--- TRELEW, de setiembre del año dos mil diez.----------

--- **VISTO**:----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 184 contra la providencia de fs. 181, segundo párrafo, concedido a fs. 185, fundado que fuera mediante memorial de fs. 188/ 189vta., corrido traslado del mismo a fs. 192 no es contestado.----------

--- **Y CONSIDERANDO:** ----------

--- I. El juez de grado, en respuesta al pedido de anulación de todos los actos procesales posteriores a la publicación de edictos realizados sin la intervención del síndico en la presente causa, resuelve rechazar in límine el planteo de nulidad toda vez que la accionada tenía pleno conocimiento de su situación concursal, conforme informó a fs. 35vta., con motivo de avisar acerca de la radicación del Libro Especial del art. 52 de la L.C.T., y la actora continuó el proceso en sede laboral conforme lo habilita la norma concursal no habiéndose vulnerado el derecho de defensa en juicio. Sostiene que la ley 24522 no prevé la nulidad por falta de citación del síndico, y que de así entenderlo significa retrotraer la causa a su fase inicial, configurándose un perjuicio jurisdiccional innecesario. Por lo que habiendo la accionante convalidado la tramitación del juicio a sabiendas de que se había omitido citar al Síndico de su concurso, no puede contrariando sus propios actos solicitar la nulidad del mismo.----------

--- II.- A fs.188/189vta. al expresar agravios la apelante destaca que el juez de grado reconoció que no se dio intervención al síndico. Sostiene que en dicha oportunidad señaló que la Ley 24522 no prevé la nulidad por falta de citación del Síndico, ignorando el texto legal. Aduce que esta Alzada se ha expedido al respecto transcribiendo parte del texto del pronunciamiento dictado en autos “B. d. C. S.A. c/ C., E. L. s/ Ejecución Hipotecaria” (Expte. 47/1997) s/ reconstrucción (Expte. 135 – Año 2006). En dicho precedente se citan pronunciamientos dictados por ambas Salas de este Cuerpo que establecen el criterio por el cual señalan que el síndico es parte necesaria en aquellos juicios de contenido patrimonial contra el concursado que se encuentran excluidos del fuero de atracción –los que tramitan ante el juzgado de origen- y que la falta de su intervención con posterioridad a la última publicación de edictos, es un vicio que debe sancionarse con la nulidad, toda vez que si bien el art. 21 no establece las consecuencias de su falta de intervención se concluye que se trata de una nulidad de carácter implícito ya que no es necesario que esté expresada en la ley, ya que se trata de una nulidad sustancial pues está dispuesta por la norma de fondo.------- Añade, que el juez a quo ignora que el proceso concursal tiene un rito y que el art. 278 de la Ley 24522 prevé la aplicación de las normas procesales locales sólo en cuanto no esté expresamente dispuesto por la ley. Puntualiza que la ley concursal no impone en ese aspecto absolutamente ninguna obligación a cargo del concursado a excepción de las que ella manda, y dado el trámite procesal realizado puede suponerse “erga omnes” que las cumplió.---------- III.- Conforme ha expresado agravios la apelante, cabe señalar que la teoría de las

nulidades del acto jurídico es de carácter general a todo el ordenamiento jurídico. Pero dejando a salvo ciertas nociones esenciales y comunes, las soluciones tienen vida autónoma y son específicas a cada rama del derecho.----------

--- En tal contexto las nulidades procesales no se rigen por los principios propios del Derecho Privado pues los conceptos no son equivalentes y difieren en cuanto a sus efectos. Así es que, mientras en el ámbito civil los actos afectados de nulidad absoluta no producen ningún efecto, ésta puede ser declarada de oficio y no admite confirmación, en el Derecho Procesal producen sus efectos mientras la nulidad no sea declarada, y pueden ser confirmados expresa o tácitamente por la parte a quien afecta, si ésta no reclama en tiempo su reparación.----------

--- Y es bajo la órbita de la normativa que regula las nulidades de los actos procesales que el juez de grado resuelve el planteo de nulidad de la concursada, con fundamento en el principio de convalidación ante la conducta pasiva de la demandada-concursada que no denunció en autos la declaración de apertura del concurso, sino que lo mencionó tangencialmente, no obstante no requirió la intervención del síndico.----------

--- Sin embargo la nulidad planteada exhibe características que exceden el ámbito procesal para introducirse en el ámbito de las nulidades regidas por el derecho sustancial. En efecto el art. 21 de la LCQ establece una formalidad de carácter sustancial cual es la participación necesaria del síndico y como todas las normas integrantes de dicho cuerpo legal es de orden público.----------

