

EL CONCEPTO DE INEFICACIA Y EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LA REVOCACION CONCURSAL

Dr. Juan Luis Miquel
Prof. Asociado Der. Com. I

I. Introducción

La aparición reciente de la obra de GARAGUSO sobre la ineficacia concursal, nos mueve a reanudar la marcha por senderos que ya hemos transitado con anterioridad ¹ con el propósito de arrimar conceptos para la formulación de una doctrina integral sobre el tema de la ineficacia.

Aunque con características peculiares, la normativa vigente en materia de ineficacia concursal, encuentra su fuente de inspiración en las derogadas normas de la Ley 11.719 y en la legislación y doctrina italiana que trata el tema de la reconstitución del patrimonio del deudor en los arts. 64 y siguientes del Real Decreto N° 267 del 16 de marzo de 1942.

El legislador nacional armoniza un conjunto de remedios procesales, algunos propios de la tutela de los derechos en general y otros específicos del régimen concursal, con una finalidad común que consiste en la reintegración del patrimonio del deudor, para lograr que su composición coincida con la que debiera tener si el fallido no hubiera efectuado ciertos actos de enajenación (precisamente los calificados de ineficaces) que lesionan el principio del patrimonio como prenda común de los acreedores.

Para utilizar una expresión con sentido gráfico podría llamarse a éstos remedios, en forma global “acciones de recuperación”, advirtiéndolo-

¹ Aunque refiriéndonos a otras vertientes de la ineficacia: MIQUEL, Juan Luis, Resolución de los contratos por Incumplimiento, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 5 y ss. GARAGUSO, Horacio Pablo, Ineficacia Concursal, Depalma, Bs.As., 1981.

se que no se trata de “incrementar”, sino de “recuperar” desmedros operados de manera ilegítima. Estos remedios se otorgan en función del principio de “prenda común del patrimonio” que para su preservación requiere incolumnidad estructural. Ese principio que en forma dinámica confluye con el de la “par conditio”, se conjuga congruentemente en los remedios procesales previstos para sancionar la ineficacia de los desprendimientos ilícitos propios del período preconcursal.

Ejercitada la “acción de simulación” o la de “fraude” en proceso individual, su resultado beneficia al acreedor diligente que promovió su trámite, mientras que no puede concurrir a compartirlo el acreedor inerte o desaprensivo. En cambio, la aplicación del principio de la “par conditio creditorum” y el ejercicio de las acciones por parte del funcionario (síndico) en la ejecución colectiva que es la quiebra, conlleva el beneficio de la generalidad de los acreedores llamados a participar igualmente en el resultado obtenido con la acción. Ese resultado se reparte a prorrata, como obviamente deben soportarse las consecuencias ante el eventual fracaso en el intento.

El derecho común acuerda a los acreedores la acción “Pauliana”, también llamada revocatoria común u ordinaria, con el fin de lograr la revocación de los actos realizados por el deudor en fraude de sus derechos (art. 961 del C. Civil); pero aparte de exigir numerosos requisitos que tornan problemático su éxito, resulta inaplicable a muchos casos en los que, aunque no exista dolo de parte del deudor fallido o del tercero, se produce una lesión de los principios liminares “par conditio” y “universalidad del patrimonio”.

Es pues, la acción pauliana ineficaz a todas luces, en caso de quiebra, para evitar el fraude y el perjuicio a los acreedores ².

II. *El concepto de ineficacia*

Sobre el tema aún no se ha escrito lo bastante como para decir que la doctrina está elaborada en forma definitiva ³. Las críticas parecen di-

² Véase Fernández, Raymundo, Fundamentos de la Quiebra, p. 910.

