

El incidente de investigación en los procesos concursales.

Terreno cenagoso para las garantías constitucionales.

Por Miguel Eduardo Rubín. Publicado en El Derecho el día 30 de julio de 2012.

1. El extraño procedimiento multifunción.

¿Un acreedor apestilla al síndico concursal para que promueva una acción judicial (juicio de responsabilidad contra directivos de la sociedad fallida o contra terceros, acciones de ineficacia concursal, demanda de extensión de quiebra)? ¿Se ignora de quien son ciertos bienes en una quiebra¹? En un concurso preventivo ¿aparece alguien denunciando que hay un acreedor cuyo voto no debiera pesar en los cómputos del concordato²? ¿El síndico no sabe por donde empezar su Informe General o como encarar un pedido de declaración de ineficacia de pleno derecho (art. 118 LCQ)³? Para todas esas hipótesis y para muchas otras, en los procesos concursales, se abre un **incidente de investigación**.

2.- Un incidente concursal en el que no se aplican las normas de los incidentes concursales, y, casi, ninguna otra:

Que se forme un incidente, en tanto se trate de una cuestión “..que tenga relación con el objeto principal del concurso y no se halle sometida a un procedimiento especial”, es explicable, por que así lo dispone el art. 280 LCQ.

Pero ¿se aplican las demás normas de esta sección de la ley (arts. 281 a 287 LCQ) a los incidentes de investigación? Cuando se pasa revista a lo que ocurre en la práctica forense se concluye que no, por que de su mera lectura advertimos que esas disposiciones están pensadas para procesos típicamente contenciosos, donde reina la bilateralidad, el control recíproco, la preclusión, etc.:

- El art. 281 LCQ, con gran similitud a las normas de los códigos procesales que regulan los requisitos de la demanda en juicio ordinario y la agregación de la prueba documental (en el ámbito nacional: arts. 330 y 333 CProc) establece como deben iniciarse los incidentes concursales.

¹ CNCom, Sala “B”, 22/04/2008, “Inc de Restitución (por Achain Hnos. s/Quiebra) c/Tramont S.A. s/Quiebra s/Inc de Restitución”, E.D. Digital (47624).

² CNCom, Sala “C”, 10/09/2004, “O.S.M.A.T.A. s/Concurso preventivo s/Inc de investigación Sanca-yet S.A.”, EDJ13173; ídem, 10/11/2008, “Juan C. Guzmán y Cía. S.A. s/Concurso preventivo”, con comentario de Truffat, E. Daniel, “Otra vez sobre la exclusión del, mal llamado “voto hostil” en los concursos”, E.D. 233-116.

³ CNCom, Sala “C”, 25/08/2010, “Helioprint S.A. s/Quiebra s/Inc. de Investigación por la Sindicatura”, E.D. Digital (58117).

- El referido artículo manda a correr traslado al contrincante.
- El art. 282 LCQ fija un plazo para producir la prueba y claramente habla de “partes” (al igual que los arts. 283 y 284 LCQ), de plazos para producir la prueba y de sanciones por negligencia.

De manera que el procedimiento en estos incidentes de investigación parece tener que ver con esos momentos “inquisitivos” del proceso concursal, fenómeno que conocimos gracias a las enseñanzas de Maffía⁴ (a su vez tributario de los procesalistas italianos), las que han prendido en otros autores que predicán que, por ejemplo, incluso en la verificación de créditos, se atraviesa ese territorio⁵.

Muy bien, si, al parecer, los arts. 281 a 287 LCQ no regulan esta clase especial de incidentes, ¿cuáles son las normas legales que se deben respetar?

El propio Maffía nos da una pista. En su última publicación sobre esta materia afirma que el carácter inquisitivo del proceso de quiebra “resulta prefigurado por el art. 274” al decir: “el juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias”⁶.

Llegamos así a una única certeza: que, cuando el proceso transita ese espacio inquisitivo el juez del concurso cuenta con atribuciones y autonomía que en los tramos contenciosos no tiene⁷.

Todo el resto es incertidumbre que se intenta superar ejerciendo la Lógica más que acudiendo a las normas jurídicas. Por ejemplo: si el incidente de investigación no debe respetar la matriz contenciosa, entonces no cuenta con una instancia propiamente dicha y, por lo tanto, no se sabe (debiéramos decir: no hay disposición legal que nos aclare) cuando termina. Por lo tanto, no puede haber preclusión. Como no hay partes, tampoco puede haber transacción que le de fin. Es más, puede ser que nunca se dicte una sentencia definitiva.

Nadie se puede sorprender entonces que en los incidentes de investigación se hayan dado los excesos que describiré a continuación.

3.- Inventario y balance de los atropellos a las garantías constitucionales cometidos en este tipo de actuaciones.

⁴ Entre muchos otros aportes: Maffía, Osvaldo J., “Sobre un acceso al procedimiento concursal”, E.D. del 16/12/2010, nº 12.649, “¿Qué es la quiebra? (VI)”, E.D. del 08/09/2011, nº 12.830, “El Juez del Concurso (parte final) - La peculiaridad del proceso concursal”, E.D. 190-788.

⁵ Por ejemplo: Escuti (h.), Ignacio, “Juez concursal. Atribuciones inquisitivas”, D.J. 1997-3, pág. 78; Graziabile, Darío J., “Acción, pretensión y demanda en los procesos concursales”, S.J.A. 09/09/2009.

⁶ Maffía, Osvaldo J., “Sobre un acceso al procedimiento concursal (IX)”, E.D. del 24/05/2012, nº 13.003.

⁷ Maffía, Osvaldo J., “El Juez del concurso (II). Particularidades del magistrado concursal y referencias someras al procedimiento”, E.D. 178-1171.

Es bastante habitual que los magistrados concursales permitan que se generen incidentes de investigación, y que esas causas permanezcan “reservadas”, esto es, que se impida su consulta por el fallido u otras personas investigadas, incluso, durante varios años.

También es frecuente que en esos procedimientos secretos se convoque al quebrado o a terceros a dar explicaciones y se produzcan pruebas de las más diversas (desde testimonial a pericial) en condiciones bien diversas a las previstas por el ordenamiento procesal y hasta por el propio plexo concursal. Por eso se ha llegado a proponer que, hasta tanto llegue una reforma legislativa que los regule, sean las Cámaras de Apelaciones o los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (a través de las denominadas resoluciones técnicas) quienes provean un marco normativo de buenas prácticas en los incidentes de investigación concursales⁸.

