

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONCURSO PREVENTIVO PARA ASEGURAR LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA.

Por Eduardo M. Favier Dubois (h) y Lucia Spagnolo

1.- INTRODUCCIÓN: LAS FINALIDADES DEL CONCURSO PREVENTIVO.

La presentación concursal conlleva la necesidad, para que puedan lograrse los fines del instituto al cual se recurre, de preservar la actividad empresarial con la mayor normalidad que sea razonablemente posible dentro de las especiales circunstancias que todo concurso preventivo supone.

El logro de ese objetivo central se alinea a tutelar una pluralidad de intereses: de los acreedores en cuanto a la factibilidad de ofrecer a ellos la más adecuada propuesta de acuerdo preventivo que pueda lograrse y que sea realmente cumplible; de los trabajadores – factor de especial atención en el contexto general y sectorial - por la necesidad de intentar optimizar en la mayor medida la conservación de su fuente de trabajo; del fisco nacional, provincial y municipal y de la comunidad misma en general, dentro del ámbito territorial de la actuación de la empresa, por los intereses que respectivamente le son propios, a saber, la renta fiscal y la provisión en el mercado de los bienes y servicios que comercializa la sociedad; de la sociedad misma, sus accionistas y directivos, por cuanto se trata, sin que se requieran mayores concreciones, de sostenerlos en el goce de sus derechos de propiedad, asociarse con fines útiles (que presupone el mantenimiento de tal asociación) y comerciar y ejercer industria lícita, todos de raigambre constitucional.

2.- LAS MEDIDAS CAUTELARES CONCURSALES.

Puede afirmarse que desde el año 1991 en que, bajo la vigencia de la ley 19.551, publicamos una aproximación a la problemática y propusimos algunas interpretaciones para futuros debates¹, mucha agua ha corrido bajo el puente de las “medidas cautelares concursales”.

Corresponde aquí recordar algunas de las características de las medidas cautelares concursales, a saber:

En primer lugar, presentan particularidades respecto de las medidas cautelares comunes en materia de: a) su posibilidad de dictado “de oficio”; b) la ausencia de contracautela; c) la posibilidad de afectar a terceros y d) la posibilidad de perjudicar la competencia de otros jueces.

En segundo término, tienen, no obstante su aparente disparidad, una inequívoca y unitaria finalidad, directa o indirecta: la defensa de la integridad del patrimonio del deudor, sea ésta en interés del propio deudor, de los acreedores, de los trabajadores, o de la comunidad en general.

Esta defensa puede significar tanto evitar que los bienes salgan del patrimonio del deudor por acción del propio cesante o de terceros, como tratar de que mantengan su valor (v.gr. continuación de la empresa en quiebra), procurar el cobro de créditos, el reingreso de bienes

¹ Ver nuestro trabajo “Las medidas cautelares concursales”, publicado en R.D.C.O., año 1991, pág. 117 y sgtes.

indebidamente sustraídos antes de la falencia, la exigencia de las responsabilidades debidas, o bien asegurar bienes o medios de prueba.

3.- MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS.

Son las expresamente previstas por la ley concursal (ley 24.522 con las modificaciones de las leyes citadas *supra*).

En el auto de apertura del concurso preventivo deben disponerse, por ley, determinadas medidas cautelares: la interdicción de salida del país del deudor y de sus administradores (art. 14 inc. 7º y art. 25); la inhibición general de bienes del deudor y socios ilimitadamente responsables (art. 14 inc. 8º), y la presentación de los libros para su intervención por el Secretario (art. 14 inc. 5º).

Por su lado, el art. 15 establece la vigilancia del síndico sobre la administración del patrimonio del deudor, lo que se complementa con los agregados de la ley 26.086 al art. 14 de una "auditoría legal y contable" (inc. 11, letra b) y de un "informe mensual sobre la evolución de la empresa" (inc. 12 del art. 14), ambos a cargo también del síndico, las que importan acrecentar la medida cautelar de "vigilancia".

El art. 16 enuncia actos prohibidos o sujetos a autorización, y el art. 17 prevé, además de la sanción de ineficacia, la posibilidad de intervenir la administración desplazando en todo o en parte al deudor, designando un administrador judicial, un co-administrador, un veedor o un controlador.

