Tratado Exegético de Derecho Concursal”*, Ed. Abaco, Bs. As., 1998, Tomo II, pág. 354

³RIVERA – ROITMAN – VÍTOLO, en *“Ley de Concursos y Quiebras”*, 3ª Ed. Actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2005, Tomo II, pág. 139.

⁴JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *“Ley de Concursos y Quiebras Comentada”* 3ª Edición Actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2011, tomo I, pág. 504/505.

⁵GRAZIABILE, Darío J. *“Derecho Concursal”* 2ª Edición Ampliada y Actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, pág. 541.

⁶RIVERA, Julio C., *“Instituciones de Derecho Concursal”*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1996, Tomo I, pág. 338.

⁷MAFFIA, Osvaldo J. *“La Ley de Concursos Comentada”*, Ed. Depalma, Bs. As., 2001, Tomo I, pág. 251.

risprudencia se ha inclinado por salvar esa inconsecuencia de la normativa, ya sea re-asignando al anterior síndico o, directamente, manteniéndolo cuando su intervención perduró durante la etapa de cumplimiento del acuerdo. Dicha solución se ha justificado en una circunstancia relevante y de orden práctico, cual es el previo conocimiento de los antecedentes de la causa y de la situación del deudor que tiene el órgano del concurso inicialmente designado”⁸

Por la primera postura, o sea la designación de un nuevo síndico, encontramos a la jurisprudencia del interior del país, al igual que unos antiguos precedentes nacionales, que resolvieron en sentido contrario: *“asiste razón a la concursada al cuestionar el pronunciamiento que, al decretar su quiebra por incumplimiento del acuerdo, dispone que siga actuando el síndico designado en el concurso, pues de acuerdo con lo prescripto en la ley 24.522, art. 253, inc. 7, ‘el síndico designado en un concurso preventivo actúa en la quiebra que se decreta como consecuencia de la frustración del concurso, pero no en la que se decreta como consecuencia del incumplimiento del acuerdo preventivo’, texto claro y expreso de la ley que despeja las dudas suscitadas por la norma del art. 64 de la misma ley”⁹*

3. NUESTRA INTERPRETACIÓN.

Advertimos que la segunda interpretación, fundada más en la practicidad que en el análisis jurídico, tiene como consecuencia considerar como *letra muerta* al Art. 253.7, determinando que el mismo no es aplicable en ningún supuesto.

La otra interpretación admite la aplicación de ambas normas a distintos supuestos.

Entendemos que, solo por ello, la segunda opción se impone. Pacíficamente ha sostenido nuestra Corte Suprema de Justicia que *“las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que coloque en pugna sus disposiciones y adoptando como pertinente el que las concilie y deje a todas con valor y efecto”* (CSJN Fallos 304:794; 315:929; 319:68; 320:1909; 323:2117, entre muchísimos otros)

⁸CNCom, Sala A, 26/6/18, “Gimos SA s/ quiebra s/ incidente de apelación”; íd. Sala C, 27/10/98, “Daro y San Pablo SA s/ quiebra”; íd. Sala E, 30/12/97, “Aisemberg Maquinarias SA s/quiebra”; íd. Sala E, 30/6/11, “Sulfur SA s/ quiebra s/ incidente de apelación”, id. Sala E, 28/10/2021 “Elex SA s/ quiebra s/incidente de apelación” entre otros

⁹CApel.CdelUruguay, Sala CyC, 8/3/96 “Ferrerri Ganadera S.A. s/ Quiebra”. En idéntico sentido CNCom Sala A, 26/6/2003 “Dropharma S.A. s/ Quiebra”; Sala D “10/3/2000 “Maidana de Lemme, Silvia E s/ Quiebra s/ Incidente de Apelación”; CCyC Bahía Blanca, Sala I, 29/7/2004, “Izaccara, Néstor A. s/Concurso Preventivo”; CCyC Mar del Plata, 11/8/1998, “Alimensur S.A. s/ Concurso Preventivo”.