En ese contexto no es de extrañar que se haya llegado a resolver:

- Que como en este tipo de actuaciones se procura “... contar con elementos que permitan a las sindicaturas comprobar hechos que podrían, en su caso, ser la base fáctica de una concreta acción de índole concursal (vgr. extensión de quiebra, revocatoria concursal, etc.), se advierte atendible que mientras se sustancien aquéllas el trámite de este incidente de investigación revista carácter "reservado", pues de lo contrario quedaría desvirtuada su finalidad, tanto más, teniendo en cuenta que quienes pudieran ser sujetos demandados ejercerán su derecho de defensa sin dificultad ni cortapisa alguna en el momento en que estas sindicaturas promuevan la demanda que estimen corresponder...”⁹.
- Que aunque el Reglamento del fuero Comercial no tiene previsto (como el Reglamento para la Justicia Nacional: art. 64 inc. “b”) la posibilidad de mantener actuaciones reservadas, de todos modos es viable fijar un plazo (y luego prorrogarlo)¹⁰.
- Que “resulta inadmisibles que el fallido pueda intervenir en el incidente de investigación formado a instancia del síndico, pues más allá de la interpretación estricta que pueda merecer la "ilegitimación" del fallido, lo cierto es que, decretada su quiebra, ella se extiende sobre las facultades procesales del deudor relativas a los bienes despojados, facultades en las cuales es sustituido o simplemente desplazado por la sindicatura, de modo tal que el obrar de este funcionario es excluyente del deudor”¹¹.

⁸ Favier Dubois (H), Eduardo M., “Las investigaciones en los procesos concursales”. “Hacia la reglamentación de las buenas prácticas”, L.L. 2010-E, pág. 715.

⁹ CNCom, Sala “A”, 26/05/2009, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/Quiebra s/Inc de investigación”, Abeledo Perrot Nº 70063981.

¹⁰ CNCom, Sala “C”, 11/04/2003, “Armadaja S.A.C. y F.”, J.A. 2003-III-204.

¹¹ Del dictamen del Fiscal de Cámara, CNCom, Sala “C”, 26/03/1998, “Pablo Llosas S.A. s/Quiebra”, Abeledo Perrot Nº 11.174.

- Que buena parte de las decisiones en tales actuaciones son inapelables (art. 285 LCQ)¹².
- Que “Si se considera que el síndico va tomando conocimiento en forma gradual de los negocios del fallido, necesitando en algunos casos proceder a la reconstrucción de la contabilidad o efectuar una muy exhaustiva investigación a fin de determinar que actos resultan revocables, el inicio de las eventuales acciones puede demorarse considerablemente.” “Ello torna procedente la adopción de medidas cautelares previas, y convierte al plazo de diez días establecido por el CProc 207 en la mayoría de los casos de imposible cumplimiento”¹³, por lo que “... resulta improcedente que quien se encuentra afectado por una medida cautelar dictada en un incidente de investigación deducido por el síndico concursal plantee su caducidad”¹⁴, ya que dicha caducidad sólo podría alegarse “...cuando la acción se encuentra expedita...”¹⁵.
- Que procede el embargo de un bien de la sociedad de la que el concursado es accionista y, lo que es más, el consentimiento de ese concursado sobre las cautelares equivale a la declinación tácita de los recursos contra su mantenimiento¹⁶.
- Que en una audiencia dispuesta en un incidente de investigación “reservado” a lo sumo puede permitirse “...la comparecencia del letrado del fallido en carácter de oyente, pero sin posibilidad de preguntas ni oposiciones (Ley 24522: 110), considerando que no se trata de un juicio de conocimiento en donde el fallido sea parte”¹⁷.
- Que si bien los incidentes de investigación no pueden ser promovidos por quienes no son acreedores reconocidos por el tribunal¹⁸, la iniciativa debe dar pie a “...que la sindicatura arbitre los medios necesarios para investigar la operación que motivó la denuncia...”¹⁹.

¹² CNCom, Sala “D”, 05/10/2000, “Medical Cross Corp. s/Conc. prev.”, J.A. 2001-III-145.

¹³ CNCom, Sala “E”, 15/09/1989, “Pérez Martínez, Josefa s/Quiebra s/Inc. de Levantamiento de Medida Cautelar”, Abeledo Perrot N° 11.8495.

¹⁴ CNCom, Sala “A”, 10/07/2007, “Carson Trade S.A. s/Quiebra”, MJJ12650.

¹⁵ Del dictamen fiscal 91197, CNCom, Sala “D”, 03/10/2002, “Rutamar S.A. s/Quiebra s/Inc de Investigación”, Abeledo Perrot N° 11.35780.

¹⁶ CCiv y Com Concordia (Entre Ríos), Sala 1ª, 23/07/2007, “Jane, Javier E. s/Concurso preventivo s/Inc de investigación promovido por Síndico Graciela María Chiozzi (N° 6131)”, <http://www.deltaeditora.com.ar/jurisprudencia>.

¹⁷ Del dictamen fiscal n° 121514, CNCom, Sala “B”, 27/11/2008, “Arce, Hugo s/Quiebra s/Inc de Investigación”, Abeledo Perrot N° 8/20833, donde se cita, en similar sentido el dictamen fiscal n° 99.607, y el fallo concordante de CNCom, Sala “C”, n° 30.972/04, del 06/08/2004.

¹⁸ Aunque se han visto casos de incidentes de investigación incoados por pretensos acreedores que el tribunal manda a tramitar, usualmente con la intervención (en ocasiones meramente formal) del síndico.

¹⁹ Del dictamen fiscal n° 115029, CNCom, Sala “C”, 23/03/2007, “Matexa S.A. s/Quiebra s/Inc de Investigación”, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nac. Comercial Ficha N° 000047042.

Los desaciertos en esta materia han sido tales que hubo sentencias que debieron aclarar que “es muy opinable que un incidente de investigación por el pago de un crédito pueda concluir en una condena”²⁰.

4.- El síndico, litigante todopoderoso, a quien, adicionalmente, se le reconocen atribuciones contra legem.

Ahora bien ¿por qué motivo el síndico precisa de un proceso judicial, y, sobre de todo, de un incidente secreto para investigar? ¿Por qué no emprende la pesquisa fuera del expediente, como cualquier otro litigante? ¿Por qué el investigado no sólo no puede intervenir y peticionar, sino que ni siquiera puede tener acceso a las actuaciones donde su obrar es objeto de tales averiguaciones? Ninguna respuesta sensata aparece para tan elementales preguntas.

Pero además, no hay litigante en nuestro país que tenga más facilidades que el síndico concursal. En efecto, la Ley lo considera “funcionario” (art. 251 LCQ)²¹. En ese carácter puede:

- Compulsar los libros y documentos del fallido y, llegado el caso, los de sus acreedores (arts. 177, 180 y 200 LCQ)²².
- Valerse de todos los elementos de juicio que estime útiles²³ y, de mediar negativa a suministrarlos, solicitar al juez de la causa las medidas pertinentes (mismo art. 200).
- Incautar la correspondencia del fallido (art. 114 LCQ), incluyendo su correo electrónico²⁴.
- Pedirle explicaciones al quebrado y a terceros (art. 275 LCQ) y, si hay resistencia, obtener las medidas de coerción del art. 102 LCQ²⁵.
- Solicitar directamente informes a entidades públicas y privadas (art. 275 inc. 2º LCQ).
- Examinar sin necesidad de autorización judicial alguna los expedientes judiciales o extrajudiciales donde se ventile una cuestión patrimonial del concursado o vinculada directamente con ella (art. 275 inc. 4º LCQ).

²⁰ CNCom, Sala “D”, 06/06/1997, “Asturi, Felipe s/Quiebra s/Inc de Investigación por Río de Ribetto, Josefina”, Abeledo Perrot N° 11.28340.

²¹ Graziabile, Darío J., “La caracterización del síndico concursal como funcionario público”, L.L. 2003-D, pág 1059.