Por su parte, el art. 20 establece concretos dispositivos cautelares como son la suspensión de las convenciones colectivas de trabajo por un máximo de tres años y la no suspensión de los servicios públicos que se presten al deudor por deudas de fecha anterior al concursamiento.

Son también medidas cautelares las del art. 21: suspensión de juicios y su radicación en el juzgado del concurso (en rigor solo de juicios ejecutivos y de otros únicamente cuando el deudor haya optado por ello), prohibición de nuevas acciones, prohibición de medidas cautelares en los procesos no atraídos y levantamiento por el juez del concurso de las ya trabadas, y suspensión del remate y de la imposibilidad de disponer del bien en el caso de ejecuciones de garantías reales hasta el momento de la presentación a verificar.

La ley prevé también la suspensión cautelar, por no más de noventa días, de la subasta y de medidas que impidan el uso de la cosa gravada en caso de ejecuciones con garantía prendaria o hipotecaria (art. 24).

Se autorizan expresamente medidas precautorias para que pueda cobrar el acreedor sujeto a una acción de dolo (art. 38), y la posibilidad del dictado de otras tendientes a garantizar la ejecución del acuerdo homologado (art. 53).

En el pedido de quiebra por acreedor se prevé, explícitamente en protección de la integridad del patrimonio del deudor, el dictado de medidas cautelares de inhibición, intervención controlada u otra adecuada (art. 85).

Al declararse la quiebra se disponen concretas medidas de aseguramiento e incautación en el art. 88: incs. 2º (inhibición de bienes), 3 y 4 (orden de entrega de bienes, libros y documentos), 5 (prohibición de pagos), 6 (interceptación de correspondencia) y 8 (interdicción de salida del país del deudor y sus administradores), lo que se reglamenta en el art. 103.

A ellas se suman las medidas cautelares tendientes a efectivizar el desapoderamiento (art. 106 y ss), la incautación: art. 177: clausura e inventario; art. 180: ocupación de libros y

documentos; art. 181: medidas urgentes de seguridad; art. 184: enajenación de bienes perecederos; y la administración de los bienes por el síndico (arts. 185, 186 y 187).

También la continuación de la empresa en quiebra (arts. 189 a 195) es en sí misma una medida cautelar, que a su vez engloba a otras cautelares, como la designación eventual de un co-administrador (art. 191 inc. 5º).

Por su lado, tanto las acciones de extensión de quiebra como de responsabilidad tienen prevista la posibilidad expresa de dictar medidas precautorias (arts. 164 y 176).

4.- MEDIDAS CAUTELARES NO TIPIFICADAS.

Más allá de las medidas cautelares expresamente nominadas por la ley (típicas), cabe reconocer la posibilidad del dictado de medidas cautelares no expresamente contempladas por la ley (no tipificadas o atípicas) con fundamento en las facultades del juez concursal que emanan, en el orden concursal, del art. 274 de la ley 24.522, y en el orden procesal de los ordenamientos locales (vgr. art. 232 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación).

Es que, conforme enseña calificada doctrina, el proceso concursal desde su inicio (y en algunos casos en su etapa preliminar), admite el dictado de medidas cautelares que se ordenan a la conservación del patrimonio del deudor y de la igualdad de sus acreedores².

Sus fundamentos no son otros que las finalidades del proceso y los poderes del juez concursal³.

Por nuestra parte mantenemos nuestra postura favorable a tales medidas con la salvedad de que no pueden ser ordenadas indiscriminadamente sino valorando cada situación en particular, teniendo en mira a los derechos de terceros y a la vinculación de lo solicitado con el ordenamiento jurídico en su conjunto, con la tutela de la integridad del patrimonio del deudor, y con la buena marcha del trámite concursal hacia su finalidad específica.⁴

Analizaremos seguidamente tres casos específicos a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia.

5.- MEDIDA DE NO INNOVAR SOBRE LA “CUOTA HILTON”.

En materia de la denominada “Cuota Hilton”, y también de la “Cuota USA”, o sea de las preferencias administrativas para exportar carnes especiales según cupos concedidos al país por mercados extranjeros, se advierte una diferencia entre los criterios de la Cámara Comercial y los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Cámara Comercial, mediante diversos y concordantes pronunciamientos, con la opinión favorable de la Fiscalía de Cámara, ha sostenido que se trata de una suerte de activo intangible que pertenece a la propiedad a la fallida y que, por ende, no puede ser privado con fundamento en la quiebra y que, además, puede ser enajenado en la liquidación concursal en

² Junyent Bas - Musso, “Las medidas cautelares en los procesos concursales”, Bs. As, 2005, Ed. Lexis Nexis, pág. 8; Kemelmajer de Carlucci, Aída “Cuestiones de competencia en las medidas urgentes en el concurso”, Rev. D. Priv. y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002 - 3, Concursos, T. I, pág. 7; Hequera, Elena Beatriz “Las medidas cautelares en los procesos concursales”, Errepar DSE, N° 192, nov. 03, T. XV pág. 1141.

