

Universidad Torcuato Di Tella

COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO DEL CONCURSADO DENTRO DEL PROCESO DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS EN LA LEY 24.522.

- Alumno: Ari Gabriel Gurfein
- Maestría en derecho y economía.
- Matrícula: 10F659
- Tutor: Sergio Muro

INDICE

	Página
1.Hipótesis	3
2. Introducción: Proceso de verificación. Finalidad. Importancia.	3
3. El proceso de verificación en la ley 24.522	5
4. Publicidad de la sentencia de apertura de concurso preventivo	7
5. El art. 32 LCQ. La prueba del crédito. El concilium fraude	11
6. El período de observaciones	15
7. El informe individual. La auditoría del síndico	19
8. La resolución del art. 36 LCQ	22
9. Revisión de créditos	24
10. El valor del crédito incluido en el cómputo de las mayorías	24
11. Comportamiento estratégico del concursado. Conclusión	28
12. Bibliografía general	34

I.- Hipótesis.

Este trabajo sostiene que el proceso de verificación como se encuentra estructurado actualmente en la ley 24.522 (“LCQ”) le otorga al deudor la posibilidad de comportarse de forma estratégica para controlar -en cierta medida- la conformación del pasivo sobre el cual se computarán las mayorías, lo cual aumentará su poder de negociación, mejorando posibilidades de que el concursado obtenga las conformidades de una propuesta que le sea más favorable en perjuicio de los acreedores.

II. Introducción: Proceso de verificación. Finalidad. Importancia.

Antes de comenzar a esgrimir y analizar argumentos sobre la hipótesis objeto de este trabajo, es preciso ubicar en un contexto procesal, funcional y teleológico al procedimiento de verificación de créditos.

Desde un punto de vista doctrinario, el proceso de verificación se encuentra dentro del denominado “período informativo”.

Esta parte del proceso concursal está constituida por dos etapas. La primera el proceso de verificación y graduación de créditos –art. 32 y concordantes LCQ- y, el informe general del síndico previsto en el art. 39 de la LCQ (Julio Cesar Rivera, “Instituciones de Derecho Concursal”, Rubinzal – Culzoni, 2003, T I, pág. 373).

Ambas etapas apuntan a que los actores del proceso conozcan con la mayor precisión posible el estado patrimonial del concursado, es por eso que se lo denomina período informativo.

El proceso de verificación constituye una etapa esencial dentro del concurso preventivo, toda vez que hace a la existencia y naturaleza propia del mismo. Sin acreedores no hay concurso y el procedimiento en cuestión tiende a la verificación de la existencia de los mismos. Es por eso que es una fase central del proceso falimentario.

El acto de verificación de créditos es una carga que debe cumplimentar aquel acreedor que pretenda ser incorporado al pasivo al concursal. Conforme el art. 32 de la LCQ todo acreedor por causa o título anterior a la presentación en concurso debe presentarse a verificar para poder participar del proceso concursal. Si no lo hace no pierde

el derecho, pero si prescribe la acción individual dentro de los dos años contados a partir de la presentación en concurso (conforme art. 56 LCQ).

La pretensión verifcatoria que cada acreedor ejerce ante el síndico tiene los efectos propios de una demanda judicial, interrumpe la prescripción, e impide la caducidad del derecho y de la instancia.

Se trata de un proceso necesario, al cual debe concurrir todo acreedor que desee formar parte de la “masa concursal”; típico, en cuanto desplaza a las acciones individuales emergentes del derecho crediticio y; de conocimiento.

Este último carácter es de vital importancia en el análisis que efectuaremos, por cuanto el proceso de verificación tiene un marco cognitivo restringido cuyas consecuencias pueden determinar que un acreedor insinuante sea declarado no admisible y, por ende, excluido del cómputo de las mayorías, aún con un crédito legítimo.

Este trabajo se centra principalmente en los acreedores quirografarios que son la esencia del proceso concursal.

Por medio del instituto objeto de estudio se verifica la existencia y monto de los créditos, como así también se realiza su graduación, que consiste en determinar si son quirografarios o privilegiados.

En este proceso el síndico cumple un rol capital que consiste en estudiar cada solicitud, cotejarla con la documentación contable del deudor y emitir el informe individual (art. 35 LCQ). Este informe permite al juez dictar la resolución prevista en el art. 36 LCQ, la cual cristaliza de forma definitiva el pasivo computable a los fines de determinar las mayorías necesarias para la existencia de acuerdo.

Esta resolución será objeto central de estudio, dado que la hipótesis de este trabajo pretende analizar la influencia e incentivos que tiene el deudor para lograr excluir de la base de cómputo de las mayorías a ciertos acreedores. Y si bien existe la vía reparadora del art. 37 LCQ, estos acreedores quedan automáticamente excluidos de la base de cómputo, motivo por el cual no pueden influir en la formación del acuerdo.

La importancia del proceso de verificación –a los fines de esta tesis- está dada porque el deudor que logre una resolución art. 36 LCQ “favorable”, podrá conseguir las conformidades necesarias para la homologación de una propuesta de acuerdo que le sea flexible y acorde a sus pretensiones, logrando con esto una transferencia de valor desproporcionada a su favor en perjuicio de los acreedores. Se trata de redistribución ineficiente de los créditos concursales.

III.- El proceso de verificación en la ley 24.522.

Es en este acápite haremos un breve repaso normativo del procedimiento de verificación de créditos estructurado en la LCQ, para luego analizar los incentivos que genera, virtudes y falencias.

La LCQ establece en su artículo 14 inciso 3 que la resolución de apertura del concurso preventivo debe fijar una fecha hasta la cual los acreedores deben presentar ante el síndico sus pedidos de verificación. Esta fecha debe estar comprendida entre los quince y veinte días hábiles posteriores al día en que finaliza la publicación de edictos.

El proceso de verificación se encuentra regulado en los artículos 32 a 38 de la LCQ.

El artículo 32 LCQ establece el principio general, todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación en concurso y sus garantes, deben presentar ante el síndico sus pedidos de verificación de créditos, indicando monto, causa y privilegio. Adicionalmente establece los requisitos de forma de la presentación.

¿De qué forma se notifica a los acreedores la apertura del concurso preventivo?

La LCQ establece dos formas: la publicación de edictos (artículo 27 LCQ) y cartas a los acreedores denunciados (artículo 29 LCQ).

Vencido el plazo previsto en la resolución de apertura del concurso para verificar, los acreedores y el deudor tienen diez días para presentarse ante el síndico, revisar los legajos y efectuar las observaciones que estimen pertinentes sobre las acreencias insinuadas (artículo 34 LCQ).

El síndico luego presenta los pedidos de verificación y sus impugnaciones ante el juzgado.

Vencido el plazo previsto en el artículo 34 LCQ, el síndico tiene veinte días para presentar el informe individual previsto en el artículo 35 LCQ.

Este informe es de vital importancia, toda vez que el síndico analizando los pedidos de verificaciones y sus observaciones debe emitir opinión fundada sobre la procedencia de cada crédito.

Dentro de los diez días posteriores a la presentación del informe individual, el juzgado debe dictar la resolución prevista en el artículo 36 LCQ, en la cual decidirá sobre la procedencia de las pretensiones de los acreedores.

Los créditos que no hayan sido observados y el juez estime procedentes, serán declarados verificados. Aquellos que hubieren sido observados, serán declarados admisibles o no admisibles, según el juzgado entienda sobre su procedencia.

El art. 36 LCQ contiene una disposición final que establece: *“Estas resoluciones son definitivas a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.”*

Esto significa que solo participarán en la conformación del acuerdo aquellos créditos que hayan sido declarados verificados o admisibles, y lo harán por el importe y privilegio establecido en la resolución del art. 36 LCQ.

Por ende, la incidencia de cada acreencia en la base de cálculo y el cómputo de las mayorías está determinada por esta resolución, sin importar que luego se revierta la misma por la vía prevista en el art. 37 LCQ.

Esta norma establece que la resolución que declara verificado un crédito produce los efectos de la cosa juzgada, salvo dolo.