²² .
²³ Ilustrativo sobre la extensión de esta facultad el fallo: Juzg. Nac. 1ª Inst. Com. n° 20, 19/04/2004, “Ingenio Textil SRL s/Quiebra”, REDS N° 18 - Septiembre 2004, así como su comentario por Lorente, Javier A. y Truffat, E. Daniel, “Se debe intentar la recomposición del activo falencial como paso previo ineludible a la declaración de “conclusión por falta de activo” en la quiebra de sociedades comerciales”, REDS N° 18 - Septiembre 2004, www.societario.com, Referencia N° 3303.

²⁴ Tamagno, Lucas F., “El correo electrónico en el marco de la intercepción de la correspondencia en el proceso de quiebra”, J.A. 2007-II-1379.

²⁵ Pasinovich, Aldo Jorge y Rodríguez, Raquel, “La Quiebra y las funciones del síndico concursal”, ed. La Ley, pág. 112.

Ninguna de esas funciones requiere de un incidente de investigación, prueba de ello es que no hay referencia a tal clase de incidentes en las normas que acabo de citar.

Pensemos en una persona cualquiera, distinta del síndico concursal, que se vea ante la disyuntiva de demandar o no. Esa persona no dispone de la ventaja de tener a la vista los libros de contabilidad y los papeles de su oponente; tampoco puede, antes de impetrar la demanda, convocar a su futuro demandado (insisto: o a terceros), para que le explique como han sido las cosas. Este sujeto común y corriente debe averiguar todo lo que le interesa por sus propios medios, y debe hacerlo dentro del tiempo que marca el ordenamiento legal.

¿Por qué, entonces, hay que ver al síndico como a un minusválido a quien el juez debe auxiliar creando pretorianamente prerrogativas que, muchas veces, ofenden a la Ley?

5.- El quebrado ¿está obligado a declarar en contra de sí mismo?

No se detienen allí las anomalías que, sin mayores justificaciones válidas, se registran en los incidentes de investigación. Como adelanté, el quebrado debe dar las explicaciones y aportar los libros de contabilidad y sus papeles, pudiendo emplearse la fuerza pública (y hasta el arresto²⁶) si media falta de colaboración de su parte (arts. 102 y 274 LCQ), carga que se extiende a “las demás personas que puedan contribuir a los fines señalados”, débitos que, bien visto, son de dudosa constitucionalidad.

En efecto, el art. 18 CN establece que nadie está obligado a declarar en contra sí mismo. Según este dispositivo legal los órganos judiciales tienen prohibido utilizar técnicas coactivas para obtener declaraciones que puedan significar perjuicio para el declarante; declaraciones que no se limitan a las testimoniales²⁷.

Hay que tener en cuenta que, si bien nuestro art. 18 CN se inspiró en la VIª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que establece que “nadie será obligado **en juicio criminal** a declarar contra sí mismo”²⁸, nuestra Carta Magna eliminó esa referencia al “juicio criminal”. De manera que nuestros constituyentes inequívocamente decidieron extender ese beneficio legal, no sólo a las causas penales, sino a todo proceso judicial, incluso al proceso civil, como lo ha demostrado la Doctrina especializada²⁹.

²⁶ CNCom, Sala “C”, 13.8.93, “Automotores Mundial S.R.L. s/Quiebra”, <http://ar.vlex.com>; ídem, Sala “D”, 19/09/01, “Illa, María Susana s/Quiebra”, <http://ar.vlex.com>.

²⁷ Spolansky, Norberto Eduardo, “Nadie esta obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad”, L.L. 140, pág. 701.

²⁸ El énfasis me pertenece.

²⁹ Bidart Campos, Germán J., “Derecho Constitucional”, ed. Aguiar, 1966, tº II, pág. 488; Romero, César Enrique, “Derecho Constitucional” ed. Víctor P. de Zavalía, tº II, pág. 130; Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Tratado de Derecho Constitucional”, ed. Depalma, 1994, tº II, pág. 320; Díaz, Manuel R., “Reflexiones sobre la prueba”, rev. del Colegio de Abogados de La Plata, 1963, nº 11, pág. 273; Álvarez Echagüe, Juan Manuel, “Reflexiones sobre el alcance del estado de inocencia y del principio de no autoincriminación en el derecho penal tributario”, rev de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales nº 6, 2007, pág. 105.

Sobre tal plataforma se entiende que ni siquiera es admisible la confesión ficta en el proceso civil que contienen la mayoría de los códigos procesales de nuestro país³⁰.

Sin embargo, con criterio más que discutible, en ocasiones se ha sostenido que la prohibición de la auto-incriminación no rige en materia concursal³¹.

6.- Primer barrera legal: las pruebas obtenidas en el incidente de investigación carecen de valor en un juicio posterior si el demandado no ha tenido ocasión de controlarlas.

Entiéndase bien: es ilegal que en el incidente de investigación se produzca prueba en secreto (es decir, sin contralor de los afectados) para luego invocarla en un juicio posterior, sea de recomposición patrimonial, sea de extensión de quiebra o de lo que fuere.

Bien dispone el art. 273 inc. 9º LCQ que la carga de la prueba en cuestiones contradictorias se rige por las normas comunes. Por lo tanto, sólo es válida la prueba que se produce en el mismo juicio, de acuerdo al procedimiento legal.

Una prueba producida en otro proceso sólo puede ser válida si:

- Se produjo en un litigio anterior, y
- Si en ese procedimiento anterior la parte ha tenido la posibilidad de ejercer todos los medios de verificación y de impugnación que la Ley le otorga³².

En cambio, como lo ha establecido la Doctrina, los medios de acreditación no son valederos si son producidos en otro proceso, sin que pudieran ser debidamente fiscalizados por la contraparte³³.

La Jurisprudencia ha explicado que la libertad con que cuentan los jueces en materia probatoria no implica reconocerles una absoluta discrecionalidad³⁴. Cuando se atraviesa esa frontera se tipifica una de las modalidades de la arbitrariedad³⁵.

³⁰ Carbajal, Fernando, "La absolución de posiciones y el artículo 18 de la CN", ponencia presentada ante el XXIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Comisión I: Procesal Civil, Tema B: El Debido proceso y la prueba.

³¹ V.gr. CNCom, Sala "D", 12/02/2001, "Banco Extrader s/Quiebra s/Inc de actuaciones por derecho propio de: Terrado Jorge A.", L.L. del 09/05/2001, pág. 13.

³² Chiappini, Julio, "Peritaje practicado en otro proceso", D.J. 2004-1, pág. 694; Devis Echandía, Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", ed. Víctor P. de Zavalía, tº I, pág. 371.

³³ Couture, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", ed. Depalma, 1969, pág. 255; Arazi, Roland, "La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica", ed. La Rocca, pág. 130; Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado", ed. Astrea, 2002, pág. 413; Alvarado Velloso, Adolfo, "Estudio jurisprudencial", ed. Rubinzal-Culzoni, 1986, tº II, pág. 611, y tº IV, pág. 269.

³⁴ CNCom, Sala "D", 16/08/2005, "Expoconsult BV y otro c. Wagener Tjomme Adriaan y otro", D.J. 09/11/2005, pág. 728.

