

El concurso de las empresas *fintech*. Algunas pautas a ponderar frente a la verificación de créditos nacidos en entornos digitales

por MARÍA INDIANA MICELLI

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. — II. LA VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS NACIDOS EN ENTORNOS VIRTUALES. — III. ALGUNAS PAUTAS PARA LA PONDERACIÓN DE LA PRUEBA DEL “PASIVO DIGITAL”. — IV. LA LABOR DE LA SINDICATURA Y EL ROL DEL JUEZ CONCURSAL. — V. COROLARIO.

I. Introducción

Una de las temáticas siempre vigentes en nuestro derecho procesal concursal es la verificación de créditos, dada la relevancia que adquiere la determinación del pasivo, tanto para el concursado como para los pretensos acreedores.

Son múltiples las problemáticas que desde antaño se presentan en torno al tema, como ser, la verificación de los títulos valores abstractos o de sentencias recaídas en juicios ejecutivos, la insinuación de créditos fiscales, la morigeración de intereses, la prescripción abreviada concursal y el ingreso de las sentencias dictadas en juicios desconcentrados, entre tantos otros. Muchas de estas problemáticas ya cuentan con criterios jurisprudenciales sentados y opiniones doctrinarias concordantes.

A la par, en los últimos tiempos se observan nuevas situaciones a analizar y resolver frente a la irrupción de las formas de contratación digital, que requieren nuevas miradas de los operadores jurídicos en aras de dar respuestas jurídicas acordes a su dinámica, donde la solución a proponer desborda las instituciones tradicionales.

Un claro ejemplo de ello se da en los concursos de las empresas *fintech* que proveen servicios financieros mediante el uso de las tecnologías informáticas. Estas empresas desenvuelven toda su actividad en entornos virtuales, lo que nos llama a repensar nuestras históricas reglas y reformular criterios jurisprudenciales sentados casi un siglo atrás, tal como se presenta en la etapa de verificación de créditos.

Estas nuevas formas de contratación colocan a los ahorristas devenidos en acreedores en un intrincado problema probatorio al momento de insinuar sus créditos. Ello al no contar con una documental respaldatoria “suficiente” para

acreditar tanto la existencia como la cuantificación de su crédito. Situación similar se presenta ante la verificación de los préstamos bancarios contratados *on line* a través de la plataforma del *homebanking*, generándose un problema probatorio para el banco acreedor.

Por ello, veremos algunas pautas a ponderar en estos particulares casos.

II. La verificación de créditos nacidos en entornos virtuales

El procedimiento de verificación de créditos tiene como finalidad el reconocimiento de la legitimidad, extensión y graduación de los créditos de los pretensos acreedores en el concurso y la quiebra. La etapa informativa del proceso concursal, por sus consecuencias, se erige así como una instancia definitoria para todos los involucrados, concursado y acreedores. En esta tarea contamos, desde antaño, con el sistema de reglas procesales concursales, con los lineamientos jurisprudenciales y los criterios desarrollados por la doctrina, que determinan las pautas a seguir frente las numerosas aristas problemáticas que suelen presentarse en esta instancia.

El tema es que frente a los concursos de las empresas *fintech*, tal como se ha presentado recientemente con el concurso de “Wenance”, dichos criterios verificatorios se presentan insuficientes o inadecuados a esta nueva realidad negocial, surgiendo una serie de interrogantes a resolver: ¿cómo se concretarán los pedidos de verificación de créditos gestionados *on line*? ¿Qué registros podría compulsar la sindicatura para corroborar las distintas peticiones? En su caso, ¿qué valor probatorio tendrían? Desde la óptica procedimental, ¿cómo se desarrolla un trámite con una dispersión territorial tan marcada?

Lo cierto es que la actuación digital de estas entidades impone, como punto de partida, un replanteo estructural del diseño de las insinuaciones y la modalidad empleada para la recepción de pedidos de reconocimiento, como asimismo en la valoración de la documental aportada.