³ Junyent Bas - Musso, op. cit., pág. 113 y siguientes; Mauri, Mónica S. “El concurso preventivo y las medidas cautelares”, en J.A., 2002- 4, fasc. 11, diciembre 11 de 2002, pág. 75.

⁴ Ver en nuestro trabajo citado en nota 1, el cap. 6, letra g, pág. 122.

provecho de los acreedores, lo que autoriza al dictado de medidas de no innovar contra las autoridades administrativas que pretendan excluir a la deudora del cupo⁵.

En cambio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del fallo "Frigorífico Carcarañá"⁶, estableció que la habilitación para exportar la cuota de carne sólo puede entrar y permanecer en el activo de la quiebra en la medida en que se observen las disposiciones legales y reglamentarias cuya aplicación compete a la Secretaría de Ganadería, Agricultura y Pesca, sin perjuicio del derecho de los interesados a demandar ante el juez competente en caso que se negara o limitara ilegítima y razonablemente.

Una posición contemporizadora de ambas posturas, que cabe compartir, es la planteada por Lidia Vaiser quien distingue la competencia excluyente administrativa para calificar el establecimiento y la judicial concursal para evitar que se quite la "Cuota Hilton" debidamente obtenida y mantenida.⁷

6.- LA AFECTACIÓN CAUTELAR DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

La posibilidad cautelar de suspender la ejecución de un fideicomiso de garantía frente al concurso del deudor-fiduciante y hasta tanto se verifique la obligación principal, resulta de tres fundamentos concatenados, que son los siguientes:

6.1.- La carga del acreedor- beneficiario de verificar su crédito en el concurso preventivo del fiduciante:

Conforme pacífica doctrina, toda vez que el fideicomiso de garantía es accesorio de una obligación principal, el primero corre la suerte de la segunda de modo que no existiendo o habiéndose cancelado la obligación principal se extingue el fideicomiso⁸

En consecuencia, como el fideicomiso de garantía sólo se justifica y tiene efectos mientras exista una obligación principal en el pasivo del deudor-fiduciante, resulta necesario que el acreedor (beneficiario) concurra al concurso de éste a verificar su crédito⁹

6.2.- La consecuente improcedencia de que el fiduciario realice el bien fideicomitado hasta tanto se verifique el crédito:

⁵ Ver los reiterados fallos y fundamentos en Vaiser, Lidia "Medidas cautelares sobre la denominada cuota Hilton en los procesos concursales" en "X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial", Ed.Fespresa, Córdoba, 2003, pág. 299 y sgtes.

⁶ Fallos 321:191.

⁷ Vaiser, Lidia, op. cit., pág. 306.

⁸ Conf. art. 1994 del Código Civil; Miguens, Héctor José "Fideicomiso y Concursos" en "Derecho Concursal", Ed. Univ. Austral y Rubinzal Culzoni, Dir. Gómez Leo - Negrete, Sta. Fe 2002, pág. 370; Torres Caballo, Javier "Fideicomiso de garantía" en "Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso", Dir. B. Maury, Bs. As. 2004, Ed. Ad-Hoc, pág. 346; Clusellas - Ormaechea, "Contratos con garantía fiduciaria", Bs. As. 2003, Ed. Ábaco, pág. 142.

⁹ Conf. Carregal, Mario "El concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantía", LL año LXVIII, N° 35, rev. 19-02-04, pág. 1; Kelly, Julio "Fideicomiso de Garantía" en "Fideicomiso", Dir. Claudio Kipper, J.A. 6102, pág. 17/24; Lorenzetti, Ricardo Luis "Tratado de los Contratos", T. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000, págs. 352/53; Esparza - Games, "El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra", E.D., año XXXIX, N° 10.368, rev. del 29-10-01, pág. 3; Graziabile, Dario J. "Insolvencia y fideicomiso", L.L., año LXIX, N° 26, rev. 07-02-05, pág. 2; Teplitzchi, Eduardo A. "La verificación del crédito con preferencia fiduciaria" en "Verificación de Créditos", Coord. Arecha y otros, Bs. As., 2004, Ed. Ad-Hoc, pág. 209.