³⁵ CSJN, Fallos: 261-209, 262-144, 284-119; Bidart Campos, "La Corte Suprema, el tribunal de las garantías constitucionales", ed. Ediar, pág. 44; también en "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", ed. Ediar, tº II, "El Derecho Constitucional Liberal", págs. 321 y 322; Carrió, Genaro, "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema", ed. Abeledo Perrot, pág. 198; Coleffi, Álvaro S., "El defecto de fundamentación en las sentencias", L.L.B.A. 2003, pág. 808; Morello, Augusto M. y Rosales Cuello, Ramiro, "Sentencias arbitrarias, control, panorámica general (2005). En la ruta de la Corte", D.J. 18/05/2005, pág. 216, "Cómo juega la

7.- Segunda barrera legal: no es cierto que nada se pueda recurrir en un incidente de investigación.

Cuando la Ley de Concursos y Quiebras dispone (por ejemplo, en el art. 285 LCQ) la inapelabilidad de las resoluciones, lo hace pensando en la “actuación regular y ordinaria del procedimiento concursal”³⁶.

Desde luego, no es el caso de todo lo que se decida en el incidente de investigación, el que lejos está de lo que debe considerarse “actuación regular y ordinaria del procedimiento concursal”. De hecho los tribunales han admitido la apelación cuando la finalidad que inspira el recurso, “paradójicamente podría ser desvirtuada si no se lo concediera”, esto es, cuando se trata de una apelación “contra una resolución de trámite, que si fuera dilucidada recién en oportunidad de admitirlo contra la sentencia, conspiraría contra aquellos propósitos”³⁷.

Por cierto, también procede el recurso cuando lo impugnado puede comprometer derechos de raíz constitucional (art. 18 CN)³⁸.

8.- Tercera barrera legal: el incidente de investigación no puede transformarse en un medio para eludir las normas sobre prescripción o caducidad de la acción.

El ordenamiento concursal argentino ofrece (como pocas legislaciones del mundo) distintas alternativas para perseguir a los malos deudores y a sus secuaces: la extensión de la quiebra, las acciones de ineficacia concursal, la acción revocatoria, las de responsabilidad de directivos y de terceros. Respecto de todos esos institutos el Legislador ha establecido plazos de caducidad o de prescripción procurando, de ese modo, afianzar la seguridad jurídica³⁹.

En principio y primordialmente, tales acciones son confiadas al síndico concursal. Empero los síndicos concursales no promueven esa clase de juicios con la frecuencia que sería de esperar y, cuando lo hacen, no son pocos los supuestos en los cuales las demandas dejan bastante que desear desde el punto de vista de la técnica jurídica. Se trata de un antiguo problema⁴⁰.

arbitrariedad en el marco del proceso justo por la vía del recurso extraordinario”, D.J. 2004-3, pág. 841; Barrancos y Vedia, Fernando N., “Arbitrariedad o rechazo discrecional del recurso extraordinario”, L.L. 1998-F, pág. 747.

³⁶ CNCom, Sala “D”, 26/06/2002, “Zanella Mare S.A. s/Concurso Preventivo s/Inc. de Nulidad s/Queja”, Abeledo Perrot Nº 11.36168; ídem, Sala “D”, 30/06/1993, “Venancio Ortiz E Hijos S.R.L. s/Quiebra s/Queja”, Abeledo Perrot Nº 11.18858.

³⁷ C. Apels. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., 13/05/1997, “Kesselman Automotores S.A.C.I.F.I.F.I.”, Abeledo Perrot Nº 1.47010.

³⁸ CNCom, Sala “B”, 08/04/1994, “Clínica Marini S.A. s/Quiebra s/Inc. de Subasta Inmueble s/Inc. de Continuación de Trámite”, Abeledo Perrot Nº 11.20221.

³⁹ Rubín, Miguel Eduardo, “Caducidad de instancia, acción revocatoria concursal y garantías constitucionales”, E.D. 118-633.

⁴⁰ Lefèvre, Rosana Gabriela, “El abuso en materia concursal: sus principales protagonistas”, ponencia presentada ante el IIº Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocios, 01/06/2009.

Conocedores de esas circunstancias, algunos jueces concursales permiten que las demandas de los síndicos lleguen fuera de los plazos legales⁴¹ (y, muchas veces, sin respetar otros parámetros, tanto de forma como de fondo) suponiendo que, para alcanzar propósitos mayores (que los acreedores cobren lo más posible en el menor tiempo posible, y que los malos deudores no hagan de las suyas) vale la pena inmolar en el altar de la Justicia a unos cuantos derechos (no está dicho, pero se infiere) un tanto menores, como los de los fallidos y los de sus supuestos cómplices, como son el derecho al debido proceso, a la igualdad ante la Ley y a la legalidad. Estas garantías constitucionales muchas veces son vistas con desdén, como si fueran incómodas formalidades que el Legislador implantó de buena fe sin sospechar que algún día serían empleadas para burlar aquellos magnos valores.

Veamos un fallo notoriamente inspirado en esa línea de pensamiento:

“Es que en determinadas situaciones pueden resultar fácil desentrañar la real configuración jurídica del sujeto fallido pero, en aquellas en que ello no acontece, dicha posibilidad no puede estar supeditada a plazos inflexibles ya que de ser así la seguridad jurídica se vería desprotegida, favoreciéndose la actitud huidiza de los responsables de la falencia.”⁴².

Tal vez por ese modo de ver las cosas, el mero hecho de abrir un incidente de investigación, para algunos fallos, produce un efecto paralizante de la prescripción y hasta de la caducidad de instancia⁴³, cuyo plazo, por definición, nunca puede suspenderse ni interrumpirse^{44 45}.

Ese artilugio, como veremos seguidamente, se ha convertido en un túnel del tiempo donde muchas veces van a morir los plazos de prescripción o de caducidad establecidos por la Ley⁴⁶. Pruebas al canto:

- “No habiendo mediado en el *sub examine* conducta omisiva de la sindicatura por cuanto las actuaciones en el marco del incidente de investigación (cuya tramitación al presente no ha finalizado) han exteriorizado su voluntad de hacer valer los derechos

⁴¹ En cierto modo algunos autores han justificado ese criterio: Otaegui, Julio, "La extensión de la quiebra", ed. Ábaco, pág. 174; Dasso, Ariel A., "El concurso preventivo y la quiebra", ed. Ad Hoc, tº II, pág. 790; Fassi, Héctor y Gebhardt, Marcelo, "Concursos y Quiebras", ed. Astrea, 2004, pág. 440.

⁴² CNCom, Sala "F", 30/09/2010, "Edater S.R.L. s/Quiebra c/Medical View S.R.L.", MJJ59989; <http://www.diarioelaccionista.com.ar>.

⁴³ CNCom, Sala "E", 20/09/2005, "Frigorífico Moreno S.A. s/Quiebra v. Proteínas Argentinas S.C.A. s/Ordinario s/Extensión de Quiebra s/Inc. de Apelación art. 250, inc. 2º del CPCC", Abeledo Perrot Nº 11.40134.