Tal como sucediera ya con las denominadas “verificaciones no presenciales” aplicadas en el concurso preventivo de la cerealera “Vicentín SA” durante la pandemia, la posibilidad de emplear el mismo medio usado para la gestión de los créditos resulta una variante valiosa. Por ello, en razón de todas estas circunstancias, entendemos que el marco más acorde en estos concursos para la insinuación de créditos es el digital, para lo cual contamos con la experiencia recababa en estos últimos años en que fuera aplicada por tribunales de todo el país. Ello a través los portales judiciales o de sitios web creados por la sindicatura, ya sea para grandes o pequeños concursos, durante y luego de la pandemia.

Sea cual fuera la vía elegida para la verificación de los créditos –presencial o digital–, al momento de dictaminar sobre estos créditos digitales se deberá ponderar su dinámica negocial y readecuar, por ende, algunos viejos criterios verificatorios, como analizaremos a continuación.

III. Algunas pautas para la ponderación de la prueba del “pasivo digital”

Entre las variadas problemáticas que se presentan en la verificación de créditos nacidos en entornos virtuales o “créditos digitales” está dada la prueba del crédito que pesa sobre el pretense acreedor, siendo que la operatoria de las empresas *fintech* se caracteriza por la inmaterialidad.

En la instancia de dictaminar y resolver sobre la existencia y legitimidad de estos créditos, como a su vez cuantificación y causa –sea por el síndico al momento de emitir su dictamen o del juez al dictar la resolución de verificación de créditos–, es dable considerar y valorar algunas particularidades que enmarcan estas vinculaciones contractuales entre el pretense acreedor y la concursada, como ser:

a) *Elementos de convicción aportados del negocio jurídico base del crédito insinuado*: se debe partir de la modalidad de contratación a partir de la cual se perfecciona el vínculo entre las partes, que se da absolutamente en

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El desistimiento del concurso preventivo en la ley 24.522*, por MIGUEL E. RUBÍN, ED, 165-1341; *Efectos de la nulidad del acuerdo preventivo*, por JORGE D. GRISPO, ED, 176-1016; *Régimen disciplinario de los síndicos concursales*, por MIGUEL E. RUBÍN, ED, 187-1368; *Las nuevas atribuciones del juez del concurso respecto del acuerdo preventivo según la ley 25.589. Un hito en la evolución del Derecho Concursal argentino*, por MIGUEL E. RUBÍN, ED, 198-964; *Los fraudes cometidos a través de los estados contables*, por RICARDO A. NISSEN, ED, 198-1073; *Los delitos de balance falso e informe falso en la ley de sociedades comerciales*, por SEBASTIÁN BALBÍN y AGUSTÍN CAROLINA, ED, 205-999; *Caso “Parmalat (S.P.A.)”: Los bancos deben responder por simulación dolosa de solvencia u ocultamiento del riesgo en la empresa en que se aconseja invertir*, por ERNESTO MARTORELL, ED, 223-897; *Acuerdo preventivo extrajudicial. Necesidad de revisión de la figura*, por ARMANDO STOLKINER, ED, 224-979; *Notas sobre hechos negativos en la acción de ineficacia concursal*, por CARLOS CULLARI, ED, 225-1071; *Europa y su visión actual de la quiebra*, por GASTÓN MONTAGNA, ED, 227-718; *Verificación en el concurso del condenado en costas*, por CARLOS EMILIO MORO, ED, 229-134; *La quiebra. Dualismo sancionatorio comercial y penal*, por GASTÓN MONTAGNA, ED, 233-974; *Del Manual del Defraudador Concursal y de la tecnología desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina para detectar y desactivar las trampas allí propuestas*, por MIGUEL E. RUBÍN, ED, 250-653; *¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino (primera parte)*, por MIGUEL E. RUBÍN, ED, 260-536; *La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un “orden cerrado” estable a un “orden poroso” inestable*, por DANIEL R. VITOLO, ED, 267-614; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿persona electrónica?*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Análisis crítico de los acuerdos preventivos extrajudiciales bajo la órbita de los principios concursales*, por ALEXIS MATÍAS MAREGA, ED, 290-671; *Saliendo de la caverna: la acción de simulación con pauliana en subsidio en el concurso preventivo*, por JAVIER ORTEGA, ED, 290-729; *Verificación de un crédito en moneda extranjera*, por ROBERTO A. MUGUILLIO, ED, 294-477; *Verificación de créditos y ejecución prendaria. Análisis de jurisprudencia*, por ALEXIS MATÍAS MAREGA, ED, 297; *Aspectos destacados de los “smart contracts”*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, número 1 - junio de 2021; *El Comité de Control y la participación de terceros en los concursos preventivos*, por ALEXIS MATÍAS MAREGA, ED, 291-700. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