Como consecuencia de lo señalado en el punto anterior, no corresponde que, presentado el fiduciante deudor en concurso preventivo, el fiduciario realice el bien fideicomitado y pague al acreedor hasta tanto éste no verifique su crédito¹⁰

Es que es el juez del concurso quien debe constatar la existencia y el incumplimiento de la obligación garantizada, sin cuya intervención el fiduciario no tendrá título hábil para ejecutar el fideicomiso¹¹

De lo contrario y además de la invalidez de la ejecución, el fiduciario no cumpliría con su diligencia de “buen hombre de negocios”¹² produciendo una elusión de la justicia que podría incentivar acciones revocatorias ante el abuso¹³

En el punto, cabe recordar que el fiduciario debe abstenerse de realizar los bienes cuando se le presenta una situación de duda¹⁴.

6.3.- La tutela de la continuidad de la empresa y la igualdad de los acreedores.

Al respecto, ha señalado calificada doctrina que la realización de un fideicomiso de garantía no puede contrariar el principio de continuación de la empresa hasta que se decida su suerte en el concurso preventivo¹⁵ debiendo el juez adecuar la ejecución del fideicomiso a la necesaria continuación del giro empresarial¹⁶

6.4.-La jurisprudencia.

En cuanto a la jurisprudencia, en el caso “Club Atlético San Lorenzo Asociación Civil s/ Concurso preventivo s/ Incidente de apelación”, referido a la no ejecución de una cesión de créditos en garantía respecto de un deudor concursado, además de afirmarse la carga del acreedor de verificar, se señaló la existencia de serios cuestionamientos al crédito y que “la adopción de una solución contraria podría afectar sensiblemente la continuidad de la actividad de la deudora”¹⁷

¹⁰ Conf. Graziabile, Dario J. “Insolvencia y fideicomiso”, LL, año LXIX, N° 26, rev. 07-02-05, pag.2.

¹¹ Conf. Boretto Mauricio, “Concurso, Fideicomiso de Garantía, Cesión de Créditos en Garantía y Descuento Bancario”, Bs. As., 2005, Ed. Ah-Hoc, pág. 113.

¹² Conf. Esparza - Games, “El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra”, E.D., año XXXIX, N° 10.368, rev. del 29-10-01, pág. 2; Fernández Matías Ariel, “Fideicomiso de Garantía y Concurso preventivo” en “Conflictos actuales en sociedades y concursos”, Dir. Arecha y otros, Bs. As., 2002, Ed. Ad-Hoc, pág. 405.

¹³ Conf. Maffia, Osvaldo “Verificación de créditos”, Bs. As., 1999, Ed. Depalma, pág. 519).

¹⁴ conf. Clusellas - Ormaechea “Contratos con garantía fiduciaria”, Bs. As., 2003, Ed. Ábaco, pág. 249.

¹⁵ conf. Alegría, Héctor, “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, Sup. La Ley del 28-08-03, pág. 11; Tévez, Alejandra Noemí, “Suspensión preventiva de la ejecución del fideicomiso de garantía en caso de concurso preventivo del fiduciante” en “X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial”, Córdoba, 2002, Ed. Fespresa, pág. 277.

¹⁶conf. Carregal, Mario “El concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantía”, LL año LXVIII, N° 35, rev. 19-02-04, pág. 1.

¹⁷citado por Alegría, Héctor “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, Sup. La Ley del 28-08-03, pág. 12.

Por su lado, en cuanto a la tutela de la igualdad, toda la pacífica jurisprudencia del Fuero Comercial de la Capital¹⁸, en una suerte de Plenario Virtual, impide al cesionario de créditos en garantía percibir su crédito hasta tanto verifique en el concurso con fundamento en la tutela de la igualdad de los acreedores del art. 16 L.C.Q.

Conforme calificada doctrina, dicha jurisprudencia resultaría plenamente aplicable al fideicomiso de garantía¹⁹

Al respecto, en el caso “Dinar Lineas Aereas S.A. s/ Concurso preventivo”, 09-08-02, del Juzgado N° 2 de Salta, se suspendió la ejecución de un fideicomiso de garantía que comprometía la continuidad de la empresa, al afectar a la casi totalidad de sus ingresos por ventas, incluso en la etapa de anteconcurso²⁰.