En cambio, aquella que declara una acreencia admisible o inadmisibles puede ser revisada dentro de los veinte días siguientes a la resolución prevista en el art. 36 LCQ. Vencido dicho término sin que inste el correspondiente incidente de revisión, produce los efectos de la cosa juzgada, salvo dolo.

Por último, el art. 38 LCQ establece el plazo de caducidad de la acción de dolo, que se produce a los noventa días del dictado de la resolución del art. 36 LCQ.

Este es, a grandes rasgos, el proceso de verificación y graduación de créditos establecido en nuestra Ley de Concursos y Quiebras.

IV.- Publicidad de la sentencia de apertura de concurso preventivo.

El concursado queda notificado de la resolución de apertura el primer día de nota posterior a la fecha de la resolución que abre concurso preventivo. Para que la sentencia –que contiene la fecha límite para presentarse a verificar- llegue a conocimiento de los acreedores, que tienen la carga de presentarse, la ley ha establecido la publicación de edictos (artículo 27 y 28 LCQ) y las cartas que debe enviar el síndico a los acreedores denunciados (artículo 29 LCQ).

Los edictos se publican en el boletín oficial y en un diario de amplia circulación. Si el deudor tiene un establecimiento en otra jurisdicción habrá que distinguir si la misma se encuentra en la misma provincia o no. En el primero supuesto se publica además en un diario de la otra jurisdicción y en el segundo supuesto, además de la publicación en el diario se debe publicar en el boletín oficial provincial. La publicación de edictos según reconocida jurisprudencia produce efectos *erga omnes*¹.

La publicación está a cargo del concursado y la sanción por no publicarlos en tiempo y forma es el desistimiento forzado del concurso preventivo (artículo 30 LCQ), con la consecuente prohibición de volver a presentarse en concurso dentro del año siguiente si existen pedidos de quiebra pendientes (artículo 31 LCQ).

Por otro lado, el síndico tiene el deber legal de enviar carta a los acreedores denunciados por el deudor en la nomina prevista en el inciso 5 del artículo 11 LCQ, informando los datos relevantes de la sentencia de apertura, incluyendo por supuesto la fecha límite para verificar. La omisión por parte del síndico no invalida el procedimiento.

La nomina de acreedores mencionada se debe acompañar con un dictamen suscripto por contador público, salvo que se trate de un pequeño concurso - artículo 289 LCQ-.

¹ “Como la notificación por edictos de la resolución de apertura del concurso preventivo tiene efecto “*erga omnes*”, el acreedor no puede justificar su inacción o actuación tardía alegando la omisión del síndico de enviar la carta a la que alude el art. 29 de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381).” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A • Botticelli, Sergio J. F. • 14/05/1998 • AR/JUR/1433/1998).

El concursado al establecer su estrategia puede considerar que tal o cual acreedor será más renuente a prestarle la conformidad o que exigirá una propuesta más elevada. Los motivos pueden ser múltiples, desde que dicho acreedor tenga un capital elevado, posición dominante en el mercado hasta la irrazonable razón de no querer negociar.

El deudor puede entonces sencillamente no denunciar a determinado acreedor y apostar a que el mismo no se presente de forma temporánea quedando así excluido de la base de cómputo de la mayorías, con lo cual gana en poder de negociación.

Obviamente esto no es tan sencillo, por cuanto el concursado se ve limitado por su propia contabilidad, no va a poder dejar afuera aquellas deudas que se encuentren debidamente contabilizadas. En primer lugar porque la norma con total acierto exige el dictamen de un contador público, el cual asume responsabilidad con su firma y puede ser sancionado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas –la sanción va desde un apercibimiento, hasta la pérdida de la matrícula, según la gravedad de la falta-. Además debe presentar sus libros en el juzgado y cuenta con el contralor de la sindicatura que tiene amplias facultades de fiscalización.

Ahora bien, respecto de los acreedores que estén fuera de la contabilidad puede no denunciarlos y la ley no prevé ninguna sanción procesal.

Si bien la publicación de edictos tiene efectos *erga omnes*, lo cierto es que el común de la gente no los revisa diariamente buscando si algún deudor suyo se ha presentado en concurso preventivo.

Además recordemos que entran en el proceso concursal deudas que pueden no estar vencidas. Hago esta referencia porque si la deuda está vencida antes de la presentación en concurso es común que el acreedor haya efectuado como mínimo reclamos verbales y, como máximo instado acciones judiciales –incluso peticionando la quiebra-. Este tipo de acreedores va a estar mucho más alerta que aquel cuya deuda ni siquiera venció y no tiene motivos para estar pendiente de la situación patrimonial de su deudor.

No solo la ley no contiene sanción alguna para el deudor, sino que por principio general las costas del pedido de verificación extemporáneo se imponen al acreedor, salvo que exista resistencia injustificada por parte del deudor. No obstante, la omisión de

denuncia del acreedor no ha sido merituada como causal de exclusión de la aplicación del principio general en materia de costas.

La jurisprudencia ha dicho: *“La publicación de edictos efectuada en los términos del art. 89 de la Ley de Quiebras hace presumir iuris et de iure el conocimiento del inicio del proceso colectivo y resulta suficiente para que el incidentista se anoticie de la declaración de quiebra a los fines de intentar verificar su crédito, atento el carácter erga omnes que aquella reviste”*. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A • Tawil, Aaron Enrique s/quiebra s/incidente de verificación (B.C.R.A.) • 11/10/2012 • AR/JUR/62707/2012).

El efecto *erga omnes* de la publicación edictos es una ficción, nadie puede considerar que todos los acreedores se anotician realmente de la presentación concursal a través de la publicación. Es necesaria esta ficción por la necesidad de cristalizar el pasivo en la etapa procesal correspondiente, caso contrario sería casi imposible arribar a una solución preventiva. Si no conocemos al principio del concurso –antes del período de exclusividad- la base de cómputo de las mayorías, no es posible que el deudor consiga las conformidades necesarias para la existencia de acuerdo.

No obstante ello no implica que el comportamiento estratégico del concursado no pueda ser sancionado o, cuanto menos, el incidentista eximido del pago de las costas.

A una solución distinta y más acertada se arribó en el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala I, en los autos *“Ferroli Pablo J v. Lozano S.R.L. s/ Incidente de tardía verificación de crédito”*, del 22/07/2006: *“Al momento de efectuarse la denuncia de la existencia del concurso se encontraba cerrado el período dispuesto para las verificaciones tempestivas ante el síndico; Además se comprobó que el acreedor laboral no fue mencionado al iniciarse el proceso universal, no obstante conocerse su existencia al haberse contestado la demanda iniciada en sede laboral con anterioridad. Esta omisión en franca violación a lo dispuesto por el art. 11 inc. 5 último párr. ley 24522 impidió que la sindicatura remitiera a la actora la comunicación prevista en el art. 29 ley concursal. Dicha actitud en que incurrió la parte concursada en ambos procesos revela una conducta alejada de los principios de la buena fé y lealtad procesal art. 34 inc. 5 ap. d CPCC. Bs. As. y Código Civil .”*

El tribunal entiende con total acierto que la omisión del deudor generó que la sindicatura no remitiera al acreedor la carta de notificación, descartando el efecto *erga omnes* de la publicación de edictos. Pero va más allá, entiende que el concursado actuó con mala fe procesal y lo sanciona con fundamento en la ritual local (inciso 5.d del artículo 34 del CPCCPBA).

La solución del tribunal incluso tiene apoyo en la propia LCQ, que establece en su artículo 278 la aplicación supletoria para supuestos no previstos de las leyes procesales locales.

Un deudor que no ha contabilizado una deuda –con lo efectos fiscales que ello conlleva-, no la denuncia de forma intencional en su presentación, gana poder de negociación al excluir del cómputo de las mayorías a un acreedor que termina perjudicado y cargando con las costas. La jurisprudencia mayoritaria que apoyándose en el efecto *erga omnes* de la publicación de edictos impone las costas al incidentista termina premiando a un deudor que incurrió en una larga cadena de incumplimientos.

