

Actualidad Internacional

Por **Daniel Truffat**¹, abogado, profesor, expresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y consejero académico de Dictum.

¿Merecimiento del concursado para ser tal? El particular tema del concurso del garante

Se ha señalado en un recentísimo pronunciamiento judicial, habido por un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro:

“...V. El deber de buena fe y lealtad procesal

Llegados a este punto, resulta claro que estando el Sr. Muszak procesado por delitos contra el patrimonio, y que las víctimas de esos delitos son los mismos acreedores a quienes él pretende pagar mediante la figura de su concursamiento como garante, revisten identidad "acreedores" y "víctimas" más allá de que no todos lo hayan denunciado, porque el hecho objetivo que los coloca en tal situación es el mismo, la falta de pago de sus acreencias.

Consecuentemente, admitir el concursamiento bajo la figura de "garante" del peticionante, no sólo no responde a la figura del buen hombre de negocios que pone a disposición las garantías comprometidas para honrar al patrimonio común de los acreedores, sino que por el contrario, perjudicaría el concurso de WENANCE S.A al

pretender la unificación de trámites y plazos con este, lo que resulta inadmisibles y contrario a los fines queridos por la norma (art. 68 de LCQ), máxime si se advierte el actual avance de la causa Wenance S.A.

No resultan ajenos a los procesos concursales las premisas generales respecto de los deberes de actuar con buena fe y lealtad procesales y en este entendimiento, admitir el concursamiento como garante de quien exhibe un patrimonio tan comprometido como resultado de actividades por el mismo realizadas, resulta por lo menos contrarios a los intereses de la masa y no puede admitirse que se utilice como una herramienta que inexorablemente alargaría los plazos procesales de la sociedad garantizada, entorpeciendo las legítimas expectativas de los acreedores que se insinuaron temporáneamente, retrotrayendo (o por lo menos alargando) a etapas ya cumplidas en el concurso de Wenance S.A

Por todo lo expuesto la pretensión de concursamiento como garante de Alejandro

¹ Abogado, UBA, 1984; Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, U.N.Córdoba, 2006; Profesor honorario, U.San Pablo T, Tucumán, 2014, Posdoctor en Derecho (Programa de altos estudios posdoctorales para doctores iberoamericanos), U.Bolonia, Italia, 2023, miembro fundador y ex presidente del IIDC, miembro corresponsal de Dictum, titular de materia "Concursos" en la Universidad Di Tella.

Muszak no se encuentra dentro de los requisitos y previsiones del art. 68 del LCQ y no puede admitirse.

VI. El incumplimiento del recaudo contenido en el art. 11 LCQ.

A lo ya expuesto, se suma que si bien el Sr. Muszak presenta un informe de sus activos y pasivos al 31/01/2024 positivo, es lo cierto que no consta en autos una valoración concreta de sus activos que permita verificar la veracidad de la información que en definitiva es un símil de declaración jurada sin que la misma tenga respaldo documental alguno, salvo que ha acompañado los títulos de los inmuebles, instrumento que no acredita en modo alguno su real situación de dominio y si los mismos se hallan hipotecados, embargados. Sumado a lo ya expuesto relativo a que parte de esos bienes fueron adjudicados a su cónyuge, y el dictado de la medida de no innovar en la causa Wenance S.A en fecha 31/05/2024 sobre los bienes denunciados como de titularidad de Muszak.

En este contexto, no resulta un dato menor considerar que el pronunciamiento penal nro. 42394 en fecha 28/06/2024 se mandó a trabar embargo sobre los bienes o dinero de Alejandro Muszak hasta cubrir la suma de nueve mil millones de pesos (\$9.000.000.000) y en la causa IPP 14-06-000151-24/00 se ordenó el secuestro de USD 1.641.607, 37 (dólares un millón seiscientos cuarenta y un mil seiscientos siete y treinta y siete centavos) y de \$11.020.066 (pesos argentinos once millones veinte mil seiscientos sesenta y seis).

En consecuencia, no existiendo prueba alguna de que los activos y pasivos declarados por el presentante sean reales, existentes actualmente y que tengan el valor denunciado, habiendo el mismo dispuesto por distintas medidas que los mismos salgan de su patrimonio (Vgr. acuerdo en el juicio de divorcio, acuerdo con Latam Consumer) y estando los mismos sometidos a distintas

cautelares como el embargo trabado en la causa 42394 o la propia medida de no innovar dictada en la causa Wenance S.A, es lo cierto que no se cumplen los requisitos del art. 68 en tanto y en cuanto no se demuestra que efectivamente existan bienes para responder a las garantías otorgadas.

Tales medidas dispuestas sobre el patrimonio del garante lo revelan inidóneo o por lo menos notoriamente insuficiente en la calidad invocada para encontrarse incurso en las especificaciones del art. 68 de LCQ.

