Privilegios – C.C.C.N.

Tabla de contenido

I. Mariani de Vidal, Marina - Sobre los privilegios especiales en el Código Civil y Comercial - LA LEY 2015-A, 984 y SIL AR/DOC/518/2015 2

II. Llaver, Mariam Ivana - Incidencias del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el Régimen Concursal - AR/DOC/348/2015 10

III. Mariani de Vidal, Marina - Los privilegios en el Proyecto de Código - L.L. To. 2012-D pág. 1240 19

IV. Padilla, Rodrigo - El régimen de los privilegios en el Proyecto de Código unificado 2012. Antecedentes jurisprudenciales de Tucumán. - AR/DOC/1622/2013 27

V. Noguera, Sebastián M. - Breves observaciones sobre la reforma del Código Civil en materia comercial - MJ-DOC-5837-AR | MJD5837 43

VI. CORNA, Pablo Maria - Los privilegios en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial - IJ-LXVI-538 50

VII. D'Onofrio, Héctor Facundo - Los derechos fundamentales frente a los privilegios legales de la ley de Concursos y Quiebras - AR/DOC/4231/2014 92

VIII. Ferro Ilardo, Carlos A. - Desplazamiento del privilegio general del fisco por el crédito laboral en la quiebra: Percepción preferente y sin limitación de la acreencia del trabajador por aplicación de convenio internacional - AR/DOC/4237/2014 99

IX. Di Lella, Nicolás J. - Código Civil y Comercial unificado: impacto en materia concursal -: AR/DOC/3573/2014 118

X. Kemelmajer de Carlucci, Aída - El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos - AR/DOC/5219/2012 141

XI. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 18/05/2004 “González, Feliciana c. Microómnibus General San Martín S.A.C.” AR/JUR/865/2004 168

Voces: PRIVILEGIO ESPECIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTRATO COMERCIAL ~ CREDITO ~ LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES ~ DEROGACION DE LA LEY ~ LEY ESPECIAL ~ CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ HIPOTECA ~ ANTICRESIS ~ WARRANT ~ PRENDA ~ OBLIGACION DE DAR SUMAS DE DINERO ~ DEBENTURES ~ CREDITO LABORAL

# Mariani de Vidal, Marina - Sobre los privilegios especiales en el Código Civil y Comercial - LA LEY 2015-A, 984 y SIL AR/DOC/518/2015

Sumario: I. Introducción. II. Conceptos generales atinentes. III. Los privilegios especiales en el nuevo Código. IV. Desarmonías observables: a) Warrants; b) Debentures; c) Prenda sin desplazamiento. Prenda con registro; d) Créditos laborales; e) Anticresis. V. Solución propuesta

Abstract: "El régimen contenido en el nuevo Código configura un sistema de regulación de los privilegios que aspira a ser completo en orden a la unificación de ellos y que contempla específicamente los privilegios aludidos en el art. 2582, incs. b) y e), fijando inclusive su extensión y rango (arts. 2583 y 2586). Por lo tanto, es una norma especial referida a los privilegios de estos créditos; que, además, establece un sistema completo de privilegios. Y desde que resulta incongruente con las disposiciones que al respecto contienen las leyes 20.744, dec.ley 15.348/46 (t.o. de. 897/95), ley 9643 y arts. 327, 332 y 333, Ley de Sociedades 19.550 (leyes no derogadas por la ley 26.994) —que no guardan armonía con el sistema de privilegios del Código Único-, parece adecuado interpretar que el nuevo régimen especial ha venido a reemplazar al régimen especial anterior."

I. Introducción

Hace un tiempo esta revista me honró publicando un estudio mío que tituló "Los privilegios en el Proyecto de Código" (1), en el que me ocupaba de algunos aspectos salientes del en ese momento Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

El entonces Proyecto se ha convertido en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que entrará en vigor el 1º de agosto 2015 (ley 26.944).

Se advierte que las disposiciones que, en materia de los privilegios, consagraba el Anteproyecto 2012, no merecieron modificación alguna a lo largo de las alternativas por las que transitó hasta convertirse en el nuevo Código.

Consecuentemente, no cabe ahora sino ratificar cuanto expuse en aquel estudio.

Sin embargo, hay un aspecto sobre el que quiero detenerme en estas líneas y que allí no contemplé con detalle: el de los privilegios especiales consagrados en el art. 2582, incs. b) y e) -garantías reales y créditos laborales-.

He de exponer mi punto de vista intentando modestamente aportar una solución a un problema que dejé esbozado en el aludido estudio.

II. Conceptos generales atinentes

El privilegio es la calidad con la que la ley (2) inviste a un crédito de ser pagado con preferencia a otro (art. 2573), preferencia que puede ser esgrimida cuando exista concurrencia de por lo menos dos acreedores que pretendan cobrarse con el producido de la misma cosa o cosas que se encuentren en el patrimonio de su deudor y que constituyan su asiento (art. 2573) o sobre los importes que los sustituyan por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real (art. 2584).

Los privilegios son indivisibles y la transmisión del crédito importa la de su privilegio (art 2576). Son renunciables, salvo que la ley lo prohíba (art. 2575)

La ley es la que determina la "extensión" del privilegio -esto es, si la preferencia cubrirá solamente el capital del crédito privilegiado o también los intereses, las costas y otros accesorios (arts. 2577 y 2583) (3)- así como el orden de cobro ("rango" del privilegio).

Los privilegios —como principio- pueden ser invocados en ejecuciones individuales (4) o colectivas (5).

En los procesos universales (6), los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos (art 2579).

El Código conserva la clásica distinción entre privilegios generales y especiales (7).

Los privilegios generales son los que recaen sobre el conjunto de bienes del deudor, que constituirán su asiento. Los especiales son los que afectan una cosa (o varias) determinada (s) del patrimonio de aquél, que será su asiento (8)

Siguiendo el criterio prevaleciente (9), se dispone que los privilegios generales sólo serán invocables en los procesos universales y no en las ejecuciones individuales (art 2580). Por ese motivo es que el Código sólo se ocupa de los privilegios especiales y sus normas únicamente resultarán aplicables a las ejecuciones individuales, desde que las disposiciones relativas a los concursos jugarán para todos los privilegios —generales o especiales- que se haga valer en los procesos universales (art. 2579).

EL fundamento de esta diferencia entre los privilegios generales y los especiales radica en que no se justifica que, mientras el deudor tenga bienes suficientes para hacer frente a sus deudas, el acreedor al que asiste la facultad de hacer valer su privilegio sobre todo el patrimonio de aquél, pretenda obstaculizar la ejecución que otro acreedor hiciera de un bien determinado de ese patrimonio para cobrarse su acreencia dotada de privilegio sólo con asiento en dicho bien.

EN otras palabras, los privilegios generales se rigen siempre por la ley aplicable a los concursos y se los ejerce en los procesos universales, con lo cual se diluyen las dudas generadas por las intrincadas normas del Código Civil de VELEZ (arts. 3879, 3880, 3918 y demás que reglan el orden de los distintos privilegios) y su desarmonía con las de la Ley de Concursos 24.522.