⁴⁴ CNCom, Sala "C", 12/09/1994, "Productos del Mar s/Quiebra s/Inc. de Pronto Pago por Caramés Ferro, Juan", Abeledo Perrot Nº 11.21403.

⁴⁵ La transgresión a la Ley se aprecia aun más flagrante en el supuesto de extensión de quiebra pues el Legislador, en el art. 163 LCQ, puso fin a la discusión sobre si el plazo para peticionarla era de caducidad o de prescripción aclarando que es de caducidad (Rojas, Jorge A., "La extensión de la quiebra y el cómputo de los plazos", E.D. 203-150, comentando el fallo CNCom, Sala "B", 30/09/2002, "Aldama S.A. s/Quiebra s/Extensión de quiebra a Aldama Cuyo S.A.").

⁴⁶ Tuve ocasión de estudiar este tema en Rubín, Miguel Eduardo, "Venturas y desventuras de Cronos en las acciones de recomposición patrimonial en la quiebra (en particular en la de responsabilidad societaria)", E.D 237-571.

derivados de la acción de extensión de quiebra, conclúyase que no corresponde declarar la extemporaneidad de la misma”⁴⁷.

- “...el plazo puede ser extendido en circunstancias excepcionales en que el fallido o terceros omitan deliberadamente informaciones u oculten bienes”⁴⁸.
- “...aun cuando la solicitud de extensión de quiebra no puede formularse en cualquier término, *sine die*, tampoco cabe adoptar una rigurosa interpretación que importe limitar el plazo de su ejercicio en forma angustiante, dado que, en definitiva, se trata de uno de los mecanismos previstos por el legislador tendiente a ampliar los límites del patrimonio liquidable y repartible”⁴⁹.
- “Entiende esta Alzada, a la luz de lo que surge del incidente de investigación y de estos actuados, que el órgano sindical no contaba con los datos y/o información necesaria en orden a poder dar inicio a estos actuados dentro de los seis meses que le indica el ordenamiento concursal y que por tal motivo en forma previa, incluso al de la presentación del informe del artículo 39, inició el mentado incidente de investigación...”. Por lo tanto, “... deberá computarse el plazo en cuestión desde el último acto habido en el "incidente de investigación"...”⁵⁰.
- “Si el fallido o los terceros hubieran ocultado información sobre sus negocios, impidiendo de tal modo que la sindicatura se informara íntegramente sobre la situación para producir en forma adecuada el informe del art. 39 LCQ, los autores del disimulo u ocultación no podrían invocar el transcurso del término porque al hacerlo intentarían constituir en beneficio propio la consecuencia de dicha reticencia”⁵¹.

Al amparo de esa orientación jurisprudencial encontramos algunos precedentes en los cuales se ha permitido que los síndicos promuevan acciones de extensión de quiebra⁵² o de responsabilidad a pesar de haberse superado (hubo casos de más de diez años) los plazos de

⁴⁷ CNCom, Sala “A”, 14/08/2009, “Biocrom S.A. v. Surar Pharma S.A.”, Abeledo Perrot Nº 1/70056102-3. En similar orientación: CNCom, Sala “A”, 20/12/2007, “Imrex S.A.C.I. s/Quiebra c/Electrodomésticos Defema S.A. y otros”, MJJ25281.

⁴⁸ CNCom, Sala “C”, 22/04/2008, “Artigas Revestimientos S.A.I.C. v. Altos del Buen Ayre S.A.”, Abeledo Perrot Nº 70046527.

⁴⁹ Del dictamen de la Fiscalía de Cámara al que adhiere el tribunal: CNCom, Sala “E”, 27/04/2004, “Recubrimiento de Metales S.A. v. Pro Tubo S.A.”, Abeledo Perrot Nº 35000451.

⁵⁰ CNCom, Sala “C”, 12/04/2005, “Barbieri, María A. c. González Victorica, R.”, L.L. 25/08/2005, pág. 6.

⁵¹ CNCom, Sala “A”, 20/12/2007, “Imrex S.A.C.I. s/Quiebra c/Electrodomésticos Defema S.A. y otros”, MJJ25281, donde se invocan los precedentes CNCom, Sala “C”, 31/08/1995, “Pérez, Rodolfo s/Quiebra s/Inc de extensión de quiebra”; Sala “E”, “Frigorífico Moreno S.A. s/Quiebra c. Proteínas Argentinas S.C.A.” y la opinión favorable de Quintana Ferreira, Francisco y Alberti, Edgardo Marcelo, “Concursos”, pág. 145; y Martorell, Ernesto Eduardo, “Tratado de Concursos y Quiebras”, tº II, pág. 426.

⁵² Siendo el plazo legal de 6 meses, se permitió que la demanda se impetere a los 3 años: CNCom, Sala “A”, 26/06/2007, “Expositora S.R.L. c. Expositora S.A. y otros”, Abeledo Perrot Nº 11/44311.

prescripción o de caducidad, aduciendo que no han recibido los libros de contabilidad⁵³ o que fue necesario investigar una denuncia anónima⁵⁴, o por el mero hecho de haber promovido un incidente de investigación.

Sin embargo, en esas actuaciones usualmente pasan largos períodos en los cuales no se investiga absolutamente nada y no son extraños los supuestos en los cuales las averiguaciones no aportan casi ningún dato al proceso que se termina incoando.

Entonces ¿por qué hay que concederles a los síndicos concursales el derecho a incoar sus demandas una vez vencidos los tiempos legales o a paralizarlos a su antojo? ¿Así se respetan los principios de legalidad, debido proceso e igualdad ante la Ley? ¿No son suficientes los generosos plazos de la ley para que el síndico investigue y, cuando corresponda, promueva la demanda?

....

Salvo en el caso “Recubrimiento de Metales S.A. v. Pro Tubo S.A.”, los pronunciamientos judiciales sumariados anteriormente carecen de fundamentación legal, lo que es reprochable a la luz de lo dispuesto por el art. 163 inc. 5º CProc (y normas similares de otros ordenamientos procesales locales) y, sobre todo, por los arts. 16 a 19 CN.

Pero detengámonos un minuto en la única justificación normativa que detectamos en ese precedente: el art. 3980 CCiv, dispositivo legal que estatuye la “dispensa” de la prescripción en razón de las “dificultades o imposibilidad de hecho” que impiden temporalmente el ejercicio de una acción⁵⁵.

Como bien apunta Moisset de Espanés, Vélez, como en otras oportunidades, elevó a la categoría de norma legal una opinión doctrinaria, consagrando de ese modo una regla que no existía en el derecho comparado⁵⁶.

En efecto, el codificador, como resulta de la nota al art. 3980, se inspiró en una opinión de Aubry y Rau, cuando dicen:

"No es posible, fundándose en la máxima *agere non valenti, non currit praescriptio*, admitir una verdadera suspensión de la prescripción en razón de dificultades o imposibi-

⁵³ Llamativamente la Jurisprudencia tiene establecido que la negativa a exhibir los libros de comercio “no puede ser calificada como un actuar doloso en sí mismo” (CNCom, Sala “D”, 26/04/2010, “Corrugadora Latina S.A. s/Quiebra c/Paviotti, Claudio Luis y otros”, MJJ56677).

