

**"EL PATRIMONIO PRENDA COMÚN DE LOS ACREEDORES Y SU REFLEJO EN LA LEY CONCURSAL"****Francisco JUNYENT BAS**

Abstract: Análisis crítico sobre la recepción del principio del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores por la ley concursal.

Palabras Claves: PATRIMONIO DEL FALLIDO – PRENDA COMÚN – PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO – CONCURSO – QUIEBRA

1. Bienes que constituyen la garantía.

La nueva compilación legal establece en el art. 743 que los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores haciendo realidad un principio que ya se encuentra implícito en la actual legislación, a tenor del art. 505 y ss. del Código Civil.

Va de suyo, que la norma aclara que el acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes en la medida que sea necesario para satisfacer sus créditos, y que todos los acreedores pueden ejecutar los bienes en forma igualitaria, en una referencia implícita a lo que en derecho concursal se denomina la "par condicio creditorum", salvo preferencia o privilegio legal.

2. Bienes excluidos de la garantía.

A su vez, el art. 744 excluye de la garantía a:

- a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor y su familia;
- b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor;
- c) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales;
- d) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente o a los hijos, en caso de homicidio;
- e) las indemnizaciones que correspondan al deudor por daño moral y material derivadas de lesiones psicofísicas;
- f) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado;
- g) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación;
- h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes.

La enumeración relacionada permite una serie de comentarios en orden a la evolución que debe entenderse con respecto a los muebles de uso indispensables para el deudor y su familia, y puntualmente, serán las circunstancias de tiempo, lugar y modo las que definan el alcance de la exclusión.

Así, hoy en día son inembargables los televisores, heladeras y lavarropas, cuando exista sólo uno de éstos, y siempre teniendo en cuenta la relación del hogar.

Un párrafo aparte lo merece el relativo a las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y material pues, en caso de concurso o quiebra, cabe preguntarse qué pasa con los daños que el deudor infringe a otros terceros del mismo carácter; éste es el conocido caso del "acreedor involuntario", que ha dado mucho que hablar en materia concursal.

Ahora bien, no cabe ninguna duda que también es relevante la exclusión de los bienes necesario para el ejercicio de la profesión, arte o oficio, pues aquí se introduce toda la problemática del "sobreendeudamiento del consumidor", que normalmente por no contar con bienes de capital y tratarse de una persona en relación de dependencia o un pequeño monotributista, requiere de estos elementos para el mantenimiento de una vida digna.

En consecuencia, esta problemática no ha recibido respuesta en la ley concursal, pese a que hoy en día se encuentran diversos proyectos en el Congreso de la Nación para tratar de regular dicha situación, sin perjuicio de lo cual, cabe afirmar que la insolvencia no puede ser nunca causal de despido, es decir, de la pérdida de la fuente de trabajo.

Además, se establece la prioridad del primer embargante, sosteniendo que el acreedor tiene derecho a cobrar su crédito con preferencia a otros acreedores, siempre que se trate de un proceso individual, y en el caso de varios embargos, el rango entre ellos se determinará por la fecha de la traba de la medida.

Por último, cabe dedicar un título especial al tema de la vivienda, que se encuentra reglada en la el art. 244 del proyecto.

### 3. La vivienda del deudor

#### 3. a. El esquema legal de la tutela

Desde esta perspectiva, el código tutela el acceso a la vivienda del deudor en el art. 244, aclarando que el inmueble es susceptible de afectación total o parcial sin excluir la protección concedida por otras disposiciones. Asimismo, la norma ordena que dicha afectación, ya sea total o parcial, debe ser inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble según las reglas locales.

Por otro lado, el citado artículo establece que no pueden afectarse más de un inmueble, y si alguien resulta ser el propietario de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno sólo en ese carácter, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

Va de suyo que el principal efecto de la afectación es la inejecutabilidad de la vivienda por deudas posteriores a su inscripción, salvo los supuestos expresamente pautados en el art. 249, en cuanto son obligaciones que afectan directamente al inmueble o se trate de obligaciones alimentarias del titular, a favor de sus hijos menores de edad.

Desde otro costado, la normativa también requiere la habitación efectiva de los beneficiarios para el mantenimiento de la afectación pues, entre las causales de desafectación y cancelación de la inscripción se habilita especialmente no solamente al constituyente, a los condóminos y a los herederos, sino a instancias de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este capítulo o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios.