Tal método de interpretación -sostenido históricamente por la CSJN- es ahora reafirmado por el art. 2 del CCyC en cuanto dispone, en forma expresa, que la interpretación de las leyes debe ser coherente con todo el ordenamiento.

Con tal pauta, en el caso concreto existe un modo de interpretar ambas normas de forma tal que ambas resulten válidas. Es claro que es esa entonces la forma correcta de interpretarlas y que lo contrario convierte a una de ellas en letra muerta, lo que no resulta admisible cuando se trata de una misma Ley.

Se advierte que el Art. 64 se refiere a cualquier tipo de quiebra, directa o indirecta. En cambio, el Art. 253.7 se refiere exclusivamente a la quiebra indirecta, discriminando entre los supuestos en que el concurso de frustró -Vgr. todos los supuestos del Art. 77.1 excepto la falta de pago- y el supuesto de falta de pago.

En consecuencia, a una quiebra directa estando pendiente de cumplimiento el acuerdo -pedida por un acreedor post concursal o por el propio deudor-; o a la indirecta derivada de la falta de pago de honorarios (Art. 54) o de la nulidad (Art. 61) se le aplica lisa y llanamente el Art. 64, ya que se trata de quiebras estando pendiente de cumplimiento el acuerdo. En definitiva, lo que regula el Art. 64 es un efecto del acuerdo homologado mientras no se terminó de cumplir.

Al caso concreto de frustración del concurso -sin alcanzar acuerdo- se le aplica la misma consecuencia, mas por imperio del Art. 253.7.

Vemos entonces que esta interpretación es la correcta, ya que deja en pie ambas normas y no invalida a ninguna, conforme el criterio hermenéutico histórico de nuestro superior tribunal federal.

4. OTRAS PAUTAS QUE SURGEN DE LA LEY.

Pero aún si no se compartiera tal criterio, y se considerase que existe entre ambas normas una insalvable contradicción -que vimos no ocurre-, también hemos de inclinarnos por la norma del 253.7, ello en función de su claridad y de ser la que regula en concreto la materia en análisis: La designación de síndico, en detrimento de la otra norma que solo marca un efecto de la homologación.

La generalidad o especialidad no derivan de la sección en que se ubica una norma, sino del modo en que cada norma individualmente, regula un instituto en general o una situación en particular.

Una interpretación literal, nos lleva en el mismo sentido. La norma del Art. 64 dispone que “*continúe*” actuando quien ya no es más síndico, ya que su labor ha con-

cluido con la homologación que puso fin al concurso. No nos desentendemos del hecho de que, si fuera un pequeño concurso, continuó la función de contralor del acuerdo en reemplazo del Comité de Control inexistente en los pequeños concursos. Mas ello no ocurre en los grandes concursos y, aun cuando ocurre, se advierte que se trata de una función específica y que no implica investir un cargo que ha cesado.

5. EL FUNDAMENTO DE LA PRÁCTICA O LA “CONVENIENCIA”.

No parece adecuado, en principio, acudir al fundamento de la conveniencia, que nos impone preguntarnos “¿conveniencia para quién? ¿Para los acreedores? ¿Para la fallida? ¿Para el síndico? ¿Para el Juez?”. En general nos inclinamos por la poca conveniencia de que continúe el mismo Síndico. Es probable que sea “cómodo”, pero no conveniente.

Decretada la quiebra encontraremos que el síndico, en muchas oportunidades pasa a tener intereses contrapuestos. Por imperio del Art. 110 LCQ asume toda la representación de la fallida y sus intereses, pero aún tiene intereses en contra.

Si no se han cancelado sus honorarios por el concurso, o por el contralor del acuerdo, o por incidencias que se pudieran haber suscitado antes, incluso por eventuales intervenciones o coadministraciones en que, utilizando errados criterios, se designa en tal rol al síndico, encontramos con que este es acreedor de la misma quiebra en que se propone actúe como funcionario concursal.

En tal caso, ¿Deberá el síndico dictaminar su propio crédito prefalimentario? ¿Qué rol debe asumir si algún acreedor lo cuestiona? Cuando el magistrado resuelva alguna de dichas cuestiones, puede apelar por derecho propio. Pero, además ¿Debe apelar en nombre de la quiebra? ¿Quién funda el recurso en contra de sus intereses?