entornos virtuales. Ello a partir del depósito del dinero, los movimientos que registran las cuentas comitentes, la posterior extracción del capital con sus réditos, todo se da en la plataforma digital. Por lo tanto, la documentación que puedan aportar estos acreedores para acreditar sus créditos no encontrará su sustento en un “soporte papel o cartular”, como acontece con cualquier otra contratación similar. Esto requiere un cambio de criterios de valoración de los documentos generados por medios electrónicos que el acreedor pueda aportar, partiendo de lo normado en el art. 288 del CCyC.

b) *Realidad negocial regida por usos y costumbres*: a lo ya mencionado se suma la propia realidad negocial que existe y que enarbola los derechos y obligaciones de ambas partes, según los usos y costumbres que surgen en la plaza. Es la costumbre entendida como conjunto de actos o conductas socialmente aceptados y que, por su reiteración o repetición en determinado ámbito, quedan validados como una forma de actuar legítima para responder a una necesidad jurídica. Es el ámbito de desarrollo de la vinculación contractual a través de formatos o plataformas digitales, que podría intitularse con el mote de “atípica”, siendo que presenta particularidades propias de ese proceder entre el oferente del negocio (deudor concursado) y los inversores, no comunes a otros negocios bursátiles, pero sí propios del amplio círculo conformado por quienes intervienen en él. Ello hace que sus reglas sean conocidas y aceptadas por todas las partes del mismo y, por tanto, jurídicamente vinculantes y generadoras de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles. Asimismo, en este punto cabe tener presente el diálogo de fuentes sentado en el art. 1 del CCyC, que dispone que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente. Es así una fuente de derecho a contemplar en estos casos.

c) *La valoración de la conducta procesal de las partes*: es sabido que el solicitante de verificación debe declarar y probar la causa de la obligación reclamada, conforme las circunstancias negociales del caso. Ante ello, parecería excesivo extremar los recaudos hasta el límite de exigir una prueba definitiva del negocio fundamental, siendo suficiente una justificación adecuada a las circunstancias que rodearon el otorgamiento del crédito insinuado en el entorno digital y si es que no existen circunstancias que permitan inferir la existencia de fraude entre las partes. A tal fin, se puede ponderar la conducta procesal de las partes, concursados y acreedores, como ser, la denuncia del crédito por el deudor en su presentación concursal o la conducta del pretensor acreedor ante la promoción del juicio individual para el cobro de su crédito o del pedido de quiebra del deudor, o bien las denuncias formuladas en sede penal, etc. La ponderación de las conductas procesales de los contradictores podrán dar cuenta si se está frente a un crédito ficticio e inexistente, o bien –en caso contrario– ante un crédito real y verificable.

d) *Inexistencia de concilium fraudis*: como correlato del punto anterior, desde la óptica en la cual se desarrolla esta operatoria, parece contrario a la lógica y el sentido común un eventual *concilium fraudis* de miles de acreedores que converjan maliciosamente en el proceso concursal para exigir un crédito del que no fueran titulares. En estos casos, entendemos que la balanza debe equilibrarse a favor de los pretensos acreedores; ante la duda no puede operar el *favor debitoris*. Ello sumado a que la realidad nos da cuenta de concursos con insolvencia fraudulenta que registran pasivos millonarios y ausencia de activos. Y en este contexto no podemos de dejar de tener presente lo complejo que resulta en numerosos casos el determinar la existencia de la acreencia, y especialmente su cuantificación, frente al eventual conflicto que se genere ante el desconocimiento del crédito que pueda hacer la concursada.