³ Véase Salvador D. Bergel, “los conceptos de nulidad, anulabilidad, Impugnación, revocación, Ineficacia e Inoponibilidad con relación a la acción revocatoria concursal” en R.D.C.O. N° 18, Dic. 1900, pág. 685. Exposición de motivos de la Ley 19551, N° 60. Fargosi, Horacio P., “La noción de actos ineficaces y el anteproyecto de ley de Concursos Mercantiles”, La Ley t° 140, p. 1281. El Código Civil Italiano de 1942 reemplazó el concepto de “nulidad” por el de “ineficacia”, lo mismo que en la Ley de Quiebras (Decreto 267 del 16 de marzo de 1942); otro tanto ocurrió con la Ley Mejicana (arts. 168 al 174). La Ley Francesa (N° 67.533 del 13 de Julio de 1967) usa en reemplazo de “actos nulos o anulables” la expresión “Inoponibilidad”, como especie de “Ineficacia” y en nuestra Ley 19551, la expresión “Ineficacia” ha cobrado ciudadanía a través de su Incorporación en varios textos: Arts. 18, 45 inc. 5°, 113, 122 a 124; otro tanto ocurre con la expresión “inoponibilidad”; Arts. 126 y 127 (Véase Jaime Sajón, Los arreglos extrajudiciales y la ineficacia de los actos perjudiciales en el periodo de sospecha, en E.D. diario del 23 Dic. 1980). GARAGUSO, Horacio Pablo, Ineficacia Concursal, Bs. As., Depalma, 1961. ETCHEVERRY, Raúl A., Análisis del sistema de Invalidez e Ineficacia en la Ley de Sociedades Comerciales, L.L. t° 150, p. 1191. Maffia, Osvaldo J. Actos Ineficaces y acción revocatoria concursal, L.L. t° 151, p. 902.

siparse con el tiempo pero la polémica subsiste. Nosotros creemos que en parte el problema radica en la pretensión de subsumir los temas “validez” y “eficacia” (o invalidez o ineficacia) en una relación de género a especie que no tiene, desde nuestro ángulo, ningún asidero dogmático ni responde a conclusiones autorizadas por la sana exégesis legal.

En efecto, para algunos, nulidad e ineficacia son las dos especies del género “Invalidez”; para otros son la nulidad y la inoponibilidad las especies del género “Ineficacia”.

A) Otaegui ⁴ postula el primer criterio cuando dice que la ineficacia es una especie de la invalidez como noción “genérica”. Se apoya en la doctrina alemana a través de la obra de Lehman ⁵. Nosotros no participamos de esta opinión porque negamos que exista entre tales conceptos una relación de género a especie. Creemos, más bien, en una vinculación de temporalidad y jerarquía ⁶. Una cronología, impuesta también por un principio jerárquico que a la ineficacia sobrepone la nulidad, señalando, además, que mientras los presupuestos de la sanción de nulidad son del negocio, los de la ineficacia son externos.

Para poder considerar la ineficacia de un negocio, es indispensable que baya nacido válidamente, porque si su origen es espurio o carece de presupuestos genéticos, más que su ineficacia deberá considerarse su nulidad.

La cuestión jerárquica que hemos señalado se determina por la entidad de la sanción. Mientras la ineficacia sobreviene como un accidente que se produce durante el “ciclo” del negocio, es decir, durante su vigencia temporal, como una enfermedad que afecta a un ser vivo y, como tal, aunque no sea mortal, puede llegar a producir la muerte; en cambio, la sanción de nulidad toma como presupuesto la existencia de vicios genéticos del negocio, es decir, defectos de orden sustancial y aún formal, pero siempre estructurales, que conforme categorías, presupuestos y principios legales son de tanta entidad como para producir la extinción del negocio, un poco antes, un poco después, pero inexorablemente ⁷.

4 J.C. Otaegui, Invalidez de actos societarios, p. 105.

5 Tratado de Der. Civil, Parte Gral., Vol. I, párrafo 27, Madrid, 1958.

6 Ver nuestra obra antes citada, pág. 10.

7 Ajustándonos a la naturaleza de este trabajo prescindimos de considerar el tema de la confirmación.

Además, recalcamos que mientras el vicio de nulidad es interno porque se presenta en el negocio intrínsecamente considerado, hace a su estructura, las circunstancias que determinan la aplicación de la sanción de ineficacia son exteriores al negocio objetivamente considerado, son extrínsecas y sobrevinientes.

B) Con el segundo criterio se enrola Garaguso ⁸, afirmando que la nulidad y la inoponibilidad son especies del género ineficacia; y nosotros reiteramos que no compartimos la idea de vincular ambas sanciones por relación de género a especie, por los mismos motivos señalados precedentemente; pero, además, el esquema adoptado conduce a este autor a emitir un concepto equívoco sobre la ineficacia que deriva precisamente de la errónea clasificación que formula. Yerra cuando afirma que quedan comprendidos como ineficaces los actos a los que la ley “priva de sus efectos normales entre los intervinientes” ⁹. Estos actos, no son ineficaces. No están incluidos en la preceptiva que la ley 19551 destina a la regulación de los actos ineficaces.

Los actos a los que la ley concursal priva de sus efectos normales entre partes no son actos ineficaces porque son actos nulos; pues los actos ineficaces a los que se refiere la ley concursal principalmente en el capítulo II, Sección III. tít. III son inoponibles con relación a la masa pero son plenamente válidos entre las partes. A tal punto lo son, que si la quiebra concluye por acuerdo resolutorio, avenimiento o pago, el referido acto permanece plenamente válido, y produce todos sus efectos normales no sólo entre partes sino también erga omnes¹⁰.

Contraría el sentido común y nos parece inconveniente aceptar que puedan catalogarse bajo el mismo rótulo de “ineficaces” actos caracterizados por circunstancias tan dispares como las señaladas por la ley Civil para los actos nulos (art. 1044 C. Civil) y algunos casos de inoponibilidad (v. gr. los que la ley 19551 reseña en su art. 122). Y esto es porque el tema de la ineficacia y la doctrina correspondiente no pasó por la mente del ilustrado legislador decimonónico.

Pero además, la relación de género a especie entre los conceptos analizados debe descontarse porque el propio legislador insinúa la distinta naturaleza de ambos institutos, cuando en la exposición de motivos de la ley 19551 expresa: “Debe señalarse, finalmente, que la anacrónica deno-

8 Con el respaldo de López de Zavalía, Teoría de los contratos. Parte general, 2º Edic., Zavalía, Bs.As., p. 361.

9 Garaguso. Ob. Cit., p. 10.

10 Por las razones expuestas en el texto, no creemos que la Inoponibilidad pueda deberse “también” a un vicio connatural a la esencia del contrato existente al tiempo de la celebración, como lo afirma Garaguso (Ob. cit., p. 48).

minación de “actos absolutamente nulos” y “actos anulables” que contiene la ley actual (que no se adecuaba a la naturaleza del remedio previsto y utiliza términos que en la ley común tienen otro contenido), ha sido reemplazada por el concepto de “ineficacia”, que refleja más adecuadamente la función del instituto, según la moderna doctrina. Se destaca así la inoponibilidad de los actos a los acreedores, sin que importe por ello su nulidad, y, aún menos, que ésta pueda ser “absoluta”, todo lo cual produciría efectos distintos y aún ajenos al interés del concurso, extraños a la acción revocatoria concursal y a los fines perseguidos por la ley”.

El párrafo transcrito denota claramente la correcta distinción conceptual de los autores de la ley 19551 y su preocupación por diferenciar en forma nítida estos conceptos.

Las dudas que genera la rica problemática de la doctrina de la ineficacia de los actos jurídicos, pueden ser disipados recurriendo a las fuentes de la doctrina contemporánea que, principalmente en Europa ha marcado rumbos esclarecedores ¹¹ como también lo ha hecho en nuestro país¹².

Partiendo del distinguo entre invalidez e ineficacia del negocio jurídico, Emilio Betti enuncia en Italia esta teoría. Sostiene que “se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece”. La invalidez es la falta de idoneidad para producir los efectos esenciales del tipo, que afecta a un negocio jurídico y que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios. Califica en cambio, de simplemente ineficaz, al negocio en el cual, estando en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, impida, sin embargo, su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él¹³.

11 Véase el distinguo que formula Hans Kelsen entre “validez” y “eficacia” de la norma Jurídica, en *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, Méjico, 1958, p. 34 y ss. 46.

12 Véase la doctrina citada en nota (2); principalmente Horacio Fargost, *Ob. cit.*, quien respalda nuestro criterio al afirmar, que tiene contenido propio a noción de ineficacia, diferenciándose a su vez de la nulidad y de la Inexistencia. Véase también, J. J. Llambías, *Cód. Civil Anotado, Doctrina y Jurispr.*, T. II-B, p. 167; Boffi Boggero Luis María, *Trat. de las Obligaciones*, Astrea, Bs.As., 1979, tº I, (24 Edic.), p. 709; Augusto M. Morello, *Ineficacia y frustración del contrato*, Libr. Edit. Platense, La Plata 1975, p. 30. Martínez Ruiz Roberto, *Distinción entre acto nulo y acto inoponible*, en *J.A.* 1943, IV, p. 335.

13 Emilio Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. de Martín Pérez, Edit. Revista del Derecho Privado, Madrid, 1943, p. 319 y ss.

Aunque extrínseca al negocio, la circunstancia que determina la ineficacia es siempre de aquellas que la conciencia social y la Ley toman en cuenta, ya en orden al funcionamiento práctico del negocio, ya atendiendo a los límites sociales que la autonomía privada debe observar, en interés de las partes mismas, para tutelar su posición de paridad e igualdad, o también en interés de terceros que soportan sus efectos indirectamente, pese a ser extraños al negocio.

En lo que se refiere a los límites que la autonomía privada debe respetar en interés de las partes o de los terceros, sostiene Betti que su inobservancia —o sea, la lesión del derecho de una de las partes o del tercero—, aunque se refiera al hecho de la conclusión del negocio en determinados términos, justifica igualmente formas de ineficacia que no ofrecen carácter originario, sino que se producen tras la reacción del interesado. Con anterioridad a ésta existe un estado de pendencia, durante el cual el negocio tiene plena eficacia, sólo que se trata de una eficacia de carácter precario, ya que no es seguro si permanecerá o será removida por la iniciativa del interesado en la medida que le perjudica. Tal iniciativa, encaminada a hacer constar el hecho objetivo de la lesión y, normalmente, su subsistencia o acaecimiento en el momento en que aquélla es tomada, puede asumir, para el derecho italiano, variadas formas: revocación, rescisión, reducción y resolución.

La transcripción de estos párrafos de Betti es frecuente en las obras generales, no por su originalidad, sino por su precisión técnica en el planteo conceptual básico de la cuestión analizada.

III. *Ineficacia e inoponibilidad*

El tema de la “ineficacia” y de la “inoponibilidad” tal como hoy se concibe en doctrina no pasó por la mente del legislador nacional del siglo pasado. Se trata de modernos conceptos que comienzan a ser desarrollados por la doctrina europea a principios de este siglo¹⁴ y luego de algunas décadas son considerados por la doctrina nacional¹⁵.

La importante es que, desde un comienzo, las conclusiones de quienes abordaron el tema fueron coincidentes en la necesidad de distinguir los actos “nulos”, de los “ineficaces” o “inoponibles”,¹⁶ por la distinta

14 René Japiot, "Des nullités en matière de actes Juridiques", Paris, 1909, p. 25; Daniel Bastian, "Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité (Thèse pour le doctorat)". Paris, 1929, citados por Roberto Martínez Ruiz.

15 Ver Juan Agustín Moyano, coment. J.A. tº 53, p. 104; Roberto Martínez Ruiz, Ob. cit.: Raymundo L. Fernández, Fundamentos de la quiebra, cit. p. 910.

16 Por todos Martínez Ruiz, Ob. cit.

naturaleza de la sanción, conforme pautas y criterios que hemos esbozado anteriormente.

No ha ocurrido lo mismo con los términos “ineficacia” e “inoponibilidad” que parecen utilizarse como sinónimos¹⁷. Nosotros no creemos que lo sean. No obstante, no vemos inconveniente grave en la utilización indiscriminada de ambos términos, defecto en el que la propia ley incurre¹⁸.

Señalamos, eso sí, las que nos parece son diferencias conceptuales: La inoponibilidad es el efecto característico de la ineficacia concursal y denota el claro distingo que el propio vocablo propone respecto de la nulidad. Se dice: “el acto no es nulo; es inoponible”. Pero esto no puede llevarnos a identificar “inoponibilidad” con “ineficacia”, desde que en esta última quedan comprendidas muchas hipótesis en que el efecto esperado o producido no es la inoponibilidad sino la “extinción” del acto: tal el caso de la resolución por incumplimiento, claro ejemplo de ineficacia en que no se puede juzgar la oponibilidad o inoponibilidad del negocio porque se ha producido su extinción. Lo mismo puede decirse en caso de revocación.

Creemos sí, que el efecto esencial y caracterizante de la ineficacia concursal es la inoponibilidad a la masa del acto jurídico de que se trate, conclusión sobre la que creemos existe coincidencia.

IV. Principio de relatividad de la revocación

La circunstancia de ser novedosa la temática y el hecho de haber estado ausente del esquema conceptual de Vélez y sus fuentes, no impide advertir que el efecto de “inoponibilidad” característica específica de la ineficacia concursal, es también manifestación o expresión concreta del principio de relatividad de las convenciones, que sí estuvo presente en la codificación (art. 1195 C. Civil) y que se enuncia de distintas maneras (v. g. “res inter alios acta”) prescribiendo que los contratos no pueden perjudicar a terceros.