Es por tal razón, reitero, que el Código sólo se ocupa de los privilegios especiales y no de los generales. Y sus normas resultarán jugar para el caso de que los primeros se hagan valer en las ejecuciones individuales, toda vez que cuando estos privilegios sean invocados en los concursos o procesos sucesorios, quedarán sujetos a la ley aplicable a los concursos (en cuanto a su calidad de tales, extensión, rango, etc.).

Como lo manifestara en mi publicación anterior, resulta sobreabundante destacar la importancia de la regulación de los privilegios, ya que —tratándose de la colocación que tendrán los diferentes acreedores al agredir el patrimonio del deudor común- ellos involucran al crédito y aun a la propiedad, que son motores del progreso de las sociedades. Sin dejar de ponderar la equidad y la justicia que juegan asimismo su papel. Es por eso que cada sociedad organizará su sistema de privilegios de conformidad con la concepción que pretenda para sí misma y los valores que desee resguardar

Un ajustado y prístino régimen de los privilegios redundará en beneficio de quienes sean llamados a aplicar su normativa (especialmente jueces y profesionales) y también de los particulares, pues reglas claras y sencillas han de brindar la necesaria seguridad jurídica a los efectos de anudar las diferentes relaciones y dilucidar los conflictos que eventualmente pudieran presentarse.

Son conocidos los desvelos provocados por el tema de los privilegios a todos los operadores del Derecho, quienes muchas veces se ven enfrentados a hipótesis que los sumen en el desconcierto.

Ello es debido no sólo a la complejidad propia de la materia sino también —y principalmente- al desorden que imperaba a su respecto, que hace bastante tiempo —junto con mi inolvidable Maestro- calificáramos de "caos legislativo" (10).

Y es que, además de los dos principales cuerpos normativos que los contemplan hasta ahora —el Código Civil y la Ley de Concursos-, concurren con sus disposiciones varios otros ordenamientos —Ley de la Navegación, Código Aeronáutico, Código de Minería, Código Penal, Ley de Entidades Financieras, Ley de Contrato de Trabajo, leyes fiscales, leyes sobre prenda con registro, warrants, debentures, propiedad horizontal; etc, etc..

Toda esta sobrecarga de preceptos, no siempre armónicos entre sí, originó que los abrumados intérpretes reclamaran desde siempre la unidad legislativa y la simplificación del sistema, propiciándose la reducción del número de privilegios y la fijación de reglas nítidas y simples referidas al rango de cada uno, y hasta su publicidad registral (11).

Desde luego que el dictado de una Ley Única de Privilegios, aplicable tanto a las ejecuciones individuales como a las colectivas (pues carece de toda lógica que un mismo crédito tenga o no tenga privilegio o le cuadre a su privilegio un orden distinto, según que se trate de una u otra situación) satisfaría la máxima aspiración. Pero redactarla configura una tarea ciclópea que llevaría largo tiempo concretar. Resulta pertinente señalar asimismo que se ha propiciado que la unificación se efectúe sobre la Ley de Concursos (12) o, con distinta óptica, que lo sea sobre el Código Civil (13).

Ahora bien, según se expresa en los Fundamentos con los que se acompañó el Anteproyecto de Código, "de conformidad con la labor encomendada a esta Comisión, no le corresponde ocuparse de la Ley de Concursos, ni de la de Seguros, ni de la de la Navegación, ni de otros temas contenidos en leyes o regímenes especiales completos o cerrados. A los fines de encaminarse a la anhelada unificación, se ha partido del régimen de privilegios regulado en la Ley de Concursos (14) , aun en la regulación de los créditos laborales, y sobre él se ha moldeado el destinado a las ejecuciones individuales, contemplando las debidas particularidades".

Consecuentemente, aunque el nuevo Código mantiene la doble regulación, se contará en adelante con regímenes que guardan analogía para ambos tipos de ejecuciones (las individuales y las colectivas), armonía que generará una mayor inteligibilidad en el tema de los privilegios.

III. Los privilegios especiales en el nuevo Código

El art. 2582 determina en seis incisos cuáles créditos gozarán de privilegio especial, en una enumeración que armoniza con la Ley de Concursos (art. 241), criterio que luce como adecuado y que obedece al propósito declarado en los Fundamentos de "encaminarse a la anhelada unificación" del régimen de los privilegios.

Esta armonización implica la eliminación de algunos privilegios que contiene el Código de Vélez, como el del vendedor de inmuebles, el del locador, el de los copartícipes por la garantía de evicción, etc.

Empero, no se incorporó un precepto similar al contenido en el art. 3884 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de 1987 (15), y no se dispone la derogación de los privilegios establecidos por leyes especiales dejando subsistentes sólo los contemplados en la Ley de la Navegación, Código Aeronáutico, Ley de Entidades Financieras, Ley de Seguros y Código de Minería, como en aquel Proyecto se preveía.

Una norma en tal sentido hubiera acentuado el camino hacia la unificación ("anhelada unificación", según se la califica por los autores del Anteproyecto), disipando cualquier duda que pudiera generarse respecto de los privilegios creados por leyes especiales, que conspiran contra la congruencia y claridad del régimen de la materia.

La subsistencia de los privilegios mencionados en el inc. f) del art. 2582 (16) inclusive en lo relativo a su extensión (art. 2583, inc. d) y rango (art. 2586, inc. a), se justifica en razón de su especificidad y particularidades.

El art 2582, inc. e), por su parte, enumera entre los privilegios especiales a "los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrants y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante", es decir, a los créditos con garantías reales. Y regula estos créditos en lo relativo a su extensión (art. 2583, incs. b) y c) y rango (art. 2586, primer párrafo y especialmente incs. c), e) y f).

Y lo propio ocurre con los créditos laborales (art. 2582, inc. b) y art. 2583, primer párrafo y especialmente inc. f).

IV. Desarmonías observables

Ahora bien, el estudio de los regímenes que gobiernan los créditos mencionados revela ciertas desarmonías con el implantado por el nuevo Código.

A ello voy a referirme con algún detalle

a) Warrants

Los warrants —que confieren al acreedor una garantía real sobre los efectos depositados- están regulados por la ley 9643, incorporada al Código de Comercio (según su art. 33) -de modo que conserva su vigencia (art 5, ley 26.994)-.DIcha ley le confiere al acreedor del warrant, "sobre los efectos comprendidos en el warrant, sobre su importe una vez enajenados aquéllos o en los casos de consignación autorizados y sobre el valor del seguro constituido", un "privilegio superior con respecto a cualquier otro crédito que no sean los derechos del depósito especial, las comisiones y gastos de venta y el impuesto establecido por el art. 25" (arts. 17 y 22).