En los fundamentos de la nueva regulación los autores reconocen que el derecho al acceso a la vivienda está reconocido en diversos tratados internacionales, y por ende, el régimen proyectado sustituye al del bien de familia que se deroga expresamente.

#### 3. b. Las principales modificaciones

En este sentido, la comisión reformadora del Código Civil y Comercial del año 2012, designada mediante decreto presidencial 191/2011, destaca que las modificaciones en materia de afectación de la vivienda personal son relevantes por los siguientes motivos:

a) se autoriza la constitución a favor del titular de dominio sin familia, atendiendo a la situación cada vez más frecuente de personas que viven solas, lo que constituye un aspecto sociológico que se ha incrementado notablemente en los últimos tiempos;

b) asimismo, se permite que la afectación pueda ser solicitada por los condóminos, aunque no sean parientes o cónyuges;

c) se habilita también que a petición de parte la atribución de la vivienda sea realizada por el juez teniendo en cuenta aspectos relativos a la relación familiar, como es el divorcio o la existencia de beneficiarios incapaces o con capacidad restringida;

d) se amplía la lista de beneficiarios y convivientes;

e) se prevé expresamente la subrogación real y permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación;

f) se regla especialmente el tema del deudor en quiebra disponiéndose en el art. 242 in fine que la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los deudores enumerados en el art. 249, es decir, aquellos anteriores a la afectación, como así también cuando se trate de obligaciones por expensas comunes, por impuestos, que graven directamente el inmueble, garantías reales siempre que hayan sido constituidas con la conformidad del cónyuge o del conviviente.

Así, los acreedores posteriores a la afectación del inmueble no pueden cobrar sus créditos sobre dicho bien, no sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización, aunque sea obtenido en subasta judicial en la quiebra.

En una palabra, el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente, se entrega al propietario.

#### 4. Caducidad de los plazos.

##### 4.1 La norma proyectada.

Desde otro costado, el nuevo código establece en el art. 353 que el obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o si no ha constituido las garantías prometidas, entre otros supuestos relevantes.

Por otra parte, el precepto citado dispone que la apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal.

En este sentido, corresponde recordar que el actual art. 572 establece que: "el deudor constituido en insolvencia y los que lo representan no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de las obligaciones".

Esta norma dio motivo a un debate sobre su ámbito de aplicación, es decir, si alcanzaba a la quiebra, o también al concurso, y la mayoría de la doctrina se pronunció por la vigencia en los dos tipos de procesos, con la excepción de una minoría que entendía que el concurso no suspendía los plazos.

El actual esquema de la compilación proyectada mantiene la ambivalencia pues, predica la caducidad de los plazos para la quiebra, y en el concurso se pronuncia por la negativa, pero manda a verificar a todos los acreedores por causa o título anterior.

En esta línea, hay que advertir que la suspensión de los intereses de las relaciones creditorias se fundamenta en la necesidad de determinar el pasivo que intervendrá en la negociación concordataria, por lo que, mandar a verificar implica también suspender los plazos pendientes.

Ahora bien, no cabe duda que la distinta textura del precepto conlleva todo un discernimiento en torno a las obligaciones que al estar pendientes se van a cumplir durante el concurso sin violar el régimen del art. 16, es decir, sin alterar la situación de los créditos por causa o título anterior, toda una temática que se hubiera solucionado disponiendo la suspensión tanto en el concurso como en la quiebra.

#### 4.2 Un primer interrogante: el alcance del art. 128 de la LCQ.

El primer interrogante que surge, resulta de repensar si la norma contenida en el art. 128 del estatuto falimentario no es un principio general propio de la concursabilidad, tal como acontece con los arts. 125, 130, 134, 145, 146 y 159.

En efecto, la ley concursal se ha desarrollado en forma “aluvional”, con motivo de las sucesivas reformas y resulta evidente que numerosos preceptos ubicados en la regulación de la quiebra también deben ser aplicados en el concurso preventivo para darle coherencia al sistema de recomposición patrimonial o eventual liquidación.

Es más, las diferencias existentes sólo se justifican en la diversidad de fines de los remedios preventivos que tienden a la preservación de la empresa y de la falencia que “prima facie” resulta liquidativa.

Ahora bien, aún en esta última hipótesis la continuación de la explotación permite mantener la empresa en marcha y operar el cambio de empresario que habilite la “reversión” de la quiebra.

En esta línea, además de lo señalado precedentemente, cabe también puntualizar que el requerimiento de verificación que impone el nuevo precepto implica la suspensión de los intereses, a tenor del art. 19 de la LCQ, y ello a la postre inclina en la balanza para el vencimiento de las obligaciones para el concurso preventivo.

Tal como se advierte, el precepto proyectado en el nuevo código mantiene las dudas que existen en la actualidad y con la legislación vigente.

#### 4.3 Otros principios o directrices que denotan “a sincronías”

En igual sentido el art. 2592 que regula el derecho de retención, remite en caso de concurso o quiebra a la legislación pertinente. De tal modo, tal como lo establece el art. 131 la quiebra suspende el derecho de retención sobre bienes susceptibles de desapoderamiento, los que deben entregarse al síndico, sin perjuicio del privilegio del art. 241 inc. 5.

Ahora bien, se origina una nueva pregunta en torno a la situación que se plantea en caso de concurso preventivo, y si también en estas hipótesis, se suspende el derecho de retención o manteniendo el deudor la administración, debe cumplir la obligación.

En el mismo sentido, el art. 930 del nuevo código establece que no son compensables los créditos y las deudas en el concurso y quiebra, excepto en los alcances que lo prevé la ley especial, y ello por la simple razón de que el deudor concursado o fallido “es incumplidor” ante todos los acreedores, y consecuentemente, la igualdad de trato exige que los acreedores se ajusten a la propuesta o acuerdo en el remedio preventivo o al dividendo concursal en la liquidación falencial.

Así, el art. 130 de la ley 24.522, dispone que la compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de la quiebra, es decir, cuando ya se ha definido en los términos del actual art. 818 del Código Civil, quién es el acreedor.

Va de suyo que el actual régimen falimentario habilita la compensación en el art. 211 para los acreedores con garantías reales y en la medida del alcance del bien, asiento del privilegio.

En igual sentido, la reforma de la ley 26.684 permite compensar en el art. 203 bis los créditos de los trabajadores que integran la cooperativa que intenta continuar con la explotación, y luego adquirir la empresa.

De todas formas, se mantiene la regla general de la inviabilidad de la compensación en el proceso concursal.

### 5. La correlación entre el código y el régimen contractual en materia concursal.

#### 5.1 Un principio general.

El régimen concursal contiene en los arts. 145 y 20 un principio que, aunque está formulado en forma distinta, responde a una misma directriz.

En situación de concurso o quiebra, no rige la resolución por incumplimiento si ésta no se produjo efectivamente o demandó judicialmente antes de dicha sentencia.

De tal modo, en el concurso preventivo, es el deudor el que se encuentra legitimado para elegir cuáles son los contratos que debe continuar a los fines de mantener la empresa en marcha y permitir la reestructuración de las relaciones creditorias, tal como lo establece el art. 20, norma que habilita en este caso el pago de la contraprestación, sin necesidad de verificación.

Va de suyo que debe tratarse de contratos con prestaciones recíprocas pendientes y no aquellos donde alguna de las partes ha cumplido su obligación pues, en este caso el tercero "in bonis" debe cumplir la suya o en su caso, pedir la verificación del crédito.

A su vez, en la quiebra el art. 143, en correlación con el art. 145 plantea las mismas alternativas nada más que en este caso quien resuelve la suerte del contrato es el juez, de conformidad al art. 144 inc. 3°.

#### 5.2. Algunas hipótesis particulares: los contratos de concesión, agencia y distribución.

En este aspecto, se plantea en la actualidad un anacronismo en función del art. 147 de la Ley Concursal, que dispone que los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución se resuelven en atención a su carácter "intuitu personae".

En esta inteligencia, el proyecto de reforma del Código Civil de 1993 brindaba una respuesta absolutamente distinta, al establecer que en los casos de contrato de duración indeterminada la quiebra del concedente o del concesionario no causaba automáticamente la resolución del contrato, sino que dependía de la eventualidad de la continuación de la explotación.

En la actualidad, los arts. 1404, 1441, 1444, 1494 y 1509 establecen la resolución de los contratos de cuenta corriente bancaria, mercantil, de concesión y de agencia en caso de quiebra firme de cualquiera de las partes.

En este sentido, cabe puntualizar que la nueva normativa hace referencia a quiebra firme, y en rigor debiera tratarse de quiebra "liquidativa".

En efecto, la doctrina ha realizado numerosas interpretaciones para evitar que en el caso de concurso preventivo el contrato de concesión se resuelva, y consecuentemente, también lo ha hecho en la quiebra afirmando que se trata de un negocio de ejecución fluyente y que tiende a asegurar el mantenimiento de la empresa.

Así, el art. 185 de la ley 19.551 expresamente señalaba que en caso de ser decidida la continuación de la explotación de la empresa durante la quiebra, no resultaba aplicable, entre otros, el art. 151, hoy 147, por el motivo de que resultaba fundamental el mantenimiento de este tipo de contratos.

En esta inteligencia, Rubín<sup>1</sup> sostuvo que el sólo hecho de conseguir el tendido de una línea estable de comercialización, producción o servicios en general, constituye un valor inapreciable para la empresa, más aún cuando se proyecta sanearla con su propia actividad o giro.

De tal modo, el autor citado entendía que el síndico podía disponer el mantenimiento de los contratos de agencia, distribución y concesión pues, el concursado o el fallido, y específicamente la empresa depende vitalmente de este tipo de negocios.

En igual línea de pensamiento, Alberti<sup>2</sup> sostiene que lo que se llama prestación personal del fallido debe limitarse a un "opus" personal, más no cuando se trata de la prestación de una

<sup>1</sup> Rubín, Miguel, Continuación de la actividad empresaria en la quiebra, Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, pág. 274.

<sup>2</sup> Quintana Ferreyra, F., y Alberti, E.M., Concursos, Astrea, Buenos Aires, 1990, Tomo 3, pág. 466.

empresa que en virtud del régimen de distribución requiere de una infraestructura de venta y comercialización.

Por su parte, Heredia<sup>3</sup> expresa que no se pueden dar respuestas "a priori" y que dependerá en cada hipótesis de las particulares circunstancias de la concesión y de la eficiente continuidad de la explotación.

Así, el autor citado agrega que de lo que se trata es de que las obligaciones del concesionario puedan ser cumplidas adecuadamente, sin afectar a la concedente, y que el magistrado podría decidir que siga actuando el propio fallido<sup>4</sup>.

#### 5. 3. El boleto de compraventa.

El nuevo código mejora el art. 1185 bis al establecer en el art. 1170 que el comprador de buena fe tiene prioridad sobre los terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido, si contrató con el titular registral o puede subrogarse en la posición jurídica; si pagó el 25% del precio con anterioridad a la traba de la cautelar, si el boleto tiene fecha cierta, y si la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral o posesoria.

A su vez, el art. 1171, establece que en caso de concurso o quiebra los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta, otorgados a favor de adquirentes de buena fe, son oponibles al concurso o quiebra del vendedor, si se hubiera abonado el 25% del precio.

Además, la norma agrega que el juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública, y el comprador debe cumplir sus obligaciones en el plazo convenido, constituyéndose eventualmente hipoteca en garantía del saldo del precio.

En síntesis, se trata de una norma similar a la que rige en el caso del art. 146 en el concurso preventivo y en la quiebra.

#### 5.4. La subsistencia del contrato de fianza.

Con relación a este tipo de garantía personal, el art. 1586 señala que no puede ser exigido el pago al fiador antes del vencimiento del plazo otorgado al deudor principal, aún cuando este se haya presentado en el concurso preventivo o haya sido declarada su quiebra, excepto pacto en contrario.

Además, el art. 1584 establece que el fiador no puede invocar el beneficio de excusión si el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra.

#### 6. El concurso como causal de disolución de la comunidad conyugal

Desde esta perspectiva, el nuevo código mantiene el régimen establecido por el art. 1294 del actual Código Civil, al establecer en el art. 477 que cualquiera de los cónyuges puede pedir la separación judicial de bienes en los casos de mala administración del otro, o si se declara el concurso preventivo o la quiebra del cónyuge.

En rigor, el aspecto más relevante sigue siendo la posibilidad de distribuir la masa de bienes gananciales, pese a lo cual según sea el régimen, la norma carece de eficacia ya que la responsabilidad separada le otorga prioridad a los acreedores de cada cónyuge, aún cuando los bienes sean gananciales.

Ahora bien, la nueva compilación establece que el proceso de separación judicial de bienes, o si se quiere, también la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competencia del juez del proceso colectivo, si se ha declarado el concurso o la quiebra del cónyuge.

<sup>3</sup> Heredia, Pablo, Efectos de la quiebra sobre los contratos de comercialización, (concesión, distribución, suministro y franquicia), en Contratos de distribución, Directores: Marzorati y Molina Sandoval, Heliasta, pág. 349.

<sup>4</sup> Cámara Nacional de Comercio Sala E, 22/11/89, "Service Motors SRL" s/quiebra, incidente de resolución de contrato por Renault Argentina S.A.

Este aspecto aparece por su interdisciplinariedad sumamente complejo pues, resulta patente que la definición de los bienes que corresponden a cada uno de los cónyuges es competencia exclusiva del juez de familia, y lo único que puede quedar bajo la competencia del juez concursal es su liquidación.

En este mismo ámbito personal, pero referido al aspecto sucesorio, el art. 2360 del nuevo Código Civil y Comercial, regla que en caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden petitionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de la quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal, y que igual derecho compete a los acreedores.

En definitiva, la normativa resulta conteste con lo dispuesto por el art. 8 de la ley 24.522 que habilita a los herederos a petitionar el concurso o la quiebra del patrimonio de la sucesión.

#### 7. La situación del fideicomiso.

##### 7. 1. La integración normativa y la construcción del esquema liquidatorio.

En la actualidad el art. 16 de la ley 24.441 establece que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos no dará lugar a la quiebra, y que en tal supuesto, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, procederá su liquidación, lo que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integran, y entregará lo producido a los acreedores según el orden de la ley de quiebras.

De tal modo, la ley dispone una liquidación ordinaria extrajudicial a cargo del fiduciario, sin advertir que en caso de insuficiencia patrimonial deben concurrir todos los acreedores en el orden de prelación que establece la ley concursal y, en esta inteligencia, hacerse la distribución que debe ser plural e igualitaria para respetar el derecho de todos los acreedores.

Por nuestra parte, habíamos cuestionado la vía extrajudicial y nos habíamos pronunciado por la necesidad de la intervención del órgano jurisdiccional para asegurar el adecuado reparto.

Ésta última idea es receptada por el nuevo código, que en el art. 1687 establece que en caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos procede su liquidación la que estará a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras en lo que sea pertinente.

##### 7. 2. Los principios o directrices que debe respetar el sistema liquidatorio.

Desde esta atalaya, resulta indudable que el fiduciario debiera presentar al patrimonio a liquidar ante el juez competente a los fines de asegurar los siguientes aspectos:

a) La convocación de todos los acreedores, tomando las medidas publicitarias estipuladas en los art. 27 y 28 de la ley concursal ante el silencio de la ley 24.441.

En igual sentido se pronuncia Molina Sandoval<sup>5</sup> señalando que la publicación edictal tiene como efecto primordial noticiar a los acreedores e interesados, de la liquidación fiduciaria.

b) La liquidación, si bien no opera técnicamente el desapoderamiento pues el fiduciario encara dicha tarea, resulta indudable que todo el proceso estará enderezado a la realización del activo y la cancelación del pasivo.

c) En esta línea, resulta patente que los acreedores tendrán que legitimarse mediante la verificación de créditos, art. 32 y siguientes, lo que impone el informe pertinente del fiduciario liquidador que no puede ser resuelto “ante sí”, por lo que, una vez más se impone el proceso judicial y la pertinente resolución jurisdiccional.

---

<sup>5</sup> Molina Sandoval, Carlos, El fideicomiso en la dinámica mercantil, Ábaco, Pág. 315.

d) Va de suyo que la convocatoria de todos los acreedores exige el vencimiento de las obligaciones pendientes de plazo y consecuentemente, la suspensión de los juicios de contenido patrimonial, mediadas que solo puede tomar el órgano jurisdiccional.

e) La realización del activo es el único aspecto donde el fiduciario parece tener más libertad que el síndico concursal, pese a lo cual también pueden existir aspectos polémicos en el modo de realización de los bienes que hacen a la correcta tutela del patrimonio fideicomitido y donde no puede predicarse que las normas contractuales se imponen en todos los casos.

En una palabra, tal como se advierte de la reseña que hemos efectuado, todas las directrices legales referenciadas exigen su aplicación por el órgano jurisdiccional, única autoridad facultada para "decir el derecho" en el ámbito de la república.