⁵⁴ CNCom, Sala “A”, 14/08/2009, “Biocrom S.A. s/Quiebra c/Surar Pharma S.A. s/Ordinario (extensión de quiebra)”, L.L. Online, AR/JUR/36489/2009, E.D. Digital (52896).

⁵⁵ Fernández Puentes, María E., “El curso de la prescripción. Suspensión e interrupción”, LNBA 2006-8, pág. 904; Pizarro, Ramón D., “Acerca de la prescripción liberatoria y su efecto extintivo de obligaciones”, J.A. 2001-II-1232; Farina, Juan M., “La suspensión de la prescripción en materia comercial, según la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal”, ed. Zeus, tº 37, D-23; también en “La interrupción, la suspensión y la dispensa de la prescripción en las obligaciones comerciales, y los nuevos artículos 3966 y 3986 del C. Civil”, Cuadernos del Inst. de Derecho Comercial de Córdoba, 1975, Nº 125.

⁵⁶ Moisset de Espanés, Luis, “Suspensión y dispensa de la prescripción en materia comercial”, Zeus, tº 44, pág. 16.

lidad de hecho que hayan obstaculizado temporalmente el ejercicio de una acción". "En este caso el juez únicamente estaría autorizado a liberar al acreedor o propietario de los efectos de la prescripción cumplida mientras durase el impedimento, si después de cesado hubiera hecho valer de inmediato sus derechos".

Y traen como ejemplo los casos de inundación, invasión, o sitio.

Por eso bien se ha dicho que "...este precepto no cabe entenderse como comprensivo de todos los casos en que el acreedor se ha visto imposibilitado de hecho para ejercitar su acción, sino interpretarse restrictivamente, pues de lo contrario constituiría una fuente de inseguridad y litigios, negativa del concepto y razón de ser de la prescripción; debe tratarse de casos de fuerza mayor, o sea, de hechos de carácter general o colectivo (inundaciones, guerras, revoluciones, huelgas, etc.), que han interrumpido las comunicaciones no de índole exclusivamente individual"⁵⁷.

Ese criterio ha sido seguido por la buena Jurisprudencia⁵⁸: la norma está referida a una imposibilidad de hecho de envergadura, que realmente impida iniciar la acción (vgr. estar secuestrado)⁵⁹, no meros problemas personales del demandante⁶⁰.

Ha de tenerse en cuenta que, reafirmando los valores que sustentan la prescripción, en la nota al art. 3059 Vélez explica: "El principio antiguo *contra non valentem agere non currit praescriptio* está formalmente abolido por la teoría moderna de la prescripción. Hoy puede decirse que la prescripción corre contra todas las personas, a no ser que se hallen en el caso de alguna excepción establecida por la ley".

....

Para que opere la dispensa, es necesario que se reúnan los siguientes recaudos⁶¹:

- a. Que el ejercicio de la acción estuviere impedido por dificultades o imposibilidad de hecho, esto es, por una circunstancia que pueda asimilarse a la fuerza mayor por su imprevisibilidad, inevitabilidad y extraneidad.
- b. Que la imposibilidad impeditiva persista durante el vencimiento del plazo prescriptivo, pues si hubiere sido superada antes de que venza el término de prescripción, no existiría impedimento alguno para ejercer la acción en tiempo propio.

⁵⁷ Fernández, Raymundo L. y Gómez Leo, Osvaldo R., "Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial", 2004, LexisNexis-Depalma, Lexis Nº 1612/007423.

⁵⁸ SCJ Mendoza, Sala 1ª, 05/12/2007, causa nº 90.013, "Carlioni, Humberto en Jº 64.528/30.175 síndico en Jº Club Y.P.F. Mendoza p/Quiebra s/Acción de Responsabilidad Concursal s/Inc. Cas." y sus acumuladas Nº 90.059 Y 90.047.

⁵⁹ CNCiv, Sala "H", 11/11/2008, "Ouanono, María B. v. Mileo, Guillermo D. y otro", Abeledo Perrot Nº 70051551. En el fuero Comercial: CNCom, Sala "B", 10/08/2007 "Bulonera San Martín S.A. v. Meta-lúrgica Kysmar S.A.", Abeledo Perrot Nº 35022139.

⁶⁰ CNCiv, Sala "J", 09/03/2007, "De M., E. J. v. Editorial La Capital y otro", Abeledo Perrot Nº 35010634.

⁶¹ Boragina, Juan C., "Prescripción liberatoria", J.A. 2001-II-1152.

Así las cosas, ¿la promoción o el trámite de un incidente de investigación pueden ser considerados “dispensa” de la prescripción conforme el art. 3980 CCiv? Evidentemente no y de ese modo, salvando las distancias, fue resuelto un proceso de ineficacia concursal incoado después de vencido el plazo del art. 124 de la LCQ⁶².

Ello es lógico. Tanto los plazos de prescripción como los de caducidad de las acciones en la quiebra (como en cualquier otro ámbito jurídico), así como las causales de interrupción, suspensión o dispensa de la prescripción (que, como vimos, son de interpretación estricta) son fijados por el Legislador. No pueden ser creados o modificados por los jueces⁶³.

De otro modo, es decir, si con cualquier subterfugio se permitiera paralizar el plazo de prescripción o de caducidad, los juicios se postergarían artificial y eternamente, lo que significaría tanto como abolir pretorianamente lo normado por el Legislador, afectando los derechos constitucionales de los demandados al debido proceso, a la legalidad, a la defensa en juicio y hasta a la propiedad⁶⁴.

En la orientación correcta ubicamos expresiones de la Jurisprudencia de firme apego a la Ley:

- “Sin embargo, más allá de lo relacionado con la naturaleza del plazo en cuestión, su existencia está orientada a evitar una prolongación indebida de situaciones conflictivas, persiguiendo una más rápida consolidación de las relaciones jurídicas, lo que impone como punto de partida, que la interpretación vinculada con la forma de su cómputo, debe hacerse con criterio restrictivo, para posibilitar el ejercicio regular de los derechos comprometidos en el asunto y permitir que mediante la acción de la justicia y la debida investigación de los hechos pueda llegarse a un mejor esclarecimiento de las situaciones patrimoniales involucradas”⁶⁵.
- En un caso en el cual se había obtenido una cautelar hacía casi tres años sin que se hubiera promovido la acción de ineficacia concursal, el tribunal consideró cumplido el plazo de caducidad previsto por el art. 124 LCQ. Recordó entonces que dicho “..plazo no admite ser interrumpido ni suspendido, y que el único modo de evitar la caducidad es cumpliendo con el acto impeditivo pertinente para no quedar sometido a efectos extintivos de aquélla”⁶⁶.
- “El plazo de prescripción anual del artículo 4033 del Código Civil juega en la etapa preferencial y se aplica, por lo tanto, a la acción pauliana promovida antes de la sen-

⁶² CNCom, Sala “D”, 29/04/2008, “Urszstajn, Ester Eugenia s/Quiebra”, MJJ36846.

⁶³ Moisset de Espanés, Luis, op. y lug. cit.

⁶⁴ Palacio, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, ed. Rubinzal-Culzoni, tº 7, pág. 133 y jurisprudencia allí citada.