La ley 9643 no contempla la extensión de este privilegio, con lo que indudablemente ella cae en la previsión del art 2583, incs b) y c) del nuevo Código. EN cuanto al rango, respecto del crédito que posterga al warrant según la ley 9643, la previsión de ésta coincide con el art. 2585 del nuevo Código. Fuera de este crédito, la ubicación del privilegio del warrant es distinta en el nuevo Código, por manera que la establecida en la ley 9643 (art. 22) debe considerarse tácitamente derogada, resultando aplicable este último (arts. 2582, inc. e) y 2586), por ser una ley específica posterior, como lo desarrollaremos más adelante.

b) Debentures

Rigen las disposiciones de los arts. 326, 327 y 331 a 333 de la ley 19.550 (Ley de Sociedades Comerciales, que la nueva normativa denomina "Ley de Sociedades".

Los artículos citados no han sido derogados (conf. ley 26.994 y su Anexo I, 2).

El art. 326 determina que los debentures serán con garantía flotante, con garantía común o con garantía especial.

El art. 327 prescribe que la emisión de debentures con garantía flotante otorga los privilegios que corresponden a la prenda, la hipoteca o la anticresis, según el caso.

El art. 333 prescribe que a los debentures con garantía especial (17) le serán aplicables todas las disposiciones que se refieren a la hipoteca, salvo en cuanto al plazo, que se fija en cuarenta años.

Con lo que va dicho que el privilegio de los debentures queda sujeto sin dificultades al nuevo Código.

c) Prenda sin desplazamiento. Prenda con registro

El art. 2220 del Código dispone que la prenda con registro "se rige por la legislación especial".

Esta "legislación especial" es hoy el decreto -ley 15.348/46 (t.o. por de 897/95), que mantiene su vigencia (art. 5, ley 26.994).

Éste confiere al acreedor prendario un privilegio regulado por los arts. 23, 41, 42 y 43

El art 41 regula el conflicto entre el privilegio prendario y el del locador. En el nuevo Código se ha suprimido el privilegio del locador, el que tampoco figura entre los privilegios de la Ley de Concursos, con lo cual el art. 41 citado cae en el vacío.

EL art. 43 determina un orden de preferencias que no armoniza con las nuevas normas en los siguientes puntos: 1) el inc. 2) otorga preferencia sobre la prenda al crédito por impuestos fiscales que graven los bienes prendados, mientras que el nuevo Código coloca a las garantías reales por sobre los créditos fiscales devengados con posterioridad (art 2586, inc. c); prevalece a nuestro criterio la norma del Código; 2) el inc. 3) otorga privilegio al capital e intereses adeudados. El Código limita el privilegio de los intereses del crédito prendario a los correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio (art 2583, inc. b); en este punto prevalece la nueva norma.

EN los demás aspectos, el régimen resulta coincidente.

d) Créditos laborales

En lo relativo a los créditos laborales, se observa ciertas desarmonías con respecto a la ley 20.7443 (Ley de COntraro de Trabajo), que regula los privilegios laborales en sus arts. 261 a 274.

Los arts. 261, 262 y 263 de dicha ley no contradicen las del Código (18).

El nuevo Código deriva la regulación de los privilegios generales a la ley aplicable a los concursos (art 2579) y dispone que ellos sólo pueden ser invocados en los procesos universales (art 2580). La Ley 20.744 contempla el privilegio general de los créditos laborales en su art. 273.

Los párrafos primero y tercero del art. 268, ley 20.744, no se contradicen en esencia con las nuevas normas, aunque éstas tienen mayor claridad.

En cuanto al párrafo segundo, el asiento del privilegio presenta mayor amplitud que el contemplado en el art. 2582, inc. b) (comprende "el precio del fondo de comercio, el dinero, títulos de crédito o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que sean directo resultado de la explotación, salvo que hubieran sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros"). Corresponde advertir que el art. 2582, inc b), del nuevo Código, coincide con el art. 241, inc. 2) de la Ley de Concursos nº 24.522.

El art. 269, ley 20.744, confiere un derecho de persecución por seis meses para hacer efectivo el privilegio, respecto de las maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación y que hubiesen sido retirados del establecimiento, aun cuando se encontraran en poder de terceros de buena fe (19). El nuevo Código no otorga tal derecho de persecución.

El art. 270 de la ley 20.744 no resulta coincidente con el nuevo Código (arts. 2586, incs. d) y e); este último resulta inclusive más favorable al privilegio laboral, al posponer el de las garantías reales si el crédito laboral es anterior; lo mismo respecto del retenedor. También se nota incoincidencia en cuanto a los créditos fiscales y los derivados de la construcción, mejora o conservación del asiento y los créditos por expensas comunes, que posponen al privilegio laboral nacido con posterioridad.

El art. 271, ley 20.744, no determina el rango de este privilegio sobre inmuebles —como sí surge de las disposiciones nuevas- (20). Asimismo, el Código no restringe el privilegio cuando se trata de dependientes contratados por el propietario de la edificación, reconstrucción o reparación del inmueble, como sí lo hace la normativa laboral.

El art. 272, primer párrafo, ley 20.744, consagra la subrogación real, que también contempla el art 2584 del Código. El segundo párrafo del art. 272 remite al régimen concursal, al que el Código deriva todo lo relativo a los privilegios generales.

El art 273, ley 20.744, se ocupa del privilegio general de los créditos laborales que, como se dijo, el Código remite a la legislación que rige los concursos.

Finalmente, el art 2583, inc. c) del Código otorga privilegio a las costas, que la ley 20.744, art. 274, descarta especialmente, salvo en lo relativo a los privilegios generales (art 273).

e) Anticresis

A su respecto, sólo cabe señalar que el Código -art 2582, inc. e)- consagra el privilegio del acreedor anticresista (21).

Este privilegio sólo le asistirá en supuestos de ejecuciones individuales, porque la Ley de Concursos nº 24.522 no lo entroniza como tal, de modo que el anticresista no contará con privilegio alguno en los concursos (art 239, ley 24.522).

Cabiendo advertir que, al regularse el derecho de anticresis (arts. 2212 al 2218), no se le otorga en forma expresa al acreedor anticresista el derecho de retención, que sí le aparece conferido en el art 3245 del Código de Vélez.

A través de esta norma el acreedor anticresista podía invocar el privilegio del retenedor en los concursos (art 241, inc. 5), ley 24.522), lo que le estaría vedado con el nuevo régimen, a menos que se lo considerase incluido en la pauta general del art 2587.

Esta inclusión parece poco plausible, a poco que se repare en que el derecho de retención del anticresista conferido por el Código de Vélez no resultaba equiparable al derecho de retención de su art 3946, sino que constituía el contenido de su derecho real; mientras que en el derecho de retención propiamente dicho, la cosa ha sido entregada al acreedor por un título distinto al que sustenta la retención y no en garantía de una deuda (22). En la retención del anticresista no concurre el requisito de la existencia de una deuda "en razón de la cosa" (art 2587).

V. Solución propuesta

Tal panorama pareciera que echa por tierra el propósito y espíritu unificador del Código. Y cabe preguntarse ¿cuál será la norma por la que el intérprete se decidirá en caso de enfrentarse a un conflicto que involucre a estos privilegios y a las desarmonías señaladas?.