Y no terminan ahí los conflictos de intereses.

¿Qué ocurre con los incidentes llevados adelante por la concursada¹⁰? A partir del decreto de quiebra el síndico, quien ya pudo haber dictaminado en contra, debe sustituir a la fallida e impulsar aquello que dictaminó no procedía. Podríamos llegar al absurdo de que el magistrado rechace la pretensión con los argumentos usados por el síndico -durante el concurso- y este deba agraviarse por ello (en nombre de la quiebra).

¹⁰Tan habituales en nuestro medio, donde permanentemente se hace uso y abuso del Art. 280 de la LCQ.

Advertimos entonces que la interpretación no es *conveniente*, sino *cómoda*. Y ello no parece un fundamento adecuado para resolver en contra de la Ley.

Entendemos que lo anterior descarta la aplicación del Art. 64, al punto que *de legge ferenda* hemos de proponer su derogación para todo supuesto de quiebra indirecta, aún en los casos en que el Art. 253.7 admite hoy su aplicación.

6. ADDENDA: EL PASO DEL TIEMPO Y LA IMPOSICIÓN AL SÍNDICO DE OBLIGACIONES.

La inscripción para actuar como síndico importa asumir importantes obligaciones que, además, son irrenunciables salvo causa grave apreciada con criterio restrictivo (Art. 255 LCQ).

Más tal inscripción es por cuatro años, entendiendo que el síndico debe continuar siéndolo en los concursos y quiebras en trámite a su fin. Mas la duración de tales trámites no podría considerarse ilimitada, o extenderse por décadas como vemos que ocurre muchas veces.

El incumplimiento de un acuerdo puede darse, muchas veces, varios años después de concluido un concurso que ya ha demora uno o dos años. Ocurriendo mucho después del final de los cuatro años por los que el síndico ha asumido el compromiso de cumplir tal función “irrenunciable”.

Por lo que, imponer un nuevo cargo de síndico¹¹ -solo por *convenienciarectius: comodidad*-importa violar el Principio de Reserva previsto en el Art. 19 de la Constitución Nacional mediante una nueva designación, exorbitante al período cuatrienal por el que el síndico se obligó.

El art. 19 CN, el 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos protegen la libertad de intimidad inofensiva para terceros (libertad neutra) que queda inmunizada o sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado -lo que incluye a los magistrados- y de los demás terceros.

“Es valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado y los demás individuos no deben interferir en

¹¹Recordemos que con la conclusión del concurso por homologación finalizó el anterior, que, además, ya fue remunerado. Por otro lado es claro que la designación en la quiebra importa un nuevo cargo, con nuevas obligaciones y funciones que nacen ese día.

esa elección o adopción”¹². Se desprende que la dignidad, en cuanto a calidad innata a todo ser humano y exclusiva del mismo, se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta y proyecto de vida. De allí que fundar la decisión en la *comodidad* del proceso, requeriría, cuando menos, la conformidad de los sujetos involucrados, especialmente del síndico.

7. CONCLUSIONES.

Ante la contradicción entre los Arts. 64 y 253.7 de la LCQ, por su especialidad, y por permitir la aplicación de ambas normas, prevalece el segundo sobre el primero, aplicándose el Art. 64 a todos aquellos supuestos no previstos en el 253.7, e incluso a los casos en que este último resuelve igual que el primero.

De legge ferenda, proponemos adecuar ambas normas, de modo tal que, para preservar los intereses de la quiebra, en todos los casos de quiebra posterior a la homologación se designe un nuevo síndico.

La jurisprudencia hoy pacífica de la Cámara capitalina en la materia, carece de fundamento, ya que la llamada conveniencia, referida en realidad a la comodidad, no permite violar la norma y proveer una nueva designación una vez vencido el plazo por el cual el síndico se ofreció a actuar como tal y, además, fue designado a tales fines.

¹²Nino Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, pág. 204 y 205.