Por su lado, en los autos “Kayders S.A. s/ Concurso preventivo s/ Inc. de apelación (medida cautelar)”, la Sala E de la C.N.Com., con fecha 8 de mayo de 2006, dispuso una medida de no innovar sobre la venta de un campo de la concursada suspendiendo por noventa días la ejecución de un fideicomiso de garantía constituido sobre el mismo, donde se desarrollaba la explotación agropecuaria de la deudora, con fundamento en evitar su quiebra al tratarse de su casi exclusiva actividad.

Al respecto se meritó especialmente que la continuación de la explotación por ese lapso podía generar ingresos necesarios para evitar pasivos post-concursales, para ir saldando la deuda garantizada y para impedir los pasivos que se generarían por la disolución de los contratos de trabajo.²¹

En otro caso, se validó concursalmente el fideicomiso de garantía pero solo a los efectos de analogarlo a la “garantía especial” y, por ende, rechazar el pedido de quiebra por quien no había acreditado su insuficiencia en los términos del art. 80, segundo párrafo, LCQ²².

Finalmente, no se ignora un precedente en el cual se denegó la suspensión prevista por el art. 24 LCQ a la ejecución de un fideicomiso de garantía, pero ello fue sobre la base en no presentarse en el caso la finalidad legal, de conservación de la explotación de la empresa por un breve lapso, dada la realidad concreta y limitada de la concursada.²³

6.5. Nuestra opinión.

Por nuestra parte, con fundamento en la carga de verificar la obligación principal que pesa sobre el acreedor-beneficiario basada en la accesoriedad, la consecuente improcedencia de que el fiduciario realice el bien fideicomitado hasta que la verificación tenga lugar, y la tutela de la continuidad de la empresa y de la igualdad de los acreedores, entendemos que corresponde decretar por parte del juez del concurso preventivo del deudor fiduciante una

¹⁸ verla en Armando J. Isasmendi “El fideicomiso de garantía en el derecho nacional”, L.L., rev. del 28-05-03, pág. 7 y sgtes. y en Tévez, Alejandra Noemí, “Suspensión preventiva de la ejecución del fideicomiso de garantía en caso de concurso preventivo del fiduciante” en “X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial”, Córdoba, 2002, Ed. Fespresa, pág. 281, nota 11.

¹⁹conf. Alegría, Héctor, “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, Sup. La Ley del 28-08-03, pág. 11.

²⁰ LL, rev. 28-05-03, pág. 7.

²¹ Publicado en ED del 29-9-06 con comentario de Claudia Raisberg “Las medidas cautelares en el concurso preventivo y el fideicomiso de garantía”.

²² C.N.Com., Sala C, “Aqua King de Argentina S.A. le pide la quiebra Banco Río de la Plata S.A.”, 20-02-01.

²³ C.N.Com., Sala C, “Emprendimientos Hipotecarios S.A. s/ Concurso preventivo”, 16-06-2000.

medida cautelar de no innovar sobre la ejecución del fideicomiso de garantía hasta que se admita la verificación ²⁴.

7.-LAS MEDIDAS CAUTELARES CONCURSALES SOBRE CHEQUES DIFERIDOS EN EL ANTE CONCURSO PREVENTIVO.

7.1.-Alcances.

La medida se refiere a aquellos cheque librados por la deudora con anterioridad a la fecha de esta presentación concursal y que sean presentados al cobro al banco girado posteriormente, en el lapso comprendido entre la fecha de la presentación y el auto de apertura del concurso preventivo.

7.2.- Fundamentos.

La medida tiene por finalidad resguardar la “par conditio creditorum”, como así también posibilitar que la actividad empresarial de la concursada pueda continuar en condiciones razonablemente normales dentro de lo que la circunstancia concursal lo permite, esto es, pueda ella continuar con la disponibilidad del flujo de fondos generado y que siga generando dicha actividad y pueda hacerlo mediante el uso de las cuentas corrientes bancarias que se mantengan abiertas a la fecha de la presentación, cuentas de uso imprescindible actualmente en todo comercio organizado y precisado de acceder al crédito mediante el empleo de cheques de pago diferido, e incluso impuesto legalmente por las normas sobre “bancarización” (ley 25.345, ref. por ley 25.413).-

Todo ello autoriza el dictado de una medida de suspensión del pago por los bancos girados de cheques librados a la fecha de la presentación concursal.