e) *Las cargas probatorias dinámicas*: en estas situaciones adquiere relevancia la observancia de la regla sentada en el art. 1735 del CCyC, ponderando en el caso cuál de

las partes se encuentra en mejor situación de aportarla. Esta regla es aplicable al procedimiento verificadorio y ya fue aplicada frente a entidades financieras, aseguradoras o entes fiscales, cuando concurren a insinuar sus acreencias. Y más aún, ponderando aquí que en estas contrataciones digitales, los ahorristas suelen encontrarse ante una orfandad probatoria de su crédito, causada por el escaso respaldo documental que acredita tanto su existencia como su monto.

Todas estas pautas y las que seguramente vayan surgiendo producto de la praxis deberán ser ponderadas al momento de dictaminar por el síndico y juez al resolver sobre los pedidos de insinuación de créditos nacidos en entornos digitales.

IV. La labor de la sindicatura y el rol del juez concursal

En esta instancia del procedimiento será relevante la tarea de la sindicatura. En la faceta inquisitiva que se manifiesta en esta etapa la sindicatura cuenta con amplias facultades de indagación y esclarecimiento de la realidad del caso, a tenor de lo dispuesto por el art. 33 de la LCQ. Es que la modalidad de giro de estas empresas concursadas impone un ajuste de las diligencias tradicionalmente empleadas. La compulsa de libros y la indagación sobre las registraciones contables que habitualmente despliega la sindicatura como profesional de las ciencias económicas deberán ser complementadas con la experticia de especialistas en materia informática.

El giro común de las *fintech* no solo es digital en su gestión, sino también en sus registraciones y en la generalidad de sus movimientos. De ahí que el control de su actividad y las pesquisas sindicales no solo deban apuntar a las registraciones tradicionales, sino también desplegarse en el acceso a los distintos repositorios electrónicos que hacen al quehacer cotidiano de este tipo de comerciantes.

Paralelamente, la información obtenida debe almacenarse de modo que se garantice su inalterabilidad a fin de ponerla a disposición del magistrado y la comunidad concursal. Esta labor requiere de una asistencia técnica que excede la norma de desempeño de una sindicatura ordinaria, lo que debería encontrar respuesta en la facultad de contratar profesionales para asistir su labor, todo lo cual no está previsto en la ley concursal pero que el juez –como director del proceso–, de acuerdo a las circunstancias del caso, podrá contemplar, a tenor de las facultades que le otorga el art. 274 de la LCQ.

V. Corolario

Ante los nuevos escenarios de contratación comercial digital, el derecho concursal es llamado a dar respuestas a la insolvencia de estos nuevos actores, donde deberán encontrarse soluciones acordes a la dinámica de estas nuevas prácticas comerciales. Frente a la insinuación de pasivos nacidos en entornos virtuales, se torna necesario readecuar las viejas reglas y criterios verificadorios sentados décadas atrás, aplicables a otros contextos, a fin de que el universo de acreedores que integran estos pasivos no queden excluidos ante la imposibilidad de acreditar “acabadamente” la existencia y legitimidad de sus acreencias.

VOCES: CONCURSOS - PROCESO CONCURSAL - EMPRESA - ECONOMÍA - COMERCIANTE - DAÑOS Y PERJUICIOS - COMERCIO E INDUSTRIA - DERECHO COMERCIAL - CONCURSO PREVENTIVO - PRECONCURSALIDAD - DERECHO COMPARADO - SOCIEDADES - SOCIEDADES COMERCIALES - PERSONAS JURÍDICAS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - OBLIGACIONES - SOCIEDAD ANÓNIMA - PAGO - PATRIMONIO - CONTRATOS INFORMÁTICOS - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS - OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO - LEGITIMACIÓN PROCESAL - MONEDA - PROCESO ORDINARIO