--- Esta circunstancia admite que este tipo de nulidad sea declarada de oficio, a diferencia de las nulidades procesales que aún cuando otorgan esta prerrogativa al juzgador lo condicionan a que el acto no haya sido consentido (art. 174 primer párrafo Anexo “A” Ley XIII, Nro. 5, antes art. 172, primer párrafo C.P.C.C.). La declaración de nulidad de oficio está admitida en el art. 1047 del Código Civil, y debe reunir dos requisitos para su procedencia, que el acto sea de nulidad absoluta porque afecta el interés general, y que la nulidad sea manifiesta, es decir debe surgir directamente del instrumento que comprueba el otorgamiento del acto, como ocurre cuando el acto no cumple con la forma exclusivamente ordenada por la ley (Conf. Belluscio, Augusto César “Declaración de oficio de la nulidad” ED 95-785).----------

--- Si bien la Ley de Concursos no consagra expresamente la nulidad de las actuaciones ante la falta de intervención del síndico, ello no es óbice para su declaración a tenor de la disposición del art. 1037 del C. C., que admite que pueda resultar tácitamente de una prohibición legal incumplida o de una condición que la ley exige. De modo que, cuando estamos ante un supuesto de vicio manifiesto, comprobado el mismo el juez se limitará a declarar su existencia y por ende a invalidar el acto. Así es que en todos los casos en que baste una mera comprobación del vicio podemos decir que la solución al problema la tenemos a priori y no existirá ninguna

duda respecto de cual será la decisión del juzgador. (Conf. Revista Jurídica de San Isidro - Doctrina “El art. 1051 del Código Civil, la clasificación de la nulidades y la protección a la buena fe”, Ed. Astrea, Enero-Diciembre 1979-1980, pág. 15)(S.I.L. 053/10).----------

--- En este orden de ideas, es irrelevante la actividad desarrollada por la concursada con antelación al planteo de nulidad articulado de la cual pueda derivarse la aplicación de la doctrina de los actos propios, cuando el juez verificada la existencia del vicio, de oficio puede y debe proceder a la declaración de nulidad, en razón del carácter manifiesto de la misma.----------

--- Por otra parte, la participación de la concursada en el proceso no importa consentimiento alguno que habilite el trámite de la causa sin participación del síndico, pues la ley de concursos no le otorga esa atribución, a la vez que le concede al síndico participación necesaria, de modo que si este último no participó del proceso se vio afectado su derecho de defensa en la medida que no fue oído.----------

--- Que habiendo sido consultadas las publicaciones del Boletín Oficial, la declaración de apertura del concurso de la Sra. E. L. C. fue publicada desde el 26 de diciembre del 2006 al 02 de enero del 2007, de modo que corresponde declarar la nulidad de todas las actuaciones realizadas con posterioridad a la última de las fechas citadas que fueron realizadas sin la intervención del síndico, esto es a partir de la providencia de fs. 39 por la cual se abre la causa prueba sin previa intervención del síndico designado en el concurso de la demandada. Esta publicación tiene por finalidad notificar a todos los acreedores de la apertura del concurso para que tengan ocasión de hacer valer sus créditos ante el juez del concurso, o procedan del modo que establece la ley para cada tipo de acreedor, teniendo en cuenta los efectos que aquélla produce sobre la futura administración del concursado. Y es tal la importancia que le brinda la ley concursal que su falta de publicación en plazo legal se sanciona con el desistimiento del pedido de concurso (art. 30 LCQ). Así es que siendo esta la vía para anoticiar a los acreedores de la declaración de apertura del concurso preventivo de la demandada, ninguna responsabilidad cabe sobre esta última, en relación al anoticiamiento en cada uno de los procesos en los que es demandada.---------- Es que la manifestación del vicio no quiere decir que resulte del título mismo, del instrumento material que contiene el negocio o asunto sino que más bien significa que aparece manifiesto para el juzgador con objetividad, y sin que sea menester de su parte valoración de hechos, es decir el juez se limitará a un mero control de legalidad y subsumirá el caso concreto en la prohibición legal. (Conf. C. 4ta.Civ. Circ. 1ra. Mendoza, 26/5/1995, “Vallejo de Disparte, Beatriz v. Samuel Vallejos”, el Dial clave MC221C, cit. por Marcelo J. López Mesa “Código Civil y Leyes Complementarias anotados con jurisprudencia, Ed. Lexis Nexis, Tomo II, pág. 285).----------