⁶⁵ CNCom, Sala “B”, 30/03/2000, “Wolffmetal SA s/Quiebra s/Extensión de quiebra”, SyC nº 4, pág. 146.

⁶⁶ CNCom, Sala “A”, 25/07/2008, “World Trade Med S.A.”, Abeledo Perrot Nº 70048863. En similar orientación: CNCom, Sala “C”, 12/02/1999, “Kres S.A. v. Cherjovsky, Silvio M. y otros”, J.A. 1999-III-104.

tencia de quiebra y continuada con posterioridad por el síndico o por un acreedor en las condiciones previstas por el art. 120, parte 2º, de la ley concursal”⁶⁷.

- También se ha sentenciado que “.. no se encuentra razón que justifique la tramitación *sine die* del incidente de investigación”⁶⁸.

....

El plazo de prescripción únicamente puede interrumpirse por la interposición de una demanda aunque el pleito se desenvuelva en el ámbito concursal⁶⁹. Y cuando hablamos de “demanda” debemos remitirnos, en el orden nacional⁷⁰, a los requisitos del art. 330 CProc; requisitos que han sido establecidos para salvaguardar el derecho de defensa del demandado⁷¹.

Por lo tanto, no tiene esa aptitud la muy extendida práctica denominada “demanda al solo efecto de interrumpir la prescripción”⁷², es decir, presentar un escrito nada más que para demostrar el interés en mantener viva la acción y diferir para otra oportunidad la ampliación de sus términos, incluyendo la posibilidad de proponer nueva prueba.

Brillantemente se ha dispuesto que “la demanda al sólo efecto de interrumpir la prescripción no es admisible pues constituye una práctica sin fundamento normativo sustancial o ritual, que deriva de una interpretación de lo previsto en el primer párrafo del artículo 3986 del Código Civil, que atribuye efectos interruptivos a la demanda "aunque sea interpuesta ante el juez incompetente o fuere defectuosa"”. “Esa preceptiva no otorga carta de ciudadanía a una pretensión autónoma que ciña su objeto a provocar la interrupción del plazo de prescripción, a través de la deducción de una demanda a sabiendas de su defectuosidad, más allá de la repercusión que a la postre se le reconozca, aún desestimada, desde una visión restrictiva del instituto liberatorio”⁷³.

Es que, si se permitiera esa clase de artilugios se estaría dejando en manos del actor un medio para burlar indefinidamente los plazos fijados por el Legislador⁷⁴.

Es igualmente improcedente suspender el término de Ley hasta tanto se reúnan pruebas suficientes⁷⁵. La buena Jurisprudencia ha decidido que el síndico no puede solicitar la prórroga

⁶⁷ CNCom, Sala “D”, 01/09/2008, “Vieytes S.A.C.I.F.I. c/AED S.A. y otro s/Revocatoria Concursal”, E.D. Digital (45652).

⁶⁸ CNCom, Sala “B”, 27/05/2004, “Vega, Gerardo R.”, Abeledo Perrot Nº 70013261.

⁶⁹ CNCom, Sala “A”, 25/07/2008, “World Trade Med S.A.”, Abeledo Perrot Nº 70048863.

⁷⁰ No hay grandes diferencias con los códigos de procedimientos en lo civil de las provincias.

⁷¹ CNCom, Sala “C”, 28/11/1990, “Castro, Raúl J. c. Instituto Arenales”, L.L. 1991-C, pág. 37.

⁷² Corruptela que es frecuentemente aceptada por nuestros tribunales. Así: CNCom, Sala “E”, 03/09/2009, “Armesto, Joaquín Antonio c/Bridgestone Firestone de Argentina S.A.”, L.L. Online, AR/JUR/44614/2009; ídem, 27/12/2011, “Newman, Roberto A. v. Banco Francés S.A.”, L.L. Online Nº AP/JUR/828/2011; CNContenciosoadministrativo Fed, Sala IVª, 03/05/2011, “Finsur Compañía Financiera v. Banco Central de la Republica Argentina -BCRA-”, Abeledo Perrot Nº 70070195.

⁷³ CNTrab, Sala VIIIª, 31/03/2010, “Rubesa, María Gloria c. Met Life Seguro de Retiro S.A.”, L.L. Online, AR/JUR/8663/2010.

⁷⁴ CNCom, Sala “D”, 14/07/2003, “HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. c. Pitelli Transporte S.A.”, E.D. 16/02/2004, pág. 8; ídem, 10/04/2000, “Rodiema S.R.L. s/Inc de verif. por Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, L.L. 2000-F, pág. 92.

del plazo para promover la demanda aduciendo que, hasta ese momento, no contaba con la totalidad de los elementos de juicio necesarios⁷⁶.

Como bien dijo el tribunal en el caso que acabo de citar, si el Legislador hubiera considerado aceptable que los plazos establecidos en la ley puedan extenderse lo hubiera consignado en la norma, lo que no ha hecho.

Tampoco puede considerarse como acto suspensivo del plazo de prescripción la actividad procesal desplegada en el incidente de investigación, como se resolvió en el ya mencionado caso “Vega”⁷⁷.

9.- ¿De qué modelo inquisitivo estamos hablando?

Recordará el lector que, en el capítulo 2, memoré las lecciones de Maffia sobre los momentos inquisitivos que, según su visión, se intercalan en el proceso concursal. En otro ensayo el mencionado autor llega más lejos, pues afirma que el proceso concursal es “inquisitivo como carácter genérico, y contencioso en cuanto ciertas etapas”⁷⁸.

Entiendo que los estudios de Maffia procuran más que nada describir esas situaciones sin pretender etiquetarlas por su naturaleza jurídica, y me parece muy bien que así lo haya hecho. Es que la determinación de la naturaleza jurídica de los instrumentos legales no es más que es un despliegue discursivo para que todo termine siendo lo que al intérprete le parece, o, en ocasiones, lo que le conviene que sea⁷⁹.

Ya Argeri consideraba una labor vana el esfuerzo destinado a determinar la naturaleza jurídica del proceso concursal⁸⁰, posición con la cual, años después, vino a coincidir Di Dorio para quien “el tema de la naturaleza de los concursos..” está “en cierto modo abandonado..”⁸¹.

Hecha esa aclaración, podemos avanzar.

Hemos visto que, para Maffia, la piedra de toque que le permite inferir que el proceso concursal es preponderantemente inquisitivo es la primera parte del art. 274 LCQ.

Pero que el juez del concurso no esté atado por el *thema decidendum* y por el impulso de las partes no significa que los incidentes de investigación puedan permanecer reservados por

⁷⁵ Fassi, Santiago y Yáñez, César, "Código Procesal Civil y Comercial", ed. Astrea, tº 2, pág. 632 y jurisprudencia allí citada; CNCiv, Sala "F", 09/09/1996, "Masor, Horacio c. Harteneck, Guillermo", L.L. 1998-C, pág. 935 (40.417-S); CNCiv, Sala "B", 17/09/1991, "Vázquez, Susana c. Carrocerías El Detalle", L.L. 1992-C, pág. 608, J. Agrup., caso 7914.

⁷⁶ CNCom, Sala "B", 11/11/1997, "Granata S.A. s/Quiebra", Abeledo Perrot Nº 11.2167.