La pertinencia de esta medida se advierte sin dificultad, por cuanto todos los cheques diferidos tienen en común corresponder a obligaciones de causa o título anterior a la presentación concursal.

7.3.- La preservación de la igualdad entre los acreedores.

Este fundamento radica en considerar que si el banco, en la hipótesis de contar con fondos disponibles, procediera al pago de los cheques diferidos, como primer efecto, a través de la actuación se estaría consumando a favor de dichos acreedores –fuera que ellos mismos presentaran los valores al cobro o se reembolsaran su monto endosándolos a terceros- un privilegio violatorio de la “par conditio creditorum” que consagra el ordenamiento legal (arts. 16, 19, 21, 22, 32, 42 y ccs. ley 24.522), ya que dichos acreedores estarían percibiendo sus créditos anticipadamente, sin haber tenido que someterse, a pesar de ser ello imperativo, al

²⁴ Ver nuestro trabajo “La sustentabilidad legal del Fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, en “Tratado Integral del Fideicomiso”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2007, pág. 319.

procedimiento de verificación de sus créditos y finalmente al margen de las condiciones de pago de la futura propuesta de acuerdo preventivo que se les realizará.

7.4.- La preservación del flujo de fondos.

Este fundamento radica en un segundo efecto del pago de los cheques diferidos, directamente adverso a una de las finalidades esenciales del concurso cual es –como *supra* ya se ha dicho - la conservación de la empresa en el interés y beneficio de plurales intereses (acreedores, trabajadores, accionistas, fisco, la comunidad en general), en tanto se afectaría el flujo de fondos de la concursada, la cual debe destinar todos los fondos que pudiera tener en sus cuentas como disponibilidades necesarias para la prosecución de sus actividades en las condiciones de mayor normalidad posible dentro de las circunstancias.-

Esto es, en lo inmediato atender créditos postconcursoales y en lo mediato dar cumplimiento a la propuesta de acuerdo preventivo que al cabo se acepte y homologue. También se trata, desde la mira de la concursada, de preservar su derecho de trabajar y ejercer el comercio, de raigambre constitucional ²⁵

7.5.- La ineficacia del cobro por el acreedor por causa o título anterior.

La medida comentada previene también, como es obvio, el daño que se derivaría para la concursada, el cual sería de incierta o improbable reparación, a más del tiempo y mayores costos que ello insumiría, ya que si los cheques fueran pagados, tales pagos serían ineficaces frente a la masa.

En tal supuesto, la deudora se vería compelida a ejercer acciones de restitución de sumas de dinero; mientras que la utilidad y eficacia de la cautelar que se comenta radica en evitar esos futuros y múltiples planteamientos.

Téngase asimismo presente que la concursada tendrá prohibida a partir de la apertura del concurso la realización de actos que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación concursal (art. 16, párrafo primero, ley 24.522), de suerte que, retrotrayéndose los efectos de la apertura al momento de la presentación concursal, según es dable deducirlo de diversas disposiciones de la ley concursal (ej. arts. 19, 21 inc. 1° y 3°), resultaría que la omisión en requerir la medida de que tratamos a sabiendas de los efectos que ello acarrearía, sería equiparable por sus efectos a las conductas prohibidas a las que en términos positivos (“actos”) se refiere el primer párrafo del art. 16 de la ley 24.522.-

Si bien es cierto que ello no se llevaría a cabo deliberadamente por la concursada sino que la infracción se cometería en realidad por las entidades bancarias, también lo es que, por encima del cuestionable comportamiento que éstas asumieran, razones de buena fe y lealtad hacia la colectividad de acreedores que sean legítimos, no sólo justifican sino que incluso imponen peticionar una cautelar como la que se analiza.

²⁵ En este sentido, CNCom., Sala B, 25-10-89, “Noel y Cía. SA s/ conc. Preventivo s/ inc. de apelación por la Administración Nacional de Aduanas.

7.6.- Pertinencia del dictado de esta medida cautelar entre la presentación y la apertura del concurso.