EL no contar con un criterio claro hará que subsistan las dudas y perplejidades generadas por el anterior sistema.

Es por eso que, meditando sobre el tema, se me ocurre que la única interpretación posible es la que paso a exponer.

A pesar de la falta de precepto expreso, aun cuando no se haya incorporado al Código un artículo similar al art.3884 del Proyecto de Código Civil de 1987, las disposiciones sobre privilegios de la Ley de Contrato de Trabajo y de las leyes sobre prenda con registro, warrants y debentures a los que hacen referencia los incs. b) y e) del presente artículo contenidos en sus leyes especiales, han venido a quedar tácitamente derogadas por los preceptos del nuevo Código.

Ello así porque el Código Civil y Comercial de la Nación, más allá de su monumental importancia, es una ley; y también son leyes las antes mencionadas: son normas de igual jerarquía. De modo que a su respecto es aplicable el conocido principio de que "la ley posterior deroga a la anterior" en cuanto resulte incompatible con ella (23).

Y es del caso advertir que cuando la nueva ley crea respecto de la cuestión un sistema completo diferente del anterior, no resultará prudente alterar la economía y la unidad de la nueva ley mezclando a ella disposiciones heterogéneas de la ley anterior (24)

Ahora bien, repito que el régimen contenido en el nuevo Código configura un sistema de regulación de los privilegios que aspira a ser completo en orden a la unificación de ellos y que contempla específicamente los privilegios aludidos en el art. 2582, incs. b) y e), fijando inclusive su extensión y rango (arts. 2583 y 2586). Por lo tanto, es una norma especial referida a los privilegios de estos créditos; que, además, establece un sistema completo de privilegios. Y desde que resulta incongruente con las disposiciones que al respecto contienen las leyes 20.744, dec.ley 15.348/46 (t.o. de. 897/95), ley 9643 y arts. 327, 332 y 333, Ley de Sociedades 19.550 (leyes no derogadas por la ley 26.994) —que no guardan armonía con el sistema de privilegios del Código Único-, parece adecuado interpretar que el nuevo régimen especial ha venido a reemplazar al régimen especial anterior.

Esta comprensión, por otra parte, resulta acorde con el propósito expuesto en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de transitar hacia la unificación del régimen de los privilegios ("anhelada unificación", según se pregona) y evitará que el operador jurídico se vea enfrentado a situaciones de complejísima solución al momento de dilucidar los conflictos generados por la concurrencia de acreedores.

 (1) La Ley, suplemento diario del 8 agosto 2012

 (2) Sólo la ley puede conferir privilegios a los créditos (art 2574), siendo las normas que los establecen de interpretación restrictiva, toda vez que implican una excepción al principio de paridad de los acreedores (arg art. 2581).

 (3) Para los concursos, art. 242, ley 24.5622.

 (4) Vía tercería de mejor derecho (así, arts. 97 y 100 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

 (5) A través del proceso de verificación, art 32 y ss, Ley de Concursos nº 24.522.

 (6) Concursos y sucesiones.

 (7) Sobre las notas diferenciales entre privilegios generales y especiales, ver ALLLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., Los privilegios en la Ley de Concursos y en el Código Civil, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires 1974, p. 35 y sig.; Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, obra colectiva dirección BUERES, A., coordinación HIGHTON, E., Hammurabi, Buenos Aires 2001, t. 6B, p. 235 y ss

 (8) . Al respecto ver LLAMBIAS, J.J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Editorial Perrot, Buenos Aires, 3ª edición, t. I., nº492, p. 645; ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., "Los privilegios ....", ob. cit., p. 35 y ss.

 (9) Ver, por ejemplo, LLAMBIAS, J.J., , ob.cit, p. 646, texto y jurisprudencia y autores citados en nota 39.

 (10) COnf. ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M, "Privilegios: caos legislativo", LL-1975-D-620.

 (11) Conf. BIBILONI, A, en su Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino de 1926 y Proyecto de Ley

 (7) Sobre las notas diferenciales entre privilegios generales y especiales, ver ALLLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., Los privilegios en la Ley de Concursos y en el Código Civil, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires 1974, p. 35 y sig.; Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, obra colectiva dirección BUERES, A., coordinación HIGHTON, E., Hammurabi, Buenos Aires 2001, t. 6B, p. 235 y ss

 (8) . Al respecto ver LLAMBIAS, J.J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Editorial Perrot, Buenos Aires, 3ª edición, t. I., nº492, p. 645; ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., "Los privilegios ....", ob. cit., p. 35 y ss.

 (9) Ver, por ejemplo, LLAMBIAS, J.J., , ob.cit, p. 646, texto y jurisprudencia y autores citados en nota 39.

 (10) COnf. ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M, "Privilegios: caos legislativo", LL-1975-D-620.

 (11) Conf. BIBILONI, A, en su Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino de 1926 y Proyecto de Ley Nacional de Bancarrotas de 1950. Ver ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., "Privilegios. Pautas fundamentales para una posible reforma", LL-1982-C-801.

 (12) Así, la proyectada Ley Nacional de Bancarrotas del año 1959.

 (13) Ver al respecto, HIGHTON, E., "Juicio hipotecario", Buenos Aires 1996, t. 3, p. 44/45.

 (14) La Ley de Concursos 24.522 pretende ser un sistema cerrado, aunque no lo logra integralmente a pesar de lo que dispone su art. 239, ya que ella contiene remisiones a otros ordenamientos: art 243, inc. 1; no obstante, en sus arts. 239 a 250 inclusive, simplifica el régimen de los privilegios y adopta criterios mucho más claros que los observados por el Código de Vélez, que constituyen un verdadero laberinto.

 (15) Art.3884 Proyecto de 1987: "Lo dispuesto en este Título deroga los privilegios establecidos por leyes especiales, salvo las de navegación, aeronavegación, minería, entidades financieras y contrato de trabajo".

 (16) Los establecidos por la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras y el Código de Minería.

 (17) Los debentures con garantía común "cobrarán sus créditos pari passu con los acreedores quirografarios": art 332, ley 19.550.

 (18) Cabe señalar que los arts. 264, 265 y 266 de la ley 20.744 han quedado derogados por la ley 24.522 de Concursos.

 (19) Norma similar a la del art. 3885 del Código de Vélez, que limita a un mes el ius persequendi del locador, cuyo privilegio suprime el nuevo Código.

 (20) La Ley de Concursos no contempla este privilegio.

 (21) Descartado por el Código de Vélez: art 3255.

 (22) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en" Código Civil Comentado", obra colectiva dirigida por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., KIPER, C. Y TRIGO REPRESAS, F., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 2007, comentario al art. 3939, p., p. 254.

 (23) Conf. LLAMBIAS, J.J., Tratado de derecho civil, Parte General, Editorial Perrot, 11ª edición, Buenos Aires 1984, t. I, nº 60/61, p. 61/63.

 (24) Conf. BUSSO, E., Código Civil Anotado, EDIAR, Buenos Aires 1944, t. I, p. 164/166, comentario al art. 17.

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ QUIEBRA ~ CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ CONCURSO PREVENTIVO ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ ACREEDOR ~ BIEN DE FAMILIA ~ DERECHOS DEL ACREEDOR ~ PRIVILEGIOS ~ PRIVILEGIO LABORAL ~ IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS ~ PLAZO DE CADUCIDAD ~ DERECHO DE RETENCION ~ PRESCRIPCION ~ OBLIGACION TRIBUTARIA ~ MONEDA EXTRANJERA ~ OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA ~ SINDICO ~ RESPONSABILIDAD DEL SINDICO ~ LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS

# Llaver, Mariam Ivana - Incidencias del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el Régimen Concursal - AR/DOC/348/2015

Publicado en: DJ01/04/2015, 85

Sumario: I. Introducción.— II. Pars Conditio creditoris.— III. Bienes excluidos de la garantía común.— IV. El nuevo Código en relación con el Bien de Familia.— V. Privilegios.— VI. Renunciabilidad del privilegio laboral.— VII. Caducidad de plazos por concursamiento.— VIII. Derecho de Retención.— IX. Prescripción de las obligaciones tributarias.— X. Obligaciones en moneda extranjera.— XI. Fideicomiso.— XII. Responsabilidad del síndico concursal.— XIII. Conclusión.— XIV. Bibliografía

I. Introducción

Como es sabido, recientemente el Congreso de la Nación aprobó el nuevo Código Civil y Comercial que comenzará a regir a partir del año 2016; y si bien con relación a la ley de concursos y quiebras no establece ninguna modificación explícita, no pueden dejar de advertirse sus implicancias.

A poco que se penetra en el estudio de la reforma civil y comercial se aprecia la importante gravitación que la nueva normativa tiene sobre el sistema concursal vigente, a pesar de sus escasas referencias a la ley de concursos.

Tal como explica Bruzzo (1), de la lectura del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado se desprende:

1) Que la "modificación" de algunas leyes implicó la derogación, en todo o en parte, de algunas de ellas.

2) Que en otras se introdujeron reformas de mayor o menor importancia (vg. ley 17.801; ley 19.550; ley 24.240).

3) Que en el caso de otras leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, las mismas mantienen su vigencia como leyes integrantes o complementarias del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Entre estas últimas se encuentra la Ley de Concursos y Quiebras. Como podrá apreciarse de lo dicho hasta ahora, se trata de una ley que no ha sido derogada ni modificada, por lo tanto integra el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su cuerpo normativo.

Ello no implica —empero— que las diversas modificaciones proyectadas no terminen impactando en el desarrollo de los procesos concursales, dada las implicancias económicas de la ley y la dinámica propia del comercio.

A modo de contribuir al entendimiento del nuevo Código y su incidencia en la materia concursal, en el presente trabajo se desarrollarán las siguientes consideraciones:

II.Pars conditio creditoris

Se puede destacar que, a diferencia de lo acontecido con el Código de Vélez, el nuevo Código Civil y Comercial incorpora este principio en forma expresa, y tiene una serie de disposiciones que se reflejan en materia concursal.

Así, el art. 743 establece que "Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia".

De esta manera la nueva normativa destaca un aspecto cuya índole concursal aparece nítidamente: la "pars conditio creditoris" y no resulta difícil advertir su presencia en la frase "Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia".

III. Bienes excluidos de la garantía común

Íntimamente relacionado con lo desarrollado en el punto anterior, encontramos lo relativo a los bienes excluidos de la garantía común de los acreedores, que enumera el art. 744 del nuevo Código, que indubitablemente repercutirá en el proceso concursal.

Dicho artículo establece que quedan excluidos:

a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos.

b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor.

c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación.

d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado.

e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales.

f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica.

g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio.

h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes.

Debe destacarse que con la nueva normativa se reduce el ámbito de los bienes desapoderables, alterándose los efectos del art. 108 LCQ. (2)

En esa materia, el nuevo Código Civil y Comercial (3) establece:

a) Excluye a los frutos de los bienes de los hijos.

Mientras el art. 108 inc. 3º actual excluye a los bienes en usufructo de los hijos pero incluye a los frutos, el art. 697 niega las rentas a los padres.

b) Excluye a las indemnizaciones por daño moral y por daño material derivados de lesiones a la integridad psicofísica.

Es el art. 744 inc. f) del nuevo Código y, en tal sentido, amplia los bienes excluidos del desapoderamiento por el art. 108 de la ley concursal.

c) Excluye el inmueble destinado a la vivienda del deudor con mayor amplitud que en el régimen de "bien de familia". Tema que desarrollare en el siguiente apartado.

IV. El nuevo Código en relación con el bien de familia

Como anticipara, a partir de la entrada en vigencia de la nueva normativa, habrá una mayor tutela con relación al bien de familia.

En los fundamentos de la Comisión Redactora, se señala que siendo el acceso a la vivienda un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales, se justifica que se dedique un Capítulo especial para la vivienda, en sustitución del régimen de bien de familia de la ley 14.394.

Este capítulo contiene importantes modificaciones que surgen de los arts. 244 a 256, las que a título meramente enunciativo se pueden sintetizar de la siguiente manera:

a) se autoriza la afectación del bien a favor del titular del dominio sin familia;

b) se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges;

c) la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida;

d) se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente;

e) se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación;

f) se adopta el criterio según el cual el producido del bien afectado liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario;

g) se admite la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley registral que así lo autorizan;

h) se consagra la inoponibilidad de la afectación a los créditos por expensas en la propiedad horizontal tasas y contribuciones, garantía real sobre el bien, construcciones u otras mejoras sobre el bien, créditos alimentarios, etcétera.

Conforme lo normado, pueden destacarse los siguientes aspectos:

— La subrogación real: La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización.

— Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble.

— En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en el art. 249, es decir los acreedores a los cuales la afectación les resulta inoponible.

— La legitimación del síndico en un proceso falimentario que contare con una masa pasiva integrada por acreedores a los que no le es oponible la afectación no aparece nítida, y podría decirse que no la tiene.-

— Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble.

— Son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios.

— Las disposiciones del Capitulo de marras son aplicables al inmueble rural que no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales.

V. Privilegios

En materia de privilegios el art. 2579 de la nueva normativa dispone que en los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos.-

Puede resaltarse que el nuevo Código en su art. 2573 define al privilegio como "la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro. Puede ejecutarse mientras la cosa afectada al privilegio permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley lo admite. El privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por la ley".

Conforme al art. 2580 los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales, rigiéndose igualmente siempre por la ley de Concursos y Quiebras.

Finalmente, el art. 2581 establece que los acreedores sin privilegio concurren a prorrata entre sí, excepto disposición expresa en contrario del Código.

De este modo, tal como señala Junyent Bas (4) los procesos universales quedan sujetos al régimen de privilegios de la ley concursal cuando se trate de graduar el orden de cobro de los acreedores; despejando las dudas que generan las normas del Código Civil actual (arts. 3879, 3880, 3918 y demás que reglan el orden de los distintos privilegios).

VI. Renunciabilidad del privilegio laboral

Con relación a los créditos de origen laboral, el art. 2575 del nuevo Código, en su último párrafo, establece que "El privilegio del crédito laboral no es renunciable, ni postergable".

Si bien el art. 43 de la ley concursal, en su décimo párrafo, dice que "...el privilegio que proviene de la relación laboral es renunciable...", puede interpretarse que la primera norma no modifica a la segunda ya que rigen en situaciones distintas: cuando el deudor está in bonis no es renunciable y en el concurso preventivo sí es renunciable.

VII. Caducidad de plazos por concursamiento

Según la interpretación del art. 572 del Código Civil actual, tanto la quiebra como el concurso preventivo producen la caducidad de los plazos vigentes; concordantemente el art. 128 de la Ley de Concursos, considera vencidas de pleno derecho las obligaciones a plazo.-

En el art. 353 del Código recientemente aprobado, se establece expresamente, a diferencia de lo previsto para la quiebra, 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".

Aparece aquí una modificación de la situación vigente que deberá ser interpretada en sus justos términos dada la redacción final del párrafo legal.

VIII. Derecho de retención

Como es sabido, el art. 131 de la Ley de Concursos y Quiebras suspende el derecho de retención, y lo sustituye por un privilegio (art. 241 inc. 5º).

El nuevo Código al reglar al Derecho de retención en el art. 2592 dispone en el inc. f) que en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, la retención queda sujeta a la legislación pertinente. Por lo tanto, sería de aplicación lo normado en la Ley de Concursos.

IX. Prescripción de las obligaciones tributarias

Con relación a la prescripción, el art. 2560 del nuevo Código establece un plazo genérico: "El plazo de la prescripción es de cinco [5] años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local".-

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia, en el precedente "Filcrosa", estableció la vigencia del Código Civil en la materia, la excepción ahora contenida en el artículo citado reaviva la polémica con relación a los plazos de diez años que establecen algunos códigos fiscales provinciales para las obligaciones tributarias.

Podría decirse que conforme a la nueva normativa, la prescripción de los tributos provinciales y/o municipales se rige por lo dispuesto en las normas locales, sin que resulten aplicables las disposiciones pertinentes del Código Civil.-

X. Obligaciones en moneda extranjera

Como es sabido, el Código Civil vigente prevé que "si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la Republica, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero" (art. 167 C.C.).

El nuevo ordenamiento cambia radicalmente el objeto de la obligación ya que, en su art. 765, indica que si al momento de la constitución de la obligación se estipuló dar moneda extranjera la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas.

A su vez, para el supuesto de que el deudor no pudiera entregar la cosa convenida (moneda extranjera), el art. 765 in fine prevé que "el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal".

El inconveniente surge respecto de la determinación de la deuda. El silencio de la norma respecto del momento de corte para considerar el tipo de cambio genera posibilidad de conflicto.

XI. Fideicomiso

Con relación al fideicomiso, el art. 1686 del Código recientemente sancionado establece: "Los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal. Los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor".

A su vez el art. 1687 regula la responsabilidad por las obligaciones contraídas en la ejecución del fidecomiso estableciendo que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo son satisfechas con los bienes fideicomitidos. Tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de éstos.

Regulando asimismo la liquidación del fideicomiso, en caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones contraídas. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, no da lugar a la declaración de quiebra sino que 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.

XII. Responsabilidad del síndico concursal

Puede destacarse, tal como lo advierte Favier Dubois (5), que la nueva regulación establece la responsabilidad del síndico como 'de medio' y no de resultado. (6)

El nuevo Código Civil y Comercial, al reglamentar la responsabilidad de los profesionales liberales, lo que incluye la responsabilidad de los contadores públicos, corrobora que las obligaciones de los síndicos son "de medio".

En efecto, establece en su art. 1768 lo siguiente: "La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido a un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757".

La obligación "de hacer" tiene como efecto desvincular al síndico del resultado del proceso, debiendo solo acreditar que empleó la diligencia necesaria en su conducta.

XIII. Conclusión

La intención del presente trabajo ha sido la de considerar y reflexionar brevemente sobre los puntos relevantes del articulado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y sus implicancias en la Ley concursal. Cabe resaltar que el trabajo de los reconocidos autores citados, ha constituido un invalorable aporte a la hora de elaboración de este trabajo y permiten concluir que el código sancionado afectará necesariamente el régimen concursal y deberá ser tenido en cuenta por los operadores del derecho concursal a fin de lograr una interpretación armónica del derecho en la conciliación de los intereses colectivos partícipes de los procesos falenciales.

XIV. Bibliografía

BRUZZO, Mario, "Algunas incidencias del Proyectado Código Civil y Comercial de la Nación en el régimen concursal", Ed. Microjuris.com Argentina, Cita on line: MJ-DOC-6266-AR | MJD6266, Diciembre 2012.

FRAGAPANE, Héctor R., "Algunas consideraciones frente al proyecto de unificación de los Códigos respecto del bien de familia, la afectación de la vivienda y la inejecutabilidad de la vivienda familiar", Ed. Microjuris.com Argentina, cita on line MJ-DOC-6041-AR | MJD6041, Noviembre 2012.-

FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (páter) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de código civil y comercial", Errepar, DSE, nro. 305, tomo XXV, Abril 2013.

JUNYENT BAS, Francisco, "Reflejos del Proyecto de Código Civil y Comercial en materia concursal", disertación en Jornada de Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Consejo Profesional de Ciencias Económicas CABA, 29/8/2012.

 (1) BRUZZO, Mario, "Algunas incidencias del Proyectado Código Civil y Comercial de la Nación en el régimen concursal", Ed. Microjuris.com Argentina, Cita on line: MJ-DOC-6266-AR | MJD6266, Diciembre 2012.

 (2) El art. 108 de la Ley de Concursos y Quiebras establece: "Bienes excluidos. Quedan excluidos de lo dispuesto en el artículo anterior: 1) los derechos no patrimoniales; 2) los bienes inembargables; 3) el usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido, pero los frutos que le correspondan caen en desapoderamiento una vez atendida las cargas; 4) la administración de los bienes propios del cónyuge; 5) la facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento, y en cuanto por esta ley se admite su intervención particular; 6) las indemnizaciones que correspondan al fallido por daños materiales o morales a su persona; 7) los demás bienes excluidos por otras leyes".

 (3) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (páter) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de código civil y comercial", Errepar, DSE, nro. 305, tomo XXV, Abril 2013.

 (4) JUNYENT BAS, Francisco, "Reflejos del Proyecto de Código Civil y Comercial en material concursal", disertación en Jornada de Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Consejo Profesional de Ciencias Económicas CABA, 29/8/2012.

 (5) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (páter) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), Ob. Cit.

 (6) Las Obligaciones, clasificadas de acuerdo con la índole del contenido de la prestación, son de resultado o de medios. En las obligaciones de resultado el deudor se compromete al cumplimiento de determinado objetivo, asegurando al acreedor el logro de la consecuencia o resultado tenido en miras al contratar. En las obligaciones de medio al deudor compete su actividad diligente, tendiente al logro del resultado esperado, sin embargo, el resultado no es asegurado ni prometido.

**Voces:** REFORMA DEL CODIGO CIVIL ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ PRIVILEGIOS ~ CONCURSO PREVENTIVO ~ PRIVILEGIOS CONCURSALES ~ ACREEDOR PRIVILEGIADO ~ CATEGORIZACION DE ACREEDORES ~ CREDITO PRIVILEGIADO ~ ACREEDOR QUIROGRAFARIO ~ LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ RENUNCIA AL PRIVILEGIO ~ EXTENSION DEL PRIVILEGIO ~ EXTINCION DEL PRIVILEGIO ~ JUICIO UNIVERSAL ~ PROCEDIMIENTO CONCURSAL ~ PRIVILEGIO ESPECIAL ~ CREDITO LABORAL ~ PRIVILEGIO AERONAUTICO ~ PRIVILEGIO LABORAL ~ PRIVILEGIO MARITIMO ~ PRIVILEGIO FISCAL ~ SUBROGACION REAL ~ RESERVA DE GASTOS

# Mariani de Vidal, Marina - Los privilegios en el Proyecto de Código - L.L. To. 2012-D pág. 1240

**Sumario: I. Introducción. II. Los privilegios. Su ubicación en el articulado del Proyecto. III. Pautas observadas. IV. Disposiciones generales. V. Privilegios especiales (Título II, Capítulo 2). VI. Conflicto entre los acreedores con privilegio especial. VII. Colofón.**

**Abstract:** Consecuentemente, aunque se mantiene la doble regulación, se contará con regímenes que guardan analogía para ambos tipos de ejecuciones (las individuales y las colectivas), armonía que generará una mayor inteligibilidad en el tema de los privilegios. Respecto de la publicidad mediante la inscripción, el Proyecto no la contempla. No ha llegado el momento de introducirla en la legislación (la Ley de Concursos tampoco la prevé), pues con anterioridad debería sopesarse con todo cuidado el enorme impacto que ella produciría sobre el sistema registral.

**I. Introducción**

El 28 de febrero de 2011 fue dictado por el Poder Ejecutivo Nacional el decreto 191 (se publicó en el Boletín Oficial del 28 de ese mes), por el cual se creó la "Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", designándose como integrantes de ella a los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

El 27 de marzo 2012, en acto público, la Comisión hizo entrega a la Presidente de la Nación del trabajo elaborado [(1)](%5Cl%20%22FN1%22) que, luego de su examen e introducción de algunas reformas, fue elevado a la Cámara de Senadores para iniciar su tratamiento legislativo.

Hace pocos días se decidió, en el ámbito del Congreso de la Nación, crear una Comisión Bicameral, compuesta por Senadores y Diputados integrantes de distintas Comisiones de cada cuerpo, la que interactuará con la designada por dec. 191/2011 y que tendrá como finalidad el análisis del Proyecto. Habrá de constituirse dentro de los treinta días de su creación y expedirse dentro de los noventa días, elaborando un despacho previo al tratamiento de aquél por los legisladores. A esta altura ya se ha constituido la aludida Comisión Bicameral.

Me ha parecido útil formular algunas aproximaciones vinculadas a los aspectos salientes de la disposiciones del Proyecto referidas al tema de los Privilegios, más que nada enderezadas a la comprensión de su texto.

**II. Los privilegios. Su ubicación en el articulado del Proyecto**

El Proyecto consta de un Título Preliminar [(2)](%5Cl%20%22FN2%22) y seis Libros, [(3)](%5Cl%20%22FN3%22) divididos en Títulos, Capítulos y Secciones.

El régimen de los privilegios aparece regulado en el Libro Sexto, Título Segundo (arts. 2573 al 2586 inclusive), que consta de dos Capítulos: Capítulo 1 —Disposiciones Generales— y Capítulo 2 —Privilegios especiales—.

Las Disposiciones Generales se refieren a: Definición. Asiento (art. 2573); Origen legal (art. 2574); Renuncia y postergación (art. 2575); Indivisibilidad. Transmisibilidad (art. 2576); Extensión (art. 2577); Cómputo (art. 2578); Procesos universales. Régimen aplicable (art. 2579); Créditos quirografarios (art. 2581).

El Capítulo 2 regula los Privilegios Especiales: Enumeración (art. 2582); Extensión (art. 2583); Subrogación real (art. 2584); Reserva de gastos (art. 2585); Conflicto entre los acreedores con privilegio especial –art. 2586-.

La ubicación de los privilegios en el último Libro, que como dijimos reúne las disposiciones comunes a los derechos reales y personales, guarda alguna similitud con la metodología del Código de Vélez, cuyas normas relativas a los privilegios se instalan también en la Segunda y última Sección del último Libro (el Libro Cuarto), entre las disposiciones comunes a los derechos reales y personales, bajo el acápite "Concurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común" (arts. 3875 a 3938 inclusive).

**III. Pautas observadas**

Resulta sobreabundante destacar la importancia de la regulación de los privilegios, ya que –tratándose de la colocación que tendrán los diferentes acreedores al agredir el patrimonio del deudor común- ellos involucran al crédito y aun a la propiedad, que son motores del progreso de las sociedades. Sin dejar de ponderar la equidad y la justicia que juegan asimismo su papel. Es por eso que cada sociedad organizará su sistema de privilegios de conformidad con la concepción que pretenda para sí misma y los valores que desee resguardar

Un ajustado y prístino régimen de los privilegios redundará en beneficio de quienes sean llamados a aplicar su normativa (especialmente jueces y profesionales) y también de los particulares, pues reglas claras y sencillas han de brindar la necesaria seguridad jurídica a los efectos de anudar las diferentes relaciones y dilucidar los conflictos que eventualmente pudieran presentarse.

Son conocidos los desvelos que provoca el tema de los privilegios a todos los operadores del Derecho, quienes muchas veces se ven enfrentados a hipótesis que los sumen en el desconcierto.

Ello es debido no sólo a la complejidad propia de la materia sino también —y principalmente— al desorden que impera a su respecto, que hace bastante tiempo —junto con mi inolvidable Maestro— hemos calificado de "caos legislativo". [(4)](%5Cl%20%22FN4%22)

Y es que, además de los dos principales cuerpos normativos que los contemplan —el Código Civil y la Ley de Concursos—, concurren con sus disposiciones varios otros ordenamientos —Ley de la Navegación, Código Aeronáutico, Código de Minería, Código Penal, Ley de Entidades Financieras, Ley de Contrato de Trabajo, leyes fiscales, leyes sobre prenda con registro, warrants, debentures, propiedad horizontal; etc. etc.—.