⁷⁷ CNCom, Sala "B", 27/5/2004, "Vega, Gerardo R.", Abeledo Perrot Nº 1.74246.

⁷⁸ Maffia, Osvaldo J., "El juez del concurso (V). Aproximación al carácter inquisitivo del proceso concursal", E.D. 181-1303.

⁷⁹ Sobre la futilidad de la naturaleza jurídica me explayé en: Rubín, Miguel Eduardo, "Resistencia a la convocatoria a asamblea", L.L. del 21/05/2012, pág. 1.

⁸⁰ Argeri, Saúl, "La quiebra y demás procesos concursales", ed. Librería Editorial Platense, tº II, pág. 12.

⁸¹ Di Iorio, Alfredo J., "Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales", RDCO, año 21, 1988, pág. 501.

tiempo indeterminado, ni que le esté vedado al fallido o a otras personas afectadas la más mínima intervención en tales actuaciones, prohibiéndoseles incluso efectuar peticiones, en particular las que tengan que ver con los derechos que efectivamente le reconoce la Ley.

En todo caso ¿cuál es la norma jurídica que le prohíbe al deudor o a los terceros presentar pruebas que demuestren su inocencia respecto de los hechos investigados como modo de evitar un proceso ulterior inútil? ¿Por qué razón el afectado por una medida cautelar no puede discutir su procedencia si no se reunieron los requisitos legales para concederlas? ¿Cuál es la justificación legal que hace que el letrado del fallido no pueda repreguntar a los testigos que declaran en un incidente de investigación o no pueda denunciar la existencia de tachas o impugnar sus declaraciones, debiendo esperar a que se promueva el pleito ordinario y, recién entonces, tratar de corregir los defectos del procedimiento que tuvieron lugar normalmente hace muchos años?

En otro de sus estudios Maffía, memorando a Ragusa Maggiore y Rocco, sostuvo que esto del modelo inquisitivo se inspira en el proceso penal⁸². Sin embargo, en el proceso penal a nadie se le ocurre pensar que el expediente pueda permanecer en secreto para los imputados *per secula seculorum*, ni que se puedan acumular pruebas sin control de las personas involucradas, ni que lo que se haga en esas condiciones tenga virtualidad suficiente como para impedir el transcurso del plazo de prescripción de la acción. Por el contrario, es unánime el clamor por asegurar el efectivo ejercicio de las garantías del debido proceso.

Además, el viejo dilema entre lo inquisitivo y lo acusatorio en el proceso penal (que arrastra implicancias filosófico-políticas⁸³) hoy parece superado. Es que, si bien en el Derecho Procesal Penal del pasado tuvo cierto predicamento el denominado “sistema inquisitivo” (entendiéndose por tal cosa el procedimiento secreto y no contradictorio⁸⁴) que, en supuesto homenaje a la búsqueda de la verdad, traía aparejados diversos recortes a las libertades individuales, hoy ha sido abandonado. Ello es así particularmente desde la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y la sanción del Código de Procedimientos Nacional en materia Penal actualmente vigente.

Por eso, cuando de tanto en tanto surge una sentencia en materia penal que evoca las actitudes inquisitoriales de aquellos tiempos, la Doctrina reacciona de manera enérgica sostenien-

⁸² Maffía, Osvaldo J., “Sobre un acceso al procedimiento concursal (II)”, E.D. del 04/04/2011, nº 12.722.

⁸³ De Dios, Graciela L., “Los sujetos del proceso y la búsqueda de la verdad en el proceso penal”, E.D. 215-947; Chiappini, Julio, “En la indagatoria, ¿se debe noticiar al imputado acerca de las pruebas de cargo?”, E.D. 203-716; Mill, Rita, “Relación entre los principios del derecho penal y los procesales”, MJD5356; Corvalán, Víctor R., “Para repensar el proceso, revisemos los principios”, MJD5362; González Pondal, Tomás Ignacio, “*In dubio pro reo*”, L.L.B.A. 2012 (abril), pág. 351; Bilczyk, Verónica, “La declaración bajo reserva de identidad en la Ley 14.257 de Buenos Aires”, D.J. 23/11/2011, pág. 97.

⁸⁴ El art. 180 del Código Procesal Penal derogado decía: “Durante la formación del sumario no habrá debates ni defensas...”

do que hay derecho a la defensa y, por lo tanto, el ejercicio de las garantías constitucionales, desde el mismo momento en que se inicia el proceso⁸⁵.

....

También hay fallos en materia procesal concursal en los cuales se respetaron esos principios. Es que si bien no se desconoce que el juez del concurso cuenta con facultades de investigación, tales atribuciones tampoco pueden ejercerse de manera arbitraria⁸⁶, impidiendo que el deudor y los demás interesados puedan defenderse⁸⁷.

En suma, el magistrado no puede emplear el incidente de investigación para hacer cualquier cosa⁸⁸.

De allí que, aunque resultaba obvio, se sentenció que “Las acciones de recomposición patrimonial no deben encauzarse a través del trámite propio del incidente de investigación, sino de un proceso autónomo específico..”⁸⁹.

Asimismo, en uno de los ya mencionados precedentes se decidió que “corresponde modificar la resolución dictada en el incidente de investigación, por la que se le prohibió a la concursada tomar vista de dicha causa y se dispuso considerarla incurso en el delito de desobediencia en caso de no cumplir con el requerimiento formulado en tal resolución”⁹⁰.

⁸⁵ Tenca, Adrián M., “La imposibilidad de controlar la prueba durante el sumario: la vuelta al sistema inquisitivo”, comentando el fallo: CNFed Crim y Correc, Sala 1ª, 16/05/2007, “De la Rúa, Fernando”, D.J. 2007-III, pág. 597.

⁸⁶ CNCom, Sala “D”, 23/10/1998, “Banco Extrader s/Quiebra s/Inc de Salida del País”, Abeledo Perrot Nº 11.199.

⁸⁷ CNCom Sala “C”, 11/4/2003, “Armadaja S.A.C. y F. s/Conc. prev.”, L.L. 2004-A, pág. 553, con nota de Lidia Vaiser.

⁸⁸ CNCom, Sala “C”, 23/08/1994, “Manufactura del Calzado s/Quiebra s/Inc de Investigación CProc 250”, <http://ar.vlex.com>. En este caso, en un incidente de investigación generado para ver si se demandaba la extensión de quiebra y la indemnización vía acción de responsabilidad, el síndico pretendió transformar un embargo preventivo sobre un bien de un tercero en embargo ejecutivo. Ello, ante la posibilidad de que tales procesos tengan una larga extensión, tiempo durante el cual la medida cautelar podía llegar a caducar, permitiendo, de ese modo, que el inmueble sea transferido a terceros. El tribunal, siguiendo el dictamen del Fiscal de Cámara nº 70652, rechazó esa solicitud.

⁸⁹ CNCom, Sala “B”, 27/05/2004, “Vega, Gerardo R. s/Conc.”, Abeledo Perrot Nº 1.74246.

⁹⁰ CNCom, Sala “C”, 11/04/2003, “Armadaja S.A.C. y F. s/Concurso Preventivo”, Abeledo Perrot Nº 11.37168.