--- Ello así porque conforme autorizada doctrina la finalidad de darle participación al síndico en el proceso es para supervisar las actuaciones procesales del concursado, y

si en el cumplimiento de esa actividad el síndico nota que el deudor, a través de su actuación procesal intenta realizar o realiza actos prohibidos en perjuicio de los acreedores, podrá solicitar al juez del concurso que separe al concursado de la administración de su patrimonio (arg. arts. 16 y 17 LCQ.). Su falta de participación constituye un vicio de tal gravedad que atenta contra el orden público, lo que impide su convalidación, y justifica la intervención del poder jurisdiccional.----------

--- Cabe apuntar que en este mismo sentido, se han expedido las Salas que integran este Cuerpo, conforme lo expresara el apelante, señalando que la participación necesaria del síndico en juicios como el que aquí nos ocupa constituye una exigencia legal y su incumplimiento no puede sino conducir inexorablemente a la nulidad de las actuaciones cumplidas sin dicha intervención sindical, destacándose especialmente que el síndico actúa en interés de la ley es decir en resguardo del interés público. (SDC Nro. 029/09, Sala A). Por su parte esta Sala en SDC Nro. 31/09 señaló con cita de Liliana T. Negre de Alonso, (“Reformas a la ley de concursos Ley 26086”, Rubinzal Culzoni Editores, 2006, págs. 158/159 y 160 respectivamente) que el síndico no es representante del deudor ni de los acreedores, la competencia del síndico es originaria, sus poderes son originarios, los recibe de la ley no de un sujeto del proceso para concluir que la falta de intervención del síndico con posterioridad a la última publicación de edictos es un vicio que debe sancionarse con la nulidad.----------

--- Por lo expuesto, habiéndose iniciado el proceso con posterioridad a la última publicación de edictos en el Boletín Oficial de la apertura del concurso preventivo de la demandada, habiendo tramitado la totalidad del proceso sin intervención del síndico del concurso, corresponde revocar el decisorio de fs. 181, segundo párrafo en todas sus partes y declarar la nulidad de la totalidad de las actuaciones a partir de fs. 39.----------

--- **Disidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero**.----------

--- Constituye el meollo del planteo determinar si las actuaciones desarrolladas en el anterior grado, en ausencia de la “necesaria” participación del síndico concursal configura un vicio sustancial de entidad y naturaleza tal que implique sin más la nulidad de todo lo actuado.----------

--- Y, a tal efecto, he de remitirme a lo sostenido en mi voto formulado en la sentencia definitiva dictada en autos caratulados: “I. S. d H. c/ I. S.R.L s/ Cobro de Pesos” (Expte. 279 - Año 2008 CANE) oportunidad en la cual sostuve, que lo trascendente para ello se remite a precisar la naturaleza que cabe otorgar a la intervención del síndico concursal y, a partir de lo que se concluya, definir los efectos derivados de su falta de participación. Esto es, si cabe categorizarla como una especie de litisconsorcio facultativo o voluntario; necesario; o bien, si se trata de aquellos denominados cuasi-voluntario o cuasi-necesario. Luego, si la consecuencia será la nulidad pregonada o si, en el marco de la teoría general y más abarcativa de las ineficacias, la consecuencia

más apropiada sería quizás la inoponibilidad del fallo impugnado respecto al proceso concursal de la demandada.---------- Y, a tal efecto, imperioso resultará comenzar por el propio texto literal de la norma implicada en el asunto que reza lo siguiente, a saber: "…El síndico será parte necesaria en tales juicios…"(sic)(conf. Art. 21, inc. 2° de la ley 24.522, texto según art. 4° de la Ley 26.086).----------

En dicha oportunidad señalé, que en tales términos primariamente encuentro claro e indisputable que aquello que la norma manda es la constitución "necesaria" del polo pasivo titularizado con la demandada ya concursada con el síndico de dicho proceso colectivo lo cual, según el Diccionario de la Real Academia Española indica aquello que es forzoso o bien, lo opuesto a lo voluntario o espontáneo (ver las distintas significaciones o acepciones de necesario, ria. (Del lat. necessarĭus).1. adj. Que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder.2. adj. Que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo.3. adj. Se dice de las causas que obran sin libertad y por determinación de su naturaleza.4. adj. Que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin.5. adj. Der. En el derecho antiguo, se decía del heredero obligado a aceptar la herencia, y especialmente cuando era esclavo o siervo del testador.6. f. letrina (‖ retrete).7. adv. m. ant. Por necesidad, necesariamente.).----------

--- Lo que se viene exponiendo pone en el tapete en definitiva si es "disponible" tal intervención del síndico, sea por cualquiera de las partes involucradas en el pleito o, inclusive, por el propio juzgador de grado.----------