Toda esta sobrecarga de preceptos, no siempre armónicos entre sí, ha provocado que los abrumados intérpretes reclamen la unidad legislativa y la simplificación del sistema, propiciándose la reducción del número de privilegios y la fijación de reglas nítidas y simples referidas al rango de cada uno, y hasta su publicidad registral. [(5)](%5Cl%20%22FN5%22)

Desde luego que el dictado de una Ley Unica de Privilegios, aplicable tanto a las ejecuciones individuales como a las colectivas (pues carece de toda lógica que un mismo crédito tenga o no tenga privilegio o le cuadre a su privilegio un orden distinto, según que se trate de una u otra situación) satisfaría la máxima aspiración. Pero redactarla configuraría una tarea ciclópea que llevaría largo tiempo concretar. Resulta pertinente señalar asimismo que se ha propiciado que la unificación se efectúe sobre la Ley de Concursos [(6)](%5Cl%20%22FN6%22) o, con distinta óptica, que lo sea sobre el Código Civil. [(7)](%5Cl%20%22FN7%22)

Ahora bien, según se expresa en los Fundamentos del Proyecto, "de conformidad con la labor encomendada a esta Comisión, no le corresponde ocuparse de la Ley de Concursos, ni de la de Seguros, ni de la de la Navegación, ni de otros temas contenidos en leyes o regímenes especiales completos o cerrados. A los fines de encaminarse a la anhelada unificación, se ha partido del régimen de privilegios regulado en la Ley de Concursos, [(8)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?src=externalLink&crumb-action=append&context=16&docguid=#8) aun en la regulación de los créditos laborales, y sobre él se ha moldeado el destinado a las ejecuciones individuales, contemplando las debidas particularidades".

Consecuentemente, aunque se mantiene la doble regulación, se contará con regímenes que guardan analogía para ambos tipos de ejecuciones (las individuales y las colectivas), armonía que generará una mayor inteligibilidad en el tema de los privilegios.

Respecto de la publicidad mediante la inscripción, el Proyecto no la contempla. No ha llegado el momento de introducirla en la legislación (la Ley de Concursos tampoco la prevé), pues con anterioridad debería sopesarse con todo cuidado el enorme impacto que ella produciría sobre el sistema registral.

Cabe señalar que las normas proyectadas aparecen inspiradas -en alguna medida- en el Proyecto de Unificación de 1998.

**IV. Disposiciones generales**

1. Definición, asiento y caracteres (Título II, Capítulo 1)

Se define al privilegio como "la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro" (art. 2573).

Con lo que va dicho que el privilegio no es derecho personal ni real, sino simplemente una cualidad que la ley estima conveniente atribuir a ciertos créditos, [(9)](%5Cl%20%22FN9%22) por distintos motivos. [(10)](%5Cl%20%22FN10%22) Resulta obvio que esa particularidad se tornará operativa en tanto se enfrenten por lo menos dos créditos que concurran sobre el mismo bien (o los mismos bienes) para cobrarse.

Se dispone que el privilegio sólo podrá ejercitarse mientras la cosa afectada a éste (asiento) permanezca en el patrimonio del deudor (art. 2573), quedando de este modo descartado, como regla, el carácter reipersecutorio del privilegio; [(11)](%5Cl%20%22FN11%22) aunque se deja a salvo la posibilidad de disposición legal en contrario. [(12)](%5Cl%20%22FN12%22)

Y también se dispone que el privilegio no puede ser ejercido sobre las cosas que la ley declara inembargables (art. 2573). Y es que, si no se pueden embargar, no podrán ser ejecutadas por el acreedor para cobrarse, siendo el embargo un trámite inexcusable de la ejecución forzada. Es, precisamente, sobre el precio obtenido en la ejecución forzada, que los acreedores han de caer haciendo valer, al concurrir, las preferencias que eventualmente les pudieran asistir.

Toda vez que el privilegio configura una excepción al esencial principio de paridad de los acreedores frente al patrimonio del deudor común, es lógico —lo cual se halla tradicionalmente reconocido y aparece consagrado en el art. 239, primer párrafo de la Ley de Concursos— que sólo puedan resultar de la ley, quedando esterilizadas las convenciones particulares para alumbrar privilegios que la ley no contempla (art. 2574 del Proyecto).

Es verdad que se autoriza en el art. 2575 que acreedor y deudor convengan la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas (subordinación) —y a esto alude el párrafo final del art. 2574—; mas ello no desnaturaliza el necesario origen legal de los privilegios, porque las convenciones celebradas reglarán los derechos entre acreedor subordinante y acreedor subordinado, pero no podrán afectar derechos de terceros, como se dispone expresamente (art. 2575), con lo que el principio de legalidad de los privilegios no sufre demérito alguno. Esto así, repito, toda vez que el convenio de subordinación, como principio, debe mantener inalterada la situación del resto de los acreedores, sin beneficio ni perjuicio para éstos. [(13)](%5Cl%20%22FN13%22)

Cabiendo advertir que los convenios de subordinación se encuentran ya admitidos en la Ley de Concursos (art 239) y en el párrafo agregado al art. 3876 Código Civil por la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296).

Se consagra la renunciabilidad de los privilegios —y es que se mueven en el ámbito de los derechos patrimoniales—, aunque también que el privilegio laboral no es renunciable ni postergable. [(14)](%5Cl%20%22FN14%22)

Se consagra expresamente la indivisibilidad del privilegio en cuanto al asiento y en cuanto al crédito, [(15)](%5Cl%20%22FN15%22) independientemente de la divisibilidad o indivisibilidad del asiento. Ello significa que la cosa afectada por el privilegio y cada parte de ella (asiento) responde por todo el crédito privilegiado y por cada parte de él. [(16)](%5Cl%20%22FN16%22)

Finalmente, se consagra que la transmisión del crédito incluye la de su privilegio (art. 2576), disposición lógica si se parte de la base de que "el privilegio es una calidad que corresponde al crédito".

El art. 2577 regula la extensión del privilegio, otorgándoselo únicamente al capital y disponiéndose que los intereses, las costas y otros accesorios no gozan de privilegio, salvo disposición legal expresa en contrario. La norma coincide con el art. 242 de la Ley de Concursos y resulta congruente con el criterio restrictivo que cabe atribuir a los privilegios, en mérito a su carácter excepcional.

La disposición proyectada —sobre la base de aquel criterio— consagra la opinión mayoritaria respecto de los intereses [(17)](%5Cl%20%22FN17%22) y, en cuanto a las costas, no implica que se suprima el privilegio de los que hoy denominamos "gastos de justicia" (art. 3900 y nota al art. 3879 del Código Civil actual), ya que seguirán gozando de una situación preferente respecto del crédito que han beneficiado —aunque no así, como principio general y salvo norma expresa en contrario, relativamente a los otros acreedores—. Es lo que resulta del art. 2585 —"Reserva de gastos"—, [(18)](%5Cl%20%22FN18%22) que coincide con el criterio del art. 244 de la Ley de Concursos.

Las excepciones a este principio las regula el art. 2588, sobre el que me detendré más adelante.

El art. 2578 establece que, cuando se conceda un privilegio por un determinado lapso (v.gr. el privilegio de las remuneraciones debidas al