La sola omisión de denunciar deudas por parte del deudor debería acarrear sanción y eximir automáticamente al acreedor del pago de las costas. La regla para estos supuestos debería ser costas al concursado. Es cierto que no existe norma específica en la LCQ que así lo establezca, pero sin lugar a dudas estamos ante un supuesto de mala fe procesal y por vía de aplicación de las leyes procesales locales se puede sancionar al concursado.

La omisión en el supuesto que nos ocupa es casi siempre dolosa, por cuanto el deudor no puede desconocer una deuda propia. Un supuesto de excepción se puede dar con los papeles de comercio. El acreedor originario puede haber transmitido el cheque o pagaré y el deudor desconocer esta circunstancia, pero para eximirse en tal supuesto debería cuanto menos haber denunciado la deuda con el beneficiario directo del título cambiario.

Es la intencionalidad del deudor lo que justifica la sanción procesal e imposición de costas. No pretendo sancionar toda omisión del deudor, sino que la sanción debe actuar cuando la misma produce el efecto deseado y logra su cometido, que el acreedor no se presente a verificar tempestivamente.

La solución legal – falta de sanción por omisión de denunciar acreedores- y jurisprudencial –mayoritaria- es injusta y genera incentivos para que el deudor actúe estratégicamente en perjuicio de los acreedores. Adicionalmente esto no solo afecta al acreedor excluido, sino a toda la masa, por cuanto el deudor gana poder de negociación de forma ilegítima y la propuesta que logre homologar será de aplicación a todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación en concurso.

En relación a la inclusión del acreedor excluido en la base de cómputo de las mayorías, entiendo que esto no es posible, ya que terminaría afectando el sistema concursal entero y es un perjuicio que deberá soportar el acreedor en pos de la salud del proceso concursal. El problema es que para lograr una solución preventiva es necesario que el pasivo se cristalice y quede firme, caso contrario, no habría una base de cómputo determinada para lograr las mayorías y sería imposible para el deudor encarar una negociación con los acreedores.

En conclusión, sostengo que la ley y su interpretación actual mayoritaria en esta materia genera incentivos para que el deudor se comporte de manera estratégica, omitiendo denunciar acreedores, en perjuicio de estos y de la masa, siendo incluso premiando al no tener que cargar con las costas de las actuaciones judiciales que su accionar genera y, más gravoso aún para el sistema, ganando poder de negociación al lograr excluir a determinados acreedores de la base de cómputo de las mayorías.

V.- El artículo 32 LCQ. La prueba del crédito. *El concilium fraude.*

El artículo 32 LCQ es el primer artículo dentro del proceso de verificación, establece que “*todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios*” y asimismo, deben acompañar los títulos que justifican su acreencia.

Esta norma tiene dos aristas fundamentales, la causa del crédito y su prueba.

En derecho concursal por causa del crédito nos referimos a la relación negocial entre el acreedor y el concursado.

“Como surge empíricamente de los pedidos de verificación que se formulan en los concursos, difícilmente se salga de cuatro o cinco tipos recurrentes de relaciones negociales: ventas, préstamos en dinero, trabajos, Alquileres” (Maffia J. Osvaldo, “Verificación de créditos”, Ed. Depalma, 1989, página 136).

Si bien un negocio puede tener mayor complejidad que otro, vemos que en la causa no existen cuestiones que generen mayores dudas. La problemática surge con la instrumentación de la relación negocial y se profundiza cuando se trata de papeles de comercio.

Este tema tiene un amplio debate histórico en nuestro derecho. Los títulos abstractos se utilizaban, en fraude a la ley, para exagerar el pasivo. De este modo tan solo librando un pagaré el deudor en connivencia con terceros introducía en la masa créditos que licuan el capital de los acreedores y a su vez son conformidades para éste.

La jurisprudencia reaccionó en una primera instancia rechazando los créditos instrumentados con títulos circulatorios y terminaron pagando justos por pecadores. Los créditos reales estaban instrumentados de forma deficiente, mientras que los créditos fraudulentos tenían “los papeles en orden”, lo cual provocó el dictado de los plenarios capitalinos “Translinea” y “Dyfray” que sentaron la siguiente doctrina: quien solicita la verificación de un crédito instrumentado en un cheque o pagaré debe indicar y probar la causa. Si es el beneficiario del cartular la causa es el negocio de fondo, en cambio, si se trata de un endosatario debemos entender como causa a las circunstancias determinantes del acto cambiario.

No obstante, ante la casuística que día a día vemos en los tribunales la cuestión no ha sido resuelta. Se siguen dando situaciones injustas en las cuales acreencias reales terminan siendo rechazadas y créditos fraudulentos incorporados al pasivo. El juzgado debe estar a las circunstancias particulares de cada caso, pero el único que tiene la información completa siempre será el deudor y en muchas oportunidades el juez, el síndico y la masa de acreedores, serán engañados.

Consecuencia de lo expuesto, el concurso preventivo genera un cambio radical en los papeles de comercio. En circunstancia no concursales, el portador tiene un instrumento

abstracto y con fuerza ejecutiva, que se hace efectivo en un proceso de limitado marco cognitivo. Incluso puede embargar antes de intimar de pago al deudor.

En cambio, la abstracción cede frente al concurso y es el portador del título quien debe probar la causa.

Entonces vemos que se enfrentan dos bienes jurídicos. Por un lado los títulos de crédito que, con sus caracteres de literalidad, necesidad y abstracción buscan dotar al comercio de seguridad, celeridad, fluidez y generar crédito.

Por otro, el concurso preventivo con su finalidad de salvar la empresa como fuente de trabajo y generadora de riqueza.

Ambos axiomas jurídicos tiene el mismo fin último, que es proteger a las empresas como motores de la economía, pero terminan colisionando ante la insolvencia, consecuencia de las malas práctica del ser humano.

El problema radica en que si frente al concurso otorgamos a los papeles de comercio validez absoluta exponemos a los acreedores a ser víctimas de un fraude, lo cual aumenta el riesgo de recupero del crédito, con el consecuentemente aumento de las tasas de interés y el impacto negativo que esto tiene para la economía.

La otra cara de la moneda, el rechazo absoluto de los títulos cambiarios frente al concurso, llevaría al desuso de los mismo, toda vez que su importancia radica en la seguridad y fuerza ejecutivo, lo cual afectaría la fluidez del crédito en el comercio, impactando también de manera negativa en la economía.

La solución de los plenarios es intermedia y entiendo adecuada. Se deben afectar en cierta medida ambos bienes jurídicos para llegar a una solución económicamente más eficiente. Aquí estará la habilidad del juez y la imparcialidad del síndico para arribar a una solución más justa en cada caso.

Es claro que el intento de armonizar este conflicto de bienes jurídicos le da al deudor margen para cometer fraude en perjuicio de los acreedores.

La cesación de pagos es un estado que tiene un período de incubación y el primero en advertir los síntomas es el propio de deudor. Éste sabe que no podrá cumplir con sus

deudas incluso antes de que las mismas sean exigibles. Por lo tanto, el deudor que pretenda exagerar el pasivo cuenta con una ventaja primordial: es el primero que advierte su cesación de pagos. Nuevamente el privilegio de la información.

Entonces el concursado puede comenzar a generar pasivos –utilizando papeles de comercios, mutuos, etc- un tiempo considerable antes de la presentación en concurso.

Este comportamiento estratégico tiene un potenciador, la parte impositiva. El problema es que adicionalmente estos gastos suelen deducirse del pago de impuesto a las ganancias y generan crédito de IVA –si se instrumentan en facturas-.

Este problema del proceso de verificación de créditos tiene dos soluciones –aunque las mismas no terminan con el problema-. Por un lado, el buen tino de los jueces de atender a las circunstancias de cada caso y por otro el artículo 52 de la LCQ, que impide al juez aprobar una propuesta abusiva o en fraude a la ley. En este aspecto creo que la jurisprudencia no ha hecho un gran aporte, sino que se han convalidado propuestas claramente abusivas que no contemplan en lo más mínimo el contexto inflacionario de la Argentina.