--- Y tal como puede advertirse se viene perfilando ya en mi voto que mi respuesta es clara y delimitada en sentido negativo. Es que derechamente soy de la opinión que la intervención dispuesta con carácter imperativo (recuérdese "…El síndico será parte necesaria…") importa establecer un litisconsorcio necesario de fuente legal, aún cuando no soslayo que de naturaleza particular, merced a que no es necesariamente originario sino derivado de la situación jurídica nacida a propósito de la apertura del concurso preventivo de la parte demandada posterior al inicio de la acción individual, como sucediera en el supuesto de autos. Ello significa, como es sabido, que no será posible emitir un pronunciamiento válido o eficaz -o útil en terminología del Código del rito- sin que se haya integrado la estructura subjetiva del proceso correctamente (Conf. vide: Art. 90, Anexo "A", Ley XIII, Nro. 5, antes art. 89 del C.P.C.C.).----------

--- Preciso que me eximo de ingresar siquiera al análisis de cómo o con qué amplitud cabe reconocer que actúe el síndico en el proceso de conocimiento excluido del fuero de atracción que continúa tramitando por ante el tribunal de su radicación de origen, por cuanto es palmario que tal disquisición lejos se encuentra de constituir una cuestión a elucidar en la especie desde que en el supuesto bajo análisis lisa y llanamente no participó tal como lo establece la Ley de concursos, con carácter de parte necesaria. Solo indicaré que la alusión a la calidad de "parte" provee de un hilo conductor a la

indagación de cuál es la respuesta que correspondería dar a dichos posibles interrogantes relativos a cómo y qué puede actuar dentro del proceso excluido del fuero de atracción concursal puesto que ello no es ni más ni menos que el ejercicio de su legitimación legal a los fines contemplados por el legislador al sancionar el texto normativo aludido (Ver: Negre de Alonso, Liliana T., en “Reformas a la Ley de Concursos –Ley 26.086-”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2006, págs. 157/158).----------

--- En cuanto a la supuesta convalidación por preclusión en el marco de lo previsto por el art. 172, Anexo “A”, Ley XIII, Nro. 5 (antes art. 170 del C.P.C.C.), es de ver que el vicio resultante de la omisión de la participación necesaria del síndico, es de aquellos que pueden ser calificados de sustanciales e insubsanables en tanto se encuentra interesado el orden público concursal. Ello de por sí descarta que pudiera predicarse alguna convalidación por vía de la preclusión denunciada con fundamento en la citada norma procesal.----------

--- Lo dirimente es qué eficacia cabe reconocer a un proceso en el que se dictó un pronunciamiento jurisdiccional de condena en contra de la concursada. Y en este punto quiero dejar a salvo mi opinión en cuanto, ciertamente, prefiero y me inclino por el camino argumental por el cual se arriba a la conclusión que, propiamente, el efecto jurídico correcto atribuible a la omisión de integrar la litis con el síndico es el de la inoponibilidad de la sentencia al proceso concursal. Ello implicaría que no se cuenta propiamente con un título –sentencia- que sirva de presupuesto de fundabilidad del pedido de incorporación al pasivo concursal, en la forma y en los plazos previstos en el art. 56 de la L.C.Q. (según texto del art. 5° de la ley 26.086).----------

--- Es que, cuando se pide la verificación de créditos no se ejerce un derecho de crédito frente al deudor sino el derecho a concurrir frente a la masa de acreedores sobre el activo o patrimonio del deudor como prenda común, y la verificación, dado el carácter público del proceso concursal, tiene un valor distinto del simple ejercicio de una acción judicial. Así, por caso, Mafia nos dice que en el concurso no se juegan sólo los intereses de cada acreedor y su deudor, enfatizando la característica del control recíproco que tienen los acreedores entre sí, fundamento este para excluir el valor de la sentencia dictada en otro juicio. El acreedor no puede pedir verificación con apoyo en la sentencia sino que deberá explicar la causa de su crédito. Remarca que la cosa juzgada de un juicio entre acreedor y deudor no es trasladable al concurso, por no ser sucesor, ni particular ni universal del vencido en aquellas actuaciones. Agrega dicho prestigioso autor que los procesos valen por las constancias producidas en ellos, en tanto el magistrado del concurso las juzgue útiles para formar su criterio, pero, insiste, la sentencia no gravita por sí. Esto es, ahora también la sentencia emitida por un tribunal distinto al que conoce en el proceso concursal de por sí no sirve más que como título verificatorio (conf. art. 56 de la L.C.Q. vigente) en tanto no exime que las acciones