Tocante a la oportunidad en que puede ser formulada, la eficacia de la medida está atada a la primera oportunidad en que se acude al estrado tribunalicio, y puede y debe el tribunal decidir a partir de entonces, y no del auto de apertura del concurso, ya que se trata de prevenir consecuencias como las que *supra* han sido mencionadas y en todo caso, si por improbable hipótesis, el concurso no se abriera la medida se debería dejar sin efecto.

En el sentido expuesto lo ha resuelto la jurisprudencia (3er. Juzg. de Procesos Concursales y Registros de Mendoza, 28-6-99, “*Química Mendoza SA p/ quiebra*”).

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que como más arriba se ha dicho, los efectos de la apertura del concurso se retrotraen a la fecha de su presentación (arg. arts. 19 y 21 inc. 1° y 3°, ley 24.522), por lo que la petición de la medida en esta oportunidad guarda consonancia con esa solución legal y acrecienta su eficacia para los fines que la justifican.

7.7.- Limitaciones de la Reglamentación bancaria.

Si bien las previsiones reglamentarias sobre rechazo de cheques refieren a la procedencia del rechazo a partir de la apertura por auto judicial del concurso preventivo del librador para cheques de pago diferido con fecha de pago posterior (OPASI 2.251 (VIGENCIA DESDE EL 30-3-01), PUNTO 6.4.6.5) tal criterio es de aplicación limitada a cualquier supuesto en el que las entidades bancarias toman conocimiento de la apertura del concurso preventivo.-

Por ello no puede excluirse una aplicación más amplia –retrotraída a la sola petición de la formación del concurso preventivo y extensiva a los cheques siempre librados materialmente antes y por obligaciones de causa también anterior- cuando concurren razones como las antes expuestas, ya que se mantienen en la *ratio* común de tutelar el tratamiento igualitario de los acreedores impuesto imperativamente, y evitar la detracción indebida de fondos de la concursada necesarios para su desenvolvimiento.

7.8.-El problema de la “oponibilidad” al concurso del cheque de pago diferido.

Según el artículo 54 de la Ley 24.452 este cheque. “registrado o no, es oponible y eficaz en los supuestos de concurso, quiebra, incapacidad sobreviviente y muerte del librador”

A esta especial calificación se le pueden atribuir diferente extensión interpretativa.²⁶

1) Con alcance limitado, puede entenderse que solo se trata de diferenciarlo del cheque posdatado, declarado ineficaz por el artículo 23 de la misma Ley de cheques.

En consecuencia su titular puede presentarlo normalmente a su verificación sin temor de que sea descalificado por tener su vencimiento con fecha posterior a la apertura del concurso, pero sin agregar nada en cuanto a su pago por la entidad bancaria en la fecha de su vencimiento.

²⁶ Ver Favier Dubois (pater), E.M. “Los cheques vs. Los concursos: un conflicto latente”, Errepar, DSE, Nro.229, noviembre 06, T. XVIII, pag. 1223 y stes.

2) Que el cheque debe ser verificado, pero no necesita probar la causa.-

3) En un sentido mas amplio y favorable a la subsistencia de la exigibilidad del cheque, podría entenderse que los referidos hechos, entre ellos el concurso del librador, no impediría su pago a la fecha de su vencimiento, precisamente en razón de la inmunidad del documento dispuesta por la interpretación literal del texto legal.-.-

A punto tal que algún tribunal aislado, en el concurso del librador, han negado la petición para que se ordene la suspensión del pago de tales cheques.²⁷

Alguna doctrina parece interpretarlo en el tercer sentido, pues considera que la regla general es desconcertante y no ha sido meditada.²⁸

A nuestro juicio no caben dudas que el dilema debe resolverse en el primer sentido, o sea entendiendo que la oponibilidad solo distingue al cheque de pago diferido del cheque postdatado, pero que no predica ni a favor de su pago luego del concursamiento ni de su verificación sin probar la causa.

Ello es así ya que debe tenerse en cuenta que la verdadera naturaleza del cheque de pago diferido es la de un título de crédito, asimilable a un pagaré, pese a que su giro se produce por medio de una entidad bancaria,-

En efecto, no se paga a la vista, no requiere provisión de fondos en el momento de su emisión, y su libramiento sin fondos carece de la sanción del artículo 302 del Código penal.

Cabe destacar que al disponer la OPASI que una vez abierto el concurso no se paguen los cheques diferidos (ver punto anterior), está adhiriendo a esta misma postura limitativa de la “oponibilidad” en interpretación “auténtica”.