Entiendo que no debería restablecerse un límite a la quita –como lo hacía la ley 19.551-, pero se podría establecer una variable concreta relacionada con los activos del deudor para limitar las propuestas abusivas. El fundamento para vincular la variable con el activo tiene sustento en que el acreedor no debería aceptar una propuesta en la cual perciba menos que en una eventual quiebra. De esta forma aún en supuestos de exageración fraudulenta del pasivo los acreedores reales estarían resguardados por la propia ley.

Asumiendo que los acreedores son racionales, no es un comportamiento esperado que un acreedor acepte una propuesta por menos dinero de lo que lo correspondería ante la liquidación forzosa de los activos del deudor. Esto ocurre por dos motivos. Es un acreedor fraudulento o, un acreedor real que cede su crédito cobrando anticipadamente, afectado así el principio de igualdad.

Esto generaría un desincentivo para que el deudor creé acreedores falsos y ayudaría a resguardar el sistema.

No obstante, el tratamiento de la cuestión de la propuesta abusiva excede el marco de este trabajo. Lo importante es señalar que este problema, a mi entender, no tiene forma de ser limitado dentro del proceso de verificación y hay que salir a buscar la solución de incorporar los incentivos adecuados en otro sector de la ley.

En conclusión, el acotado marco cognoscitivo del proceso de verificación, las reglas creadas jurisprudencialmente para la verificación de títulos de créditos y el privilegio de la información, le otorgan al deudor un incentivo a exagerar de modo fraudulento el pasivo. Más aún cuando la única consecuencia jurídica en estos casos es la exclusión del acreedor del pasivo y nada más.

Sin embargo, la ley concursal prevé una etapa de control por parte de los acreedores en su artículo 34, que a continuación analizaremos.

VI.- El período de observaciones.

El art. 34 LCQ regula el denominado período de observaciones. Vencido el plazo previsto en la resolución de apertura del concurso para verificar, los acreedores y el deudor tienen diez días para apersonarse en la sindicatura, analizar los distintos pedidos verifcatorios de los acreedores y efectuar las observaciones que estimen pertinentes sobre las acreencias insinuadas.

El síndico luego estudiará las insinuaciones de cada acreedor en conjunto con las impugnaciones y confeccionará el informe individual.

Dentro del proceso de verificación, esta es la única norma que permite a los acreedores ejercer cierto control sobre la conformación del pasivo concursal. Pero la norma no cumple los efectos deseados, ni genera incentivos suficientes para que los acreedores tengan una participación más activa y determinante.

Por ejemplo, un proveedor de materia prima que se presenta con facturas a verificar su crédito. En su pedido de verificación relatará los hechos del caso, indicando que el día 25 de abril de 2013 le entregó al deudor 2.537 kg de chapa por un total de \$45.000 y que nunca le fueron abonados. Además acompañará remitos de entrega de la mercadería.

Esto es lo único que verá quien concurre a revisar legajos. Pero de ninguna forma tendrá certeza sobre la entrega de la mercadería. Incluso, tampoco podrá saber si la misma fue abonada. Cabe la posibilidad de que el deudor le haya pagado la mercadería en efectivo y que no haga figurar el pago, ello con la intención de este luego se presente en el concurso y le dé su conformidad a la propuesta.

En primer término el acreedor que se presenta a revisar los legajos no tiene a su disposición toda la información necesaria para realizar una auditoría correctamente. Le falta, por ejemplo, la documentación contable de la empresa. El pedido de verificación debe ser confrontado contra la contabilidad para determinar la veracidad y alcance del crédito. Y, hasta sería prudente el confronto contra la contabilidad del acreedor insinuante.

Recordemos que los libros de comercio entre comerciantes son prueba concluyente y pueden determinar el resultado de una disputa si uno los lleva en regla y el otro no. Si un comerciante tiene una deuda de otro registrada en sus libros, y el otro no lleva los libros en legal forma –o no lleva libros- y pretende negar la deuda, el asiento contable es considerado por la jurisprudencia como prueba suficiente –siempre y cuando no existan otros elementos probatorios que lo rebatan-. Esto muestra la importancia de los libros comerciales a la hora de realizar una auditoría².

Por otro lado, en el ejemplo dado, sería muy importante analizar el balance de la empresa para determinar si efectivamente la chapa mencionada figura dentro del stock del concursado o, si se encuentra asentado, pero el monto no cierra con otras variables del balance o, si se ha sobrevaluado el mismo, etc. Podría tener la empresa salidas no documentadas que nos den un indicio de que la mercadería podría haber sido abonada.

En concreto, el acreedor que se presenta a revisar legajos no tiene información suficiente para determinar y detectar que pedidos vericatorios merecen observación.

² *“La factura reclamada debidamente asentada en la contabilidad del vendedor debe ser tenida como prueba suficiente de los términos del contrato de compraventa si, tratándose de operaciones entre comerciantes, no se le oponen asientos en contrario ni otra prueba concluyente, pudiendo incluso presumirse que tal instrumento se encuentra asentado por el comprador si no ha resultado posible examinar o constatar sus registros de la contabilidad.”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D • Tomagri S.R.L. c. Autoservicio Mayorista Diarco S.A. s/ordinario • 06/07/2011 • La Ley Online • AR/JUR/45845/2011)

En el régimen anterior, establecido por la ley 19.551, luego de presentados los pedidos de verificación, el síndico presentaba el informe individual, sobre el cual recaían las impugnaciones de los acreedores y del deudor. Este sistema fue modificado por la ley 24.522.³

Estimo que la reforma no fue acertada. El síndico al realizar el informe de cada crédito, realiza una auditoría más completa e integral. Incluso tiene facultades de solicitar documentación adicional a los acreedores, todo lo cual se ve plasmado en el informe del artículo 35 LCQ. Entonces, el acreedor que impugna el informe tiene al menos un panorama más completo de la situación. Adicionalmente, le quita poder al síndico, toda vez que en la actualidad su informe no recibe impugnaciones y los jueces no suelen apartarse de lo dictaminado por el experto al dictar la resolución prevista en el art. 36 LCQ.

“La doctrina no se ha mostrado satisfecha con este procedimiento imaginado por la ley 24.522, pues sostiene que da un excesivo poder al síndico, ya que su informe no recibirá impugnaciones y difícilmente el juez se ponga a ponderar las observaciones previas para resolver de manera distinta a lo aconsejado por el síndico.” (Julio Cesar Rivera, “Instituciones de Derecho Concursal”, Rubinzal – Culzoni, 2003, T I, pág. 401).

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, el art. 34 de LCQ no genera incentivos suficientes para que los acreedores se presenten, revisen los legajos y observen los créditos.

Ya he resaltado que la observación se efectúa con poca información y que los jueces suelen resolver sin ponderarlas realmente, lo cual tal vez sea consecuencia de la falta de información. Este es una gran desincentivo.

Pero, por otro lado, asumamos por un momento que las observaciones tienen una determinada posibilidad de éxito. En definitiva se ve beneficiada la masa de acreedores en su totalidad. El acreedor que se presenta a revisar legajos lo hará a través de un abogado, a

³ “El objeto de las impugnaciones que pueden formular el deudor y los acreedores insinuados en un proceso concursal, es el informe individual del síndico, o más concretamente, la opinión del funcionario sobre la procedencia de la verificación. Ello, sin perjuicio de que, en ocasiones, la impugnación a la opinión del funcionario constituya también una impugnación al crédito mismo cuya estimación hubiera sido aconsejada.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D • Edificio Villa Luján S.R.L. s/quiebra s/ imp. por Edificio Villa Juncal 2430 S.R.L. c. Barcelona, José V. • 12/04/1991 • LA LEY 1991-E, 43 • DJ 1991-2, 873 • AR/JUR/1917/1991). Jurisprudencia dictada estando vigente la ley 19.551.

quien le tendrá que pagar honorarios por su intervención, que en definitiva terminará mejorando la situación de la masa total, pero su situación se ve poco beneficiada, por cuanto el beneficio es proporcional al monto de su crédito dentro del total del pasivo. Menos aún si consideramos que ha gastado dinero en contratar un profesional para que lo asista.