Por todo ello, citas doctrinarias y jurisprudenciales, y lo dispuesto en los arts. 2, 11, 68 y concordantes de la LCQ, RESUELVO

1.- Rechazar el concurso preventivo de ALEJANDRO MUSZAK (...).

He señalado muchas veces antes de ahora que, salvo cuando la encomienda del editor incluye una mención específica del caso y sus características o cuando el impacto de tales especificaciones es lo que decide el sentido de lo que comento (en ambos casos resulta imprescindible que aquello referido sea una decisión firme de toda firmeza) trato de analizar situaciones o planteos jurídicos que pueden tener un "caso" por disparador, pero que aquello que digo o conjeturo trata de focalizarse en las cuestiones teóricas que suscita la decisión -con prescindencia, en lo posible, del tema real y concreto-. Dejo en manos de las partes, de los ilustrados colegas y de los Jueces a los que quepa entender, el lidiar con las cuestiones puntuales y me limito -con un enfoque que hubiera gustado a un estudioso de filiación platónica - a la "esencia" de aquello que se ha decidido. Es decir, prescindo del caso concreto y sus aristas. Si esto es así como regla general, aquí haré un esfuerzo adicional porque el tema no tiene aún fallo de segunda Instancia (pero es de inferir que sí lo tenga para cuando salga publicado el presente) y porque alguno de los colegas que efectúa la presentación

e-DICTVM

en concurso rechazada fue durante muchos años miembro del bufete que ambos integrábamos con otros socios y sigue siendo un estimado amigo y compañero de aventuras doctrinarias².

Lo expuesto no hace que me sienta compelido a excusarme. No tengo interés profesional directo en el tema concreto, no soy ni fui abogado del pretense concursado, ni lo conozco, ni tengo con él amistad o enemistad alguna. Y, por cierto, formulo este análisis porque los párrafos que corren arriba (tomados del fallo de fecha 11 de julio de 2024 pronunciado en autos “Muszak, Alejandro s/concurso preventivo (pequeño)”, en trámite por ante el Juzgado Civil y Comercial Nro. 9 del Depto. Judicial de San Isidro, por la Sra. Jueza Gabriela A. Paladín) abren un debate interesantísimo sobre la potencial ponderación de “merecimiento” para acceder a un concurso preventivo, sobre el impacto de causas penales atinentes al incumplimiento que justifica el concursamiento y sobre si la insuficiencia de bienes para honrar la garantía habilita a denegar el concurso del garante.

Las limitaciones de extensión del presente solo admitirán un breve paso por tales cuestiones, pero con la pretensión de dejar “ganar de más” en alguno de los potenciales lectores, que encuentre aquí temas dignos de ser pensados y repensados.

Aclaro que en un trabajo preparado casi en simultáneo sobre potenciales reformas al concurso preventivo propongo soluciones muy disímiles a las que aquí se expresan. Pero ello en un escenario de cambio de paradigmas y de ley. Con motivo del XII Congreso Argentino de Derecho Concursal y X Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia (Buenos Aires, 16,17,18 y 19 de octubre de 2024) se publicará un libro digital, bajo la dirección de

Gabriela BOQUIN, que contiene esos desarrollos³. Aquí me atengo a la ley positiva.

Y, en tal sentido, levanto la bandera que levanté hace muchos años en un trabajo titulado “Decoctor, ¿ergo fraudador?”⁴.

La concursabilidad es respuesta al fenómeno de la cesación de pagos. De la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones. El “regularmente” conlleva la idea de hacerlo en tiempo, extensión y especie debidas sin recurrir a medios ruinosos de financiamiento o a la liquidación a precio vil de activos.

Este fenómeno afecta a justos y pecadores. A prudentes y audaces. A falsarios y a sufridos cumplidores de leyes o reglamentaciones castradoras. A quienes comercian o producen en economías de bonanza y a quienes padecen el oprobio de sobrevivir, como se puede, en el triste charco de la impotencia y el subdesarrollo.

Ergo, como principio, todos los sujetos habilitados por ley por razones objetivas (ser personas humanas o jurídicas, ser personas públicas o privadas, no haber estado en concurso hasta un año antes, no ser entidad financiera, o aseguradora, etc.) “han de poder” concursarse. Si son o no merecedores de que el Estado -a través de sus jueces- apruebe que el acuerdo habido con los acreedores suscite la novación del pasivo y alcance también a los acreedores de causa o título anterior que se hubiera rehusado a participar o no hubieran podido ser hallados, es algo que se resolverá a la hora de homologar. Y quienes tomarán esa resolución no será el juez -al menos en principio- sino los acreedores (entiéndaseme: la decisión es de exclusiva competencia judicial, pero depende de que los acreedores hayan aceptado mayoritariamente la misma; ergo quien decide

² Me refiero al Dr. Javier A. Lorente

³ “El concurso preventivo. Una especie en peligro de extinción”