7.9.-Doctrina y Jurisprudencia.

En materia de cheques de pago diferido librados con anterioridad a la presentación concursal y que deban pagarse antes de la apertura del concurso, toda vez que también ellos operan como instrumentos de crédito, habiéndolos la doctrina caracterizado como “pagarés

²⁷ MOSSO, Guillermo G. “Tratamiento concursal de los cheques de pago diferido”, ED 06-03-2000

²⁸ GIRALDI, Pedro N. y GÓMEZ. Osvaldo R. Leo “Reformas sobre cheques y cuenta corriente bancaria”, Depalma, Buenos Aires, 1997, pg.27.

con registraci3n bancaria”²⁹ , ninguna duda puede haber sobre la procedencia de ordenar a los bancos girados que se abstengan de pagarlos.

As3 lo acepta reiterada doctrina, entre ellos, VAISER, Lidia, *ob. cit.*, y CORDOBA, Carlos D., *Los cheques de pago diferido y la presentaci3n en concurso preventivo del librador*, Jurisprudencia Argentina, 1999-II, pp. 723 y ss., quien expresa que si se pagaran los cheques de pago diferido se estar3an cancelando deudas preconcursales en contra de los t3rminos de la ley concursal que es de orden p3blico, como tambi3n lo ha declarado la jurisprudencia ³⁰

Con respecto a estas medidas, la jurisprudencia del fuero comercial de Capital Federal, tanto en materia de cheques de pago diferido cuanto en la de postdatados, se ha expedido favorablemente sobre una medida similar a la aqu3 solicitada, expresando que “*resulta procedente la pretensi3n del concursado en cuanto a requerir el dictado decreto tendiente a evitar el pago de cheques que afirm3 haber postdatado y librado antes de presentarse en concurso...Ello, pues la adopci3n de tal temperamento se ordena a preservar la igualdad de tratamiento de los acreedores de causa o t3tulo anterior a la presentaci3n en concurso. A m3s, no parece, en principio, que ello pueda perjudicar intereses leg3timos de terceros; m3s bien por el contrario, adem3s de ordenarse a la destacada preservaci3n de la igualdad de tratamiento, tiende la medida a impedir que se entorpezca gravemente la explotaci3n de la hacienda empresaria, importando un beneficio para los acreedores de la compa3a y para sus empleados*”³¹

Lo propio ha sucedido en tribunales provinciales³²

Tambi3n la doctrina ha avalado el temperamento referido ³³

²⁹ BERGEL, Salvador D. – PAOLANTONIO, Mart3n, *El cheque en la ley 24.452: La teor3a general de de los t3tulos valores y la circulaci3n de cr3ditos*, en “Revista de derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni Editores, n3 9, pp. 55 y 63; GIRALDI, Pedro M., *R3gimen jur3dico del cheque*, ED, 1995, p3g. 53.

³⁰ CSJN, 26-5-83, “*Garaffa y C3a., Orlando c/ Acquarone Construcciones s/ pedido de quiebra*”, LL 1983-D-132 y CNCom., Sala D, 10-12-83, “*Marshall Argentina SA*”, ED 104-271.

³¹ CNCom., Sala B, 29-9-95, “*Bodegas y Vi3edos Rinc3n del Atuel SA s/ concurso s/ inc. de apelaci3n Cpr. 250*”; en igual sentido, 3d. Sala, 15-8-96, “*Acmar SA s/ conc. s/ inc. apel. por la concursada*”; 3d. Sala, 17-8-99, “*Oliverio SRL s/ conc. s/ inc. de apelaci3n*”, y Sala A, 12-9-96, “*Mampuesto SA s/ concurso s/ incid. de apelaci3n por la concursada*”.

³² 3er. Juzg. de Procesos Concursales y Registros de Mendoza, abril de 1999, “*Descalzi, N3stor Tabar3 y Santamarina, Ana Mar3a s/ quiebra*”.

³³ MOSSO, Guillermo, *Los cheques postdatados frente al concurso del librador*, El Derecho, ejemplar del 14-11-96; VAISER, Lidia, *Problem3tica de los cheques postdatados y de pago diferido en el concurso del librador*, en el libro “*De la insolvencia*”, autores varios, Ed. Advocatus, C3rdoba, 2000, t. III, p3g. 39.