En el otro lado de la moneda, tenemos al deudor, quien cuenta con información precisa y certera y quien además se comporta de forma estratégica. Intentará lograr la conformación del pasivo que le sea más favorable, observando aquellos créditos que pretenda excluir e incluso puede observar créditos que pretenda incorporar.

Por ejemplo, se puede presentar un acreedor que el deudor pretende incluir en el pasivo, pero que cuente con elementos poco convincentes, por ejemplo 5 cheques nada más. El deudor puede observar el crédito en cuanto al alcance de la deuda, arrojando elementos que terminan beneficiando al acreedor. Señala en donde se encuentra plasmada la deuda en los estados contables, pero cuestiona el alcance, aduciendo que uno de los cheques ya fue cancelado. Parecería una observación, pero realmente está aportando prueba sobre los 4 cheques restantes.

Además existen casos en que se ha tomado como suficiente el reconocimiento del deudor de determinada deuda: *“Nada obsta a que el deudor concursado preste su conformidad para que un crédito sea verificado en su pasivo, ya que salvo que exista la sospecha fundada de la existencia de un "concilium fraudis" con el tercero insinuante o un supuesto que pueda reputarse como reñido con el orden público, la moral o las buenas costumbres o perjudicial para un tercero, no debiera haber razón para apartarse de la voluntad libremente expresada por el deudor, sin perjuicio de que puedan existir situaciones en las cuales la sola voluntad del deudor resulte insuficiente para justificar por sí aquella admisión.”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A • Chacras del Oeste S.A. • 22/10/2010 • La Ley Online • AR/JUR/75706/2010)

En esta etapa del proceso tenemos dos problemas, por un lado información asimétrica, el deudor corre con esta ventaja, por cuanto el conocimiento que tiene sobre su pasivo es total, mientras que los acreedores no. Y además, hay un problema de incentivos.

La norma y la aplicación jurisprudencial del art. 34 LCQ –la falta de ponderación de los jueces de las observaciones- desincentivan la participación de los acreedores.

VII.- El informe individual. La auditoría del síndico.

La ley dispone en el art. 35 LCQ que el informe individual debe ser presentado en el plazo de 20 días a contar desde el vencimiento del plazo para formular observaciones.

El informe sobre cada acreedor, contiene la siguiente información:

- Datos personales
- La pretensión, que incluye monto, causa y privilegio.
- La información obtenida en su auditoría y las observaciones –en caso de corresponder-.
- Opinión fundada sobre la procedencia de la pretensión verficatoria.

El síndico no puede aconsejar más allá de la pretensión verficatoria, mismo límite tiene el juez para verificar o declarar admisible un crédito.

El informe individual es una pieza capital del concurso preventivo y, consecuentemente, del proceso de verificación. El síndico tiene amplias facultades para determinar con la mayor precisión posible el pasivo del concursado. Estas vienen dadas por el art. 33 de la LCQ, que dispone en su parte pertinente: *“El síndico debe realizar todas las compulsas necesarias en los libros y documentos del concursado y, en cuanto corresponda, en los del acreedor. Puede, asimismo, valerse de todos los elementos de juicio que estime útiles y, en caso de negativa a suministrarlos, solicitar del juez de la causa las medidas pertinentes.”*

El informe individual es realmente una auditoría de estados de situación patrimonial, que se complementa con una auditoría más amplia contemplada en el art. 39 LCQ (informe general). Se trata de una auditoría externa.

El Dr. Mario Wainstein define a la auditoría externa como: “un proceso sistemático para obtener y evaluar evidencia de una manera objetiva respecto de las afirmaciones concernientes a actos económicos y eventos para determinar el grado de correspondencia

entre esas afirmaciones y criterios establecidos y comunicar los resultados a usuarios interesados” (Maffia J. Osvaldo, “Verificación de créditos”, Ed. Depalma, 1989, página 232).

Por lo cual este informe debe respetar las normas de auditoría que se rigen por la resolución técnica número 7/85 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De la definición del Dr. Wainstein, vemos que el auditor debe ser objetivo. Esto quiere decir que el auditor debe ser independiente del sistema objeto de auditoría.

La resolución técnica 7/85, en su capítulo III describe situaciones en las cuales el auditor no es independientes. Entre estos casos tenemos situaciones de parentesco, relación de dependencia, socios, administradores, etc.

Quiero detenerme en dos casos concreto de falta de independencia previstos por la resolución técnica en análisis: i) cuando la remuneración fuera contingente o vinculante con las conclusiones de la auditoría y; ii) cuando la remuneración fuera pactada sobre la base del resultado del período a que se refieren los estados contables sujetos a auditoría.

Ahora bien, confrontemos esta norma la LCQ y como está establece la remuneración que percibirá el síndico por su actuación dentro del proceso concursal. Art. 266. la LCQ: “Cómputo en caso de aciertos. En caso de acuerdo preventivo, los honorarios totales de los funcionarios y de los letrados del síndico y del deudor son regulados sobre el monto del activo prudencialmente estimado por el juez o tribunal, en proporción no inferior al UNO POR CIENTO (1%) ni superior al CUATRO POR CIENTO (4%), teniendo en cuenta los trabajos realizados y el tiempo de desempeño. Las regulaciones no pueden exceder el CUATRO POR CIENTO (4%) del pasivo verificado ni ser inferiores a DOS (2) sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción donde tramita el concurso. Para el caso que el monto del activo prudencialmente estimado supere la suma de cien millones de pesos (\$ 100.000.000), los honorarios previstos en este artículo no podrán exceder el 1% del activo estimado.”

Entonces la remuneración del síndico se determina con un porcentaje sobre el activo que está limitada por un porcentaje del pasivo. El juez regulará los honorarios, pero para

ello necesita conocer el activo y pasivo del concursado. El juez conoce el estado de situación patrimonial del deudor por medio de los informes confeccionados por el síndico (arts. 35 y 39 LCQ). Por ende, se determina la remuneración del síndico en base al resultado de la auditoría que él ha realizado.

La forma en qué se determina la remuneración del síndico colisiona con lo establecido por la resolución técnica 7/85. La sindicatura pierde la independencia necesaria para realizar la auditoría. En primer término porque para determinar su remuneración se aplica una alícuota que tiene como base imponible el resultado de la auditoría. En segundo término, quien abona sus honorarios es el deudor.

Al síndico le conviene que el deudor homologue su concurso sin sobresaltos, y le abone sus honorarios en tiempo y forma. Esto no significa que no vaya a cumplir con su función dentro del marco de la ley, pero el problema es que muchas el marco de la ley es flexible o se generan situaciones que, legalmente, pueden tener más de una solución. En tales supuestos el síndico tenderá a estar a la que sea más favorable al concursado.

Entonces se alinean los intereses del concursado y la sindicatura.

Además, actualmente, suele ocurrir en nuestros tribunales, o al menos en los juzgados comerciales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que la resolución del art. 36 LCQ recepta en casi su totalidad lo aconsejado por la sindicatura, lo cual le da al informe una importancia aún mayor. Ver cita en página 15: Julio Cesar Rivera, “Instituciones de Derecho Concursal”, Rubinzal – Culzoni, 2003, T I, pág. 401.

El problema entonces radica en que los dos sujetos que mejor información tiene dentro del proceso (el concursado y el síndico) tienen los intereses económicos alienados en un punto vital, a ambos les conviene que el concurso se homologue. En cambio, los acreedores, son los actores del proceso con menor y peor información y son los únicos con los incentivos suficientes para ejercer un contralor eficacia, porque sus créditos están en juego.

Es por ello, que en capítulos anteriores pusimos de resalto que sería conveniente volver al régimen anterior establecido por la ley 19.551, donde las impugnaciones recaían sobre el informe individual. De esa forma los acreedores contaban con un panorama más

completo sobre la real situación patrimonial del concursado y tenían posibilidades de ejercer un contralor más efectivo sobre la conformación del pasivo. La idea de esta norma, sería que pierda fuerza el informe individual que, como he argumentado, es realizado por un síndico no independiente.

VIII.- La resolución del art. 36 LCQ.

El art. 36 de la LCQ establece: *“Dentro de los DIEZ (10) días de presentado el informe por parte del síndico, el juez decidirá sobre la procedencia y alcances de las solicitudes formuladas por los acreedores. El crédito o privilegio no observados por el síndico, el deudor o los acreedores es declarado verificado, si el juez lo estima procedente. Cuando existan observaciones, el juez debe decidir declarando admisible o inadmisibile el crédito o el privilegio. Estas resoluciones son definitivas a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.”*

Esta resolución del juez tiene el siguiente alcance:

- Verifica los créditos que no hubiesen sido recibido observaciones por parte del concursado o los acreedores y que el síndico no hubiera objetado total o parcialmente.
- Aquellos créditos que hubieran sido observados por algunas de las partes, son declarados admisibles o no admisibles total o parcialmente.
- Se expide sobre los privilegios pretendidos por los acreedores, declarándolos verificado, admisibles o no admisibles, en los términos señalados precedentemente.

La distinción es importante, por cuanto la resolución que declarada un crédito verificados produce los efectos de las cosa juzgada –salvo dolo- y aquel declarado admisible está sujeto a revisión en los términos del art. 37 de la LCQ.

A los fines de este trabajo, la parte más importante del artículo es la que determina que la resolución del art. 36 LCQ es definitiva a los fines del cómputo de las mayorías y base del acuerdo, sin perjuicio del resultado que tengan eventuales revisiones en los términos del artículo subsiguiente. Es en esta instancia que el deudor conoce con precisión

qué partido debe jugar. Aquí es donde armará una planilla con los acreedores y sus respectivos capitales representativos y trazará su estrategia definitiva.

Uno de los principales problemas que tiene esta parte del procedimiento es que el juez cuenta en importante cantidad de casos con deficientes y/o incompletos elementos de convicción, pero aún así debe dictar la resolución en el plazo indicado. Estos elementos son los que le ha arrimado el síndico.

El Dr. Osvaldo J. Maffia ha expresado estos problemas hace ya mucho años: *“Suficientes tal vez en algunos casos, deficitaria en los más, ha de arreglárselas con los elementos de juicio que le brinde el informe del art. 35: hemos insistido en la anomalía de que al juez sólo le llegan las noticias que a criterio del síndico fuesen relevantes acerca de cada pedido de verificación, ya que tanto la solicitud del acreedor como los documentos que acompaña y el resultado de las compulsas que practique el órgano del concurso quedan en el legajo del art. 34. Si un contrato está firmado “a ruego”, o un pagaré endosado “en procuración al cobro”, o un cheque suscripto por poder, o una letra librada “por cuenta” de tercero o “a cargo” del librador, el síndico lo hará saber o no lo hará saber al magistrado –y a los acreedores- según considere o no relevantes tales circunstancias; pero si, desde su enfoque de contador, juzga normal el procedimiento, o satisfechos a su criterio los requisitos legales que hacen a la validez de tales actos, o intrascendente una omisión, o suficiente un mandato tácito, entonces omitirá toda mención al respecto y se limitará a informar el pedido, sobre las comprobaciones y sobre su criterio en punto a verificación, aconsejando o desaconsejando al respecto.”* (Maffia J. Osvaldo, “Verificación de créditos”, Ed. Depalma, 1989, página 292).

Vemos nuevamente un problema de información asimétrica y un procedimiento que le da demasiada relevancia a la opinión del síndico, cuyos incentivos –ya he señalado- se encuentran alineados con los del concursado, siendo este último quien, a su vez, tiene la información perfecta sobre su pasivo y puede intentar influir al síndico hacia la dirección “correcta”, observando o no, a determinados acreedores. Esto termina siendo un coctel que beneficia al deudor y facilita su manipulación del concurso preventivo.

IX.- Revisión de créditos.

El art. 37 de la LCQ establece el procedimiento para revisar aquellos créditos declarados admisibles o inadmisibles.

La revisión tiene como requisito la observación previa –por parte de cualquiera de los sujetos intervinientes en el proceso- y debe ser interpuesta dentro de los 20 días hábiles de dictada la resolución del art. 36 de la LCQ. Tramita por las reglas del incidente concursal.

Luego el art. 38 de la LCQ establece un plazo de 90 días desde el dictado de la resolución verificatoria para interponer la revisión por dolo.

En esta instancia el incidentista tiene un amplio marco cognoscitivo, se puede valer de todas las pruebas previstas por el código procesal para intentar revertir la resolución con los alcances y en los puntos pretendidos. Lo que no podrá bajo ningún punto de vista, es ser incluido en la base de cómputo de la mayorías, con lo cual, aún cuando su revisión sea exitosa, deberá, sin voz ni voto, someterse a la propuesta de acuerdo homologado.

X.- El valor del crédito incluido en el cómputo de las mayorías.

En este punto nos debemos preguntar si el crédito incluido en el cómputo de las mayorías tiene un valor mayor al crédito excluido. Como hipótesis sostengo la afirmativa, y que el mayor valor de este crédito proviene del derecho que otorga al acreedor de prestar su conformidad para la formación del acuerdo.

Para este análisis asumamos por un momento que el concursado puede negociar con los acreedores y comprar los créditos en una especie de mercado de créditos concursales. Utilizaré el método de descuento de flujo de fondos en un modelo simplificado para ilustrar el concepto.

El modelo se basa en el caso ficticio de Garmendia Hermanos SRL, que se ha presentado en concurso preventivo. Veamos la situación patrimonial de la empresa:

- Pasivo total quirografario \$320, que se reparte en 20 acreedores en partes iguales. Cada acreedor tiene un crédito de \$16.
- De los 20 acreedores, solamente 10 son declarados verificados por la resolución del art. 36 LCQ, los otros 10 deben presentar incidentes de revisión.

- El pasivo computable a los fines de lograr un acuerdo es de \$160, que se reparte en los 10 acreedores verificados que mencionamos en el punto que antecede.
- El concursado exterioriza una propuesta del pago del 50% del capital, en 2 cuotas anuales, con un plazo de gracia de 36 meses a contar a partir de la homologación del acuerdo sin intereses.
- Asumamos que los créditos se deprecian anualmente un 25% por inflación (tasa de descuento 25%).
- Activo de la empresa \$240.
- Plazo de remate de los bienes en una quiebra 3 años.

Entonces, los pagos según la propuesta serían:

- Fecha de homologación: \$0
- 12 meses: \$0
- 24 meses: \$0
- 36 meses: \$4.
- 48 meses: \$4.

La primera cuota se abona a los 36 meses y con una tasa de descuento del 25% anual su valor actual a la fecha de homologación es de \$1,69. En cambio el valor actual de la segunda cuota, que se abona a los 48 meses, aplicando la misma tasa de descuento es \$1,27.

Sumamos ambas cuotas y nos da que el valor actual de la propuesta del concursado es de \$2,96. El valor actual de la propuesta representa el 18,5% del valor nominal de los créditos. Los acreedores saben esto, por lo cual ninguno le prestará la conformidad sin exigir un pago.

Garmendia Hermanos SRL tiene un capital computable a los fines de conseguir las mayorías de \$160 dividido en 10 acreedores, por lo cual necesita las conformidades de 7 acreedores que suman \$112 (2/3 del pasivo) y representan más de la mitad de los

acreedores. Con 6 acreedores no llega a los $\frac{2}{3}$ del capital requerido por la norma para conseguir la homologación del acuerdo.

La empresa tiene 10 acreedores computables a los fines del cómputo de las mayorías por la suma de \$160 y otros 10 fuera, pero asumamos 5 intentan revisiones procedentes, lo cual suma \$80. Ahora, el pasivo total de Garmendia Hermanos SRL asciende a la suma de \$240 y tiene un activo de \$240, por lo cual en una quiebra los acreedores recibirán \$16 (hay 15 acreedores verificados o declarados admisibles que se reparten los \$240).