individuales, aún con un pronunciamiento jurisdiccional favorable, trasmuten en pedido de verificación conforme a las normas pertinentes de la Ley de Concursos.---------- Es en este orden de ideas que, a mi entender, resulta técnicamente más apropiado hablar de inoponibilidad -o si se quiere de ineficacia funcional u operativa genérica- respecto al concurso de la Sra. E. L. C. Esto es, la inoponibilidad del pronunciamiento respecto al concurso lo es en cuanto que es resultado de un proceso plenario en el que omitiera integrar debidamente la litis con la participación de un litisconsorte necesario: el síndico concursal. Es que, bien se señala que la participación necesaria atribuida al síndico concursal en los procesos de contenido patrimonial en trámite excluidos del fuero de atracción, lo es como órgano del concurso –en tanto que no es contradictor ni del deudor ni del acreedor en el proceso de conocimiento- y tiene como fin controlar, verificar su desarrollo y denunciar, en su caso, sus irregularidades, advirtiendo la aplicación de la normativa concursal cuando corresponda. Esto es, su intervención se trata ni más ni menos que de asegurar los fines de la ley de concursos en vías de proteger el interés público interesado en el proceso colectivo y universal de innegable trascendencia económica y social. La omisión de citarlo a estar a derecho en el proceso, sea que fuera deliberada o inadvertida por las partes y el juzgador del anterior grado, proyecta como consecuencia no la invalidez del acto procesal decisorio sino su ineficacia respecto de aquel o aquellos que debiendo integrar la litis no lo hicieron.---------- Y si bien, insisto, no opera con eficacia de cosa juzgada el pronunciamiento de marras sino solo de presupuesto de fundabilidad o título de pedir la incorporación al pasivo concursal en los términos previstos por el art. 56 de la L.C.Q., la consecuencia de la omisión de un presupuesto sustancial exigido por este cuerpo normativo, cual es la participación necesaria del síndico concursal en resguardo del interés de la Ley, torna ineficaz por inoponible el pronunciamiento de tal manera obtenido (Ver: Cámara, Héctor, en “El concurso preventivo y la quiebra”, actualizado bajo la dirección de Ernesto E. Martorell, Ed. LexisNexis, año 2007, T. IV, págs. 14/15; invito a revisar los lúcidos interrogantes que antes de la reforma se planteaban E. Daniel Truffat, en “Procedimientos de admisión al pasivo concursal”, Ed. Ad-Hoc, año 2000, págs. 154/155; idem. Mafia, Osvaldo J., en “La verificación de créditos en la nueva ley de concursos”, Ed. Depalma, 3ra. ed., año 1996, págs. 59/61, n° 10).---------- Y, para concluir en el modo en que vengo propiciando no desatiendo las diferencias que existen entre las categorías implicadas, nulidad o inoponibilidad, en tanto que, entre otras, la primera hace caer la validez del acto –sentencia- erga omnes, en tanto que la segunda lo deja subsistir en la medida de lo posible y respeta los efectos que produce Inter partes poniendo a los terceros al abrigo de lo que puede perjudicarlos (Conf. Martínez Ruiz, Roberto, “Distinción entre acto nulo y acto inoponible”, en J.A., T. 1943-IV-335/339; ver también: Zannoni, Eduardo A., en “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, Ed. Astrea, 1ra. reimpresión, año1996, págs.125 y sgtes., & 2; id. Alterini, Jorge H., Corna,

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

Pablo M., Angelani, Elsa B., y Vazquez, Gabriela A., en “Teoría General de las ineficacias”, Ed. La Ley, págs. 17 y sgtes., en especial las págs. 23/25).----- Ello así, me veo obligado a dejar planteada mi disidencia en tanto la misma no es de tenor pseudo académica. Y, tampoco inadvierto que su conclusión se encuentra apoyada preferentemente en citas de autoridad de destacada doctrina especializada en el tópico (Conf. ver cita doctrinal en, “Código de Comercio, comentado y anotado, Adolfo A. N. Roullion, Director, Daniel F. Alonso, coordinador, Ed. La Ley, T. IV-A, pág. 320, n° 14, nota n° 20). Empero, no es factible que acompañe con mi voto su propuesta de resolución por las razones expresadas “supra”.----------

Por todo lo expuesto, entonces, propongo la desestimación del planteo nulificante efectuado.----------

---En su mérito la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, ----------

--- **RESUELVE:** ----------

--- I. Revocar el decisorio de fs. 181, 2do.párrafo.----------

--- II. Declarar la nulidad de la totalidad de las actuaciones a partir de fs. 39.----------

--- III. Sin costas, por tratarse de una resolución dictada de oficio (art. 68 C.P.C.C. y su doctr.).----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

EN DISIDENCIA

REGISTRADA BAJO EL NUMERO 054 DEL 2010.- SIL. CONSTE.-

cg

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA