

El nuevo dolo y la ley concursal

Por Héctor Osvaldo Chomer¹

Publicación: www.nuevocodigocivil.com

La ley concursal tiene por lo menos dos importantes remisiones al concepto de dolo. Una la efectuada por el art. 37, segundo párrafo y otra la del art. 173.

Es allí, pues, donde impacta el nuevo concepto de dolo provisto por el nuevo Código Civil y Comercial Unificado, porque el artículo 1724 prevé como factor subjetivo de atribución de responsabilidad, hasta la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos por la cual se provoque un daño.

El indiferente es aquél al que nada le importa o todo le da lo mismo y el negligente es al que le falta aplicación suficiente. O sea que al indiferente le falta interés y al negligente le faltan ganas de hacer algo. Para nuestro caso serán indiferentes las acepciones y su uso indistinto.

Porque el dolo o, por mejor decir, la negligente, indiferente y hasta displicente actitud de quien hubiera permitido indebidamente la identificación de un sujeto como acreedor o la inclusión de un crédito en el pasivo, cuando en puridad y regularmente ello no hubiera procedido, provocará el apartamiento de la cosa juzgada y consecuente exclusión del monto del crédito y de los derechos de ese acreedor (por el daño concursal que supuso la exageración indebida del pasivo).

¹ Juez Nacional. Profesor Titular Regular UBA. Profesor Titular UMSA y UCSE.

Véase la amplitud de la nueva figura y delineación del concepto de dolo que roza a lo que antaño se identificaba como culpa grave. Y esa nueva y amplia definición hace que el artículo 173 de la ley concursal cobre renovada fuerza, pues lo que otrora parecía una negligencia excusable, hoy a la luz de la nueva normativa unificatoria, podría importar la configuración de alguna de las conductas tipificadas en dicha regla.

Aún antes de la sanción del nuevo Código había advertido que, en el esquema de la ley falimentaria, *“... será extremadamente dificultoso probar el dolo, que, en general, será establecido por indicios concordantes, mas si se perciben graves deficiencias formales y funcionales, por ejemplo, la falta de llevar libros y otra documentación que permitiese reconstruir la actividad empresarial y la falta de activo (rectius: la indebida aplicación del patrimonio societario), será necesario concluir en el sentido de que existió falta de diligencia del administrador (por caso el presidente de una sociedad anónima), en el cumplimiento de su deber funcional (LSC: 59)... porque es inaceptable que el presidente de una sociedad mercantil consintiese que no se llevaran adecuadamente libros que luego permitiesen reconstruir la actividad societaria, pero es mucho más grave aún que haya consentido la anárquica administración que lleva a la dilapidación del patrimonio social (el caso tan común de la inexistencia de bienes)...Pero, a nuestro juicio, no sólo esto es reprochable sino que el reconocimiento de hallarse en cesación de pagos en una fecha muy anterior al decreto de quiebra y el haber permitido la desaparición irregular de los bienes de la sociedad, acaso, distribuidos selectivamente entre algunos de sus acreedores, importa una actuación efectuada a sabiendas y con indisimulable intención de perjudicar a los acreedores que no fueron pagados, agravando, de tal*

*modo, la insolvencia de la sociedad que se administraba... Es por ello que, con abstracción de artilugios o encendidas defensas estratégicas, es ineludible concluir que algunas faltas societarias, en la medida de que el administrador no puede desconocer sus obligaciones y ha de prefigurarse el daño consiguiente de su inacción o acción contraria a la legislación societaria, han de ser incluídas en el catálogo de la ley, esto es: consideradas necesariamente como dolosas....”.*²

En el caso del art. 37 la cuestión no es sencilla porque determinar cuál momento es el que despeja la cosa juzgada verificatoria, no es simple³. Pareciera que en la revisión por dolo sólo podrían invocarse hechos o basarse en antecedentes no conocidos por el revisante al momento de transitar el período tempestivo de insinuación, pues sino debiera habérselo invocado en ese tiempo. En suma, sólo debieran aceptarse como base de la atribución de dolo a aspectos sobrevinientemente conocidos a la etapa tempestiva de insinuación.

Y ese solo podrá consistir muy ampliamente en cualquier desatención, negligencia o displicencia atribuida al deudor, al síndico, a un cómplice o a yerro jurisdiccional, en la medida de que tal actitud u omisión haya llevado al reconocimiento viciado.

En cuanto a la atribución de responsabilidad prevista en el art. 173, la amplitud de consecuencias (producido, facilitado, permitido, agravado o

² Chomer-Sícoli: *Ley de Concursos y quiebras, 24522 y sus modificatorias. 2da edición actualizada y ampliada. Pág. 290 y stes. Ed La Ley, Bs As 2012).*

³ Chomer, H. O, “La revisión por dolo no es herramienta para superar yerros ni olvidos”. *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, pág. 89, Año II, Nro 3, Nov. 2011.

exagerado), determinan que el abanico de posibles actos u omisiones condenables se mucho más extendido. Es más, pareciera que lo que antaño considerábamos culpa grave (la violación de los deberes del buen hombre de negocios, LS 59), ahora aparece comprendida en el nuevo dolo, retrotrayéndonos a la época anterior a la sanción de la ley 24,522.

Y, abstracción hecha de las denominaciones, la consecuencia de aquello es venturosa, porque ahora en el marco sancionable del art. 173, quedarán comprendidas conductas reprochables (pérdida, destrucción u omisión de llevar libros, dilapidación de bienes, etc.), que luego de agosto de 1995 y hasta agosto de 2015, no tenían sanción.

En ambos casos, parece que el nuevo concepto más amplio de dolo atraparé conductas identificadas como inaceptables por muchos y que eran reprochadas socialmente.

Veremos si los jueces interpretan lo que la comunidad y la unificación los autoriza a decidir en pos de evitar la desaprensión por los intereses ajenos y así construir una mejor y más leal y profesional actividad mercantil.