Ahora bien, el remate de los bienes y el trámite del proceso hasta el proyecto de distribución final lleva 3 años –cuanto menos he sido generoso con los tiempos- y sufren la misma depreciación del 25% anual. Esto quiere decir que los acreedores cobran \$16 en el mes 36. En este caso, el valor actual de los créditos de cada acreedor es \$6,75.

Para resumir: En caso de recibir el pago conforme la propuesta concursal el acreedor recibe a valor actual \$2,96, en caso de no prestar la conformidad y que el deudor quiebre el acreedor recibe \$6,75.

Entonces, podemos decir que si el acreedor actúa racionalmente, debería aceptar prestar su conformidad por cualquier suma superior a \$6,75. El deudor lo sabe y decide salir a ofertar \$7 a 7 acreedores que aceptan su propuesta.

Entonces paga \$49 a 7 acreedores y logra homologar su concurso. A los 8 acreedores restantes –incluye los 3 acreedores verificados que no recibieron pagos y los 5 que lograron entrar al pasivo por incidente de revisión- les abonará, a valor actual, \$2,96, lo cual suma \$23,68. Por lo tanto, habiendo abonado \$72,68, termina levantando una deuda de \$240. Digamos, abonando el 30%.

En este modelo podemos ver que el haber sido incluido dentro del cómputo de las mayorías le reportó a ese acreedor una ganancia de \$4,04, toda vez que recibió \$7, mientras que los acreedores cuya conformidad no fue comprada recibieron \$2,96.

Para refinar el modelo, pero sin modificar el concepto, tendríamos que incluir la posibilidad de estar incluido en la base de cómputo de las mayorías y que el deudor no haga oferta alguna (esto le pasó a 3 acreedores). De los 10 acreedores verificados 3 no recibirán

oferta, quienes representan el 30%. Incluyendo esta variable el valor del crédito verificado es:

$$\$7 \times 70\% \text{ (probabilidad de recibir oferta)} = \$4,90.$$

Mientras que el valor de los créditos que lograron la revisión sigue siendo \$2,96.

El concepto no varía, el derecho a prestar conformidad con la propuesta tiene un valor económico sustancial.

Este modelo, no solo muestra el mayor valor que tiene un crédito verificado, sino también el margen que tiene un deudor, con un activo igual al pasivo de reestructurar su deuda judicialmente y lograr una transferencia de valor de parte de los acreedores a su favor.

No olvido que este modelo creado a los fines de desarrollar el valor que tiene la conformidad viola un principio fundamental del derecho concursal, porque al comprar los créditos el concursado estaría alterando la situación de acreedores por causa o título anterior a la presentación en concurso, en flagrante violación del art. 16 LCQ.

El problema es que no existen en la LCQ mecanismos eficientes para controlar que el deudor no compre conformidades. El concurso preventivo enmarca relaciones comerciales y establece un procedimiento para que comerciantes negocien sus deudas. Se trata de intereses puramente económicos, que terminan venciendo el principio de igualdad de los acreedores.

Existe un problema de control. Al referirme a que no existen mecanismos eficientes, quiero decir que no existen actualmente, como así también que instaurarlos implicaría un costo de monitoreo no sustentable.

Debería ejercerse un seguimiento sobre todos los actos de administración del concursado. Por ejemplo, habría que incluso controlar a que valores adquiere la mercadería y determinar si es adecuado o no al mercado, para evitar que con pequeños aumentos cancele una deuda preconcursal. Efectuado ese control, luego se generarían un sinnúmero de planteos judiciales –con sus consecuentes costos-.

En este punto es preciso señalar que no existe prohibición alguna para que los acreedores verificados le cedan sus créditos a un tercero, quien luego se puede presentar y prestar la conformidad con la propuesta. El problema de esta operatoria radica en que la mayoría de las veces el tercero le está prestando el nombre al deudor. Lo que realmente ha ocurrido es que el concursado le ha pagado al cedente por su conformidad y quien aparece prestándola es el tercero en connivencia con el deudor.

Ante tal presentación el juzgado proveerá algo como esto: *“Por presentado y por constituido el domicilio. De conformidad con lo solicitado y en atención a lo que surge de la cesión acompañada, tengáse por cedente a "Equity S.A." y como cesionario a "Norberto Garcia Lopez " en cuanto al crédito quirografario que le fuera reconocido como admisible a fs. 256 ap 6) (art. 36 LCQ) al primero por cesión del "Banco Santander Rio S.A." Consecuentemente, previa notificación a la concursada en los términos del art. 1459 y ss. del Código Civil, a quien se notificará personalmente o por cédula del presente decisorio, tiénesse al petitionerante por presentado en el caracter invocado.”*

Nótese que a partir de esta resolución de mero trámite un tercero queda habilitado para prestar conformidad con la propuesta. No se exige ningún tipo de análisis sobre el negocio de fondo, que las mayorías de las veces resulta ser deficitario para el cesionario, sobre todo si comparamos el precio de la cesión contra el valor actual (o incluso nominal) de lo que va a percibir del concursado conforme la propuesta.

En conclusión, el “mercado” de créditos por falta de controles eficientes existe en el ámbito concursal -lo cual genera el valor de la conformidad-. Es una realidad práctica y no puramente académica.

Entonces el deudor por cada acreedor que logra excluir del cómputo de las mayorías está transfiriendo a su favor el valor de la conformidad, desde el patrimonio del acreedor, al propio. Le quita un derecho que tiene valor económico.

XI.- Comportamiento estratégico del concursado. Conclusión.

Podemos pensar en la cesación de pagos como una enfermedad terminal y en el concurso preventivo como el tratamiento adecuado para su sanación. El resultado de este

tratamiento es incierto y por supuesto dependerá en gran medida del grado de la enfermedad y de la eficacia en la aplicación de la cura.

No todos los concursos son iguales, dependen de la situación patrimonial del deudor en sentido amplio. Hay sujetos con grandes pasivos sin activos duros e incluso otros cuyos activos ilíquidos superan el pasivo, en el medio existen todo tipo de grises.

Desde ya, el deudor que menos activos duros tenga tendrá mayores posibilidades de lograr una mejor propuesta, por cuanto el acreedor debería comparar que gana en la propuesta y que ganaría en una eventual quiebra.

También hay que tener en cuenta las características del negocio del concursado y el mercado en el cual se desarrolla.

Existen industrias que se manejan con mucha más informalidad que otras. A mayor informalidad hay mayores posibilidades de concilio fraudulento.

El mercado en el cual se maneja el concursado también es determinante. En un mercado donde existen actores con posición dominante, es probable que el deudor tenga algunos acreedores –proveedores- con mucho poder de negociación, en cambio en mercados más desconcentrados el poder de negociación se equilibra. Si quien tiene la posición dominante es el comprador del producto del concursado, es probable que la cesación de pagos haya sido generada por el activo corriente, por cuanto en este tipo de mercado, el actor con posición dominante suele imponer plazos de pago más largos (es el ejemplo de los supermercados que tiene un patrimonio neto negativo por el alto pasivo corriente).

No obstante, en todos los supuestos el concursado tiene el incentivo de lograr la homologación de una propuesta lo más baja posible y hacia ello dirigirá su conducta.

El deudor que quiera salir delante de su crisis económica, debería establecer su estrategia de negociación antes de presentarse en concurso, porque este ya cuenta con la información necesaria para hacerlo. Conoce con claridad su pasivo, cantidad de acreedores y el capital que cada uno de ellos representa.

Por ejemplo, el socio gerente de “Arturo S.R.L.” sabe de antemano que la deuda bancaria concentrada en dos bancos representa el 50% del capital, con lo cual está obligado a conseguir las conformidades de las entidades bancarias. Asumamos que el 50% restante está repartido en muchos acreedores, una vez solucionada la deuda bancaria, el concursado solo debería conseguir las conformidades del 16,66% restante. Entonces en base a ello establecerá su estrategia. Recordemos que existe un “mercado” de compra y venta de conformidades, que termina afectando la propuesta de forma sustancial.

El punto clave es que el deudor cuenta con una importantísima ventaja sobre el resto de los actores del proceso concursal –incluyendo al síndico y al juez-: información precisa y certera.