⁴ Véase del suscripto, en Lexis Nexis, Córdoba, Nro. 7, julio 2007, pág. 565

sobre el merecimiento son los acreedores). La fórmula del “merecimiento” en manos judiciales era propia de la ley de facto 19551. La ley 24522 obviamente la tiene, pero trasladando esa decisión al cuerpo de los acreedores. El juez debe cotejar el estricto cumplimiento de la ley y que lo acordado no sea abusivo ni en fraude a la ley (es decir, que no debe dejarse atrapar por el riguroso acatamiento a decisiones particulares que pudieran venir contra el orden público, que no puede ni debe tolerar que medie abuso de derecho o lesión enorme por parte del deudor en la estructura del pasivo que emerja, que debe analizar si no hay supuestos de nulidad, que no mediaron maquinaciones, argucias, artificios destinados a disimular lo verdadero o aseverar lo falso). Pero debe respetar que quienes vuelven a “creer” en el deudor, a considerar que es merecedor de nuevo “crédito” son los acreedores.

Es cierto que este esquema se vincula con el conocimiento que pudiera tener el Tribunal sobre el deudor (mucho más acabado en el segundo caso⁵). Pero primordialmente no apunta a ello. Es una decisión estructural del legislador. E hija, seguramente, de la experiencia judicial del caso “Sasetru” -caso paradigmático en que se denegó la homologación de un gran conjunto de empresas por reputar a sus directivos y socios no merecedores de la solución preventiva; decisión que muchos años después fuera revocada por la Corte Suprema de Justicia).

Por serias e inquietantes que puedan resultar autos de procesamiento, restricciones a la libertad ambulatoria y medidas cautelares dictadas en sede penal, no puede hacerse mérito de ellas con un alcance denegatorio pues vendría contra la

presunción constitucional de inocencia. Es cierto que hay casos en los que la sensibilidad del Magistrado puede sentirse herida, máxime cuando las decisiones de la Justicia represiva son múltiples y convincentes. Pero mantener una fría distancia frente a ello es uno de los precios que se pagan por vivir en una sociedad libre y democrática (a todos los abogados nos han enseñado desde los más tiernos momentos de estudio de nuestra profesión que la libertad de un culpable es magro precio a pagar ante la posibilidad de castigar a un inocente).

Alguna doctrina ha hecho hincapié en que el art. 68 LCQ al admitir el concurso del garante solo exige que se hayan garantizado las obligaciones de un concursado “por cualquier acto jurídico” mientras que otro sector entiende que ha de demostrarse que la cesación de pagos del garantizado impacta en la suerte del garante -por aplicación analógica del art. 66 LCQ-. Personalmente entiendo que hay un “prius” implícito en la exigencia legal (que rebate a la primera interpretación en su sustancia, no en su forma pues efectivamente la garantía no exige ninguna complejidad o pluralidad instrumental, y subsume a la segunda interpretación posible). El concursado como garante tiene que estar en “cesación de pagos”. Si pudiera cumplir regularmente con la garantía no debería poder concursarse. El concurso del sujeto solvente es un abuso de derecho (téngase presente el brillante pronunciamiento sobre el punto en el caso “Unión Argentina de Rugby”⁶). En consecuencia, la insuficiencia de bienes para atender la garantía no podría ser argumento para rechazar el concurso del garante sino todo lo contrario.

⁵ En un caso en la presentación. El otro, muchos meses después, habiendo determinado la masa pasiva a través del procedimiento de verificación y contando con la seria auditoría que comporta -o debería comportar- el informe general del síndico.

⁶ Fallo revocado por la CNCom el 31.10.08 pero no por

disentir con tal regla, sino por entender que en el caso la UAR si había estado en cesación de pagos. La cita ratifica el modo de pensar de este autor. El “caso concreto” puede no servir para lo que se explica o, como mucho, atañe a los interesados. Pero los principios si se pueden extraer y utilizar.

e-DICTVM

El fallo tiene algún análisis sobre la confidencialidad de la información rendida. Tópico propio del tema en juzgamiento nada cabe apuntar en el caso concreto -por todo lo que he dicho más arriba-, salvo para señalar que obviamente la “fotografía” que se presenta al Juzgado pidiendo concursamiento debe ser lo más nítida posible y confiable; pero no es exigible una presentación holográfica (al modo de los mundos virtuales que soñó Bradbury en “La pradera”⁷ o con los que juegan las secuelas de “StarsTrek”, especialmente “Voyager”⁸).

⁷ Reeditado en “El hombre ilustrado”, 1951

⁸ NO abro ningún juicio si se da un escenario u otro por ser tema del caso en particular. Una “holocubierta” es, según Wikipedia, una ficticia instalación de realidad

simulada de inmersión con hologramas que se encuentra en las naves y bases estelares del Universo Star Trek.