La inoponibilidad concursal, entonces significa que el acto celebrado por el fallido no puede ser opuesto a los acreedores congregados en la colectividad de la masa falencial, sin perjuicio de su validez “inter partes”.

Ya bajo el régimen de la ley anterior se había advertido que la acción que las leyes de quiebra acuerdan a la masa para impedir que el

17 Argeri Saúl, *La Quiebra y demás procesos concursales*. Edit. Platense, La Plata, 1972, tº II, p. 198 y ss.

18 Art. 127, Ley 19.551, por ejemplo.

deudor pueda defraudarla o perjudicarla, es desde el punto de vista doctrinario una acción revocatoria limitada a la eficacia del acto; y no una acción de “nulidad” que afecte su validez, puesto que sólo produce efecto con relación a la masa.

El acto revocado continúa perfectamente legal y válido entre las partes y erga omnes. En consecuencia, únicamente la masa puede invocar tal derecho y ejercitar esta acción¹⁹.

Si el fallido no es un incapaz después de la sentencia de quiebra, a fortiori, tampoco lo es antes de dicha sentencia, de manera que la revocación del acto con relación a la masa resulta suficiente, a los fines del proceso concursal.

La revocación consiste en la privación de los efectos del acto con relación a la masa que es precisamente lo que a esta interesa. El acto puede continuar siendo válido entre las partes y mantener su eficacia para todo otro respecto.

En consecuencia, el llamado principio de la relatividad de la revocación se enuncia diciendo que la ineficacia del acto queda solo limitada a determinados sujetos: Los acreedores reunidos colectivamente en el proceso concursal; permaneciendo plenamente válido entre las partes otorgantes.

Las dificultades de aplicación práctica de este principio no menoscaban su rigor, de modo que rige igualmente en los casos en que no sea posible el restablecimiento de la situación “quo ante”, o en que los efectos producidos hayan determinado la formación de situaciones irremediablemente adquiridas, o en que tratándose de contratos onerosos, no sea posible equilibrar la rotura del sinalagma con igual consideración de los intereses contrapuestos²⁰.

V. Oportunidad de celebración de los actos objeto de revocación

Es importante tener en cuenta la delimitación cronológica de esta temática, para descubrir que no cualquier acto del fallido resulta vulnerable con relación a la masa, sino solamente los ejecutados dentro del período de sospecha.

Los actos del deudor posteriores a la sentencia declarativa de la quiebra, carecen de todo valor con relación a la masa, y a las partes sin necesidad de que medie un pronunciamiento judicial de revocación o nuli-

19 Conf. Raimundo Fernández, Ob. cit, pág. 939.

20 Conf. Renzo Provinciali, Tratado de Derecho de Quiebra, Vol. II, p. 198.

dad, y ello en razón de que las leyes así lo determinan en forma expresa y categórica (arts. 111, 113 y concordantes ley 19551). Es uno de los efectos del despoeramiento que entraña para el deudor la pérdida del derecho de disponer de sus bienes o comprometerlos por obligaciones posteriores ²¹.

Los actos realizados por el deudor fallido con anterioridad al período de sospecha sólo son cuestionables por vía de acción pauliana o acción de nulidad, siempre que se den los requisitos necesarios para su procedencia.

VI. Gravitación del carácter publicístico del proceso concursal

A riesgo de soportar la crítica de superfetación principista, es, por último, conveniente recordar que todas las hipótesis de ineficacia dan pie para articulaciones accesorias con relación al proceso concursal y que —por aquello de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal— la normativa reguladora se encuentra signada por el carácter de orden público de todas sus disposiciones.

Cada uno de los artículos de la ley 19551 perdería su razón de ser y la ley sus fundamentos, si sus previsiones fuesen interpretadas apuntando al único resultado de conseguir la satisfacción monetaria de los acreedores ²².

²¹ Conf. Fernández Raymundo L., Ob. cit., pág. 923

²² Véase O.N. Com., Sala B, mayo 15-1075, Cardiman S.R.L. Quiebra, con comentario de José L. García Caffaro, Diario L.L. del 2 Dic. 1975 (tomo 1975-D).