Existe un problema de información asimétrica que se asienta sobre dos puntos fundamentales:

- El deudor conoce su estado patrimonial (activo y pasivo) a la perfección, los demás actores no.
- El deudor sabe perfectamente el estado de las negociaciones, los demás actores no.

La información sobre su estado patrimonial la utilizará para intentar incluir o excluir a determinado acreedor de la base del cómputo de las mayorías, intentando ganar poder de negociación. Recordemos que solo “votan” los acreedores declarados verificados o admisibles por la resolución del art. 36 LCQ, aquellos que se incluyen por la vía de la verificación tardía o incidente de revisión no. La sola exclusión de algún acreedor del 36 LCQ es un triunfo para el concursado, aunque este luego logre ser incluido por la vía recursiva del art. 37 LCQ, porque como he expresado anteriormente el derecho a otorgar la conformidad con la propuesta tiene valor económico, valor que se transfiere al patrimonio del deudor cuando logra excluir a determinado acreedor.

Es en este punto donde el proceso de verificación juega un rol determinante, dado que al determinar la base de cómputo de las mayorías incide directamente en la negociación de la propuesta de acuerdo que luego será obligatoria para todos los acreedores

preconcursoales. Según qué acreedores compongan la base de cómputo el deudor tendrá mayor o menor poder de negociación.

El otro punto mencionado sobre la asimetría de la información, es conocer el estado de las negociaciones. Lo utiliza para, una vez generada la base de cómputo de las mayorías, hacer efectiva la transferencia de valor, consiguiendo las conformidades necesarias. El punto clave acá es que el concursado sabe quien le ha dado la conformidad y cuánto le ha costado cada conformidad. En cambio, los acreedores negocian sin esta información.

Supongamos que a “Enrique Lopez S.A.” le falta una conformidad por \$10.000 para conseguir las mayorías. Si cada acreedor con quien negocia tendría esa información sabría que su conformidad vale más, que si fuera la primera. Ahora bien, como el concursado no tiene la obligación de exteriorizar las conformidades en el expediente hasta el día del vencimiento del período de exclusividad (conf. Art. 45 LCQ), los acreedores no cuentan con esta información.

Recordemos que el proceso de verificación de créditos se encuentra dentro del denominado “período informativo”, porque apunta a que todas las partes interesadas en el concurso conozcan con la mayor precisión posible el patrimonio del deudor. El objetivo de esta etapa es que exista una transferencia de información de parte del concursado hacia los acreedores, para morigerar el problema de información asimétrica. Me atrevo a decir que cuanto mayor sea la transferencia de información, menor será el valor agregado que ganará el deudor con su comportamiento estratégico.

Para lograr esa transferencia de valor debe intentar excluir de la base de cómputo de las mayorías a aquellos acreedores que estime serán más duros a la hora de negociar. Asimismo, intentará excluir acreedores por cuanto todo crédito verificado o declarado admisible por la resolución del art. 36 LCQ, tiene un mayor valor que viene dado por el derecho a prestar la conformidad que tiene el acreedor.

A lo largo de este desarrollo hemos diseccionado artículo por artículo el procedimiento de admisión al pasivo, mostrando en cada etapa que comportamientos estratégicos puede realizar el deudor para lograr su cometido -excluir a la mayor cantidad de acreedores reales, para así lograr la aprobación de una propuesta lo menos gravosa posible-.

Sobre algunas partes del procedimiento he sugerido posibles formas de limitar el espectro de comportamiento estratégico del deudor, pero se trata tan solo de una limitación. No eliminan el problema. Me refiero por ejemplo a la falta de denuncia de acreedores, el procedimiento de observaciones de créditos, la falta de independencia del síndico, etc.

En otras partes del procedimiento he simplemente enunciado el problema sin que, en lo personal, se me ocurra forma alguna de morigerar dicho comportamiento estratégico. Lo he hecho al comentar el art. 32 LCQ y los problemas que generan la admisión al pasivo de papeles de comercio.

Considero que el problema de información asimétrica que vicia las negociaciones se puede limitar o morigerar, pero es imposible de eliminar.

¿Quién puede conocer el negocio del concursado mejor que él mismo? La respuesta es sencilla, nadie.

El Dr. Héctor Alegría se ha referido a la manipulación del proceso preventivo por parte del deudor, que acarrea consecuencia no deseadas: *“Importantes estudio han negado la eficiencia económica de los procesos de “reorganización” (Cap. XI de la ley de E.E.U.U., similar –mutatis mutandi- al concurso preventivo en la Argentina) basados en que no significan una recolocación eficiente de los recursos ni una revalorización de los activos, ni una recuperación comparativamente mayor de los créditos; por el contrario, demuestran estadísticamente que parte importante de los procesos de “reorganización” concluyen en una liquidación forzosa, y lo deudores demoran o manipulan el proceso en búsqueda de soluciones sólo aparentes e ineficientes.”* (Héctor Alegría, “Diálogo de Economía y Derecho y Convergencias Culturales y Sociales en la Insolvencia, publicado en Academia Nacional de Derecho, año 2007).

Entiendo que la manipulación que efectúa el deudor tiene su principal raíz en los problemas de información asimétrica que se utilizan dentro del marco del proceso de verificación de créditos por parte del concursado para lograr una transferencia ineficiente e injusta, desde el patrimonio de sus acreedores al propio.

En virtud de lo expuesto, llego a la conclusión afirmativa: el procedimiento de verificación actual establecido en la LCQ, le otorga al concursado la posibilidad de

comportarse de forma estratégica para manipular el proceso preventivo y lograr una transferencia de valor de los acreedores hacia él.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Casadío Martínez, Claudio Alfredo, “Alcances de la cosa juzgada de la sentencia verificatoria en los concursos”, publicado en: LA LEY 27/05/2010, 27/05/2010, 3 - LA LEY2010-C, 475.
- Osvaldo J. Maffía, “Verificación de Créditos, Depalma, 1989.
- Richard, Efraín Hugo, “Concursos de sociedades. Propuestas de acuerdo con abuso o fraude a la ley”, publicado en: LA LEY 06/08/2014, 06/08/2014, 1.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Cosa juzgada y procedimientos concursales en la jurisprudencia del nuevo milenio”, publicado en: Acad.Nac. de Derecho 2010 (junio), 24/01/2011, 5.
- Alegria, Hector, “Diálogo de Economía y Derecho y Convergencias Culturales y Sociales en la Insolvencia”, publicado en: Acad.Nac. de Derecho 2007 (enero), 01/01/2007, 1 - LA LEY 09/05/2007, 09/05/2007, 1 – LA LEY2007-C, 900 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008.
- Raspall, Miguel A., “El concurso grupal y el derecho comparado”, publicado en: LA LEY 10/07/2013, 10/07/2013, 1 - LA LEY2013-D, 847.
- Illanes, Carlos Lorenzo, “Exclusión de acreedores en el cómputo de mayorías en el proceso concursal”, publicado en: LA LEY 14/05/2013, 14/05/2013, 6 - LA LEY2013-C, 222.
- Araya, Tomás M., “La empresa insolvente y los créditos subordinados”, publicado en: LA LEY 16/09/2009, 16/09/2009, 1 - LA LEY2009-E, 1124 - Enfoques 2010 (abril), 12/04/2010, 80.
- Julio Cesar Rivera, “Instituciones de Derecho Concursal”, Rubinzal – Culzoni, 2003.
- Drucaroff Aguiar, Alejandro, “La propuesta abusiva en el concurso preventivo y el fraude a la ley”, publicado en: LA LEY 04/02/2014, 04/02/2014, 3 - LA LEY2014-A, 134 - LA LEY04/02/2014, 3.

- Della Picca, Pablo H., “Títulos cambiarios y proceso concursal”, publicado en: Sup. Act. 19/09/2013, 19/09/2013, 3.
- Illanes, Carlos Lorenzo, “Una justa solución sobre la prueba de la causa en la verificación concursal”, publicado en: LLBA2012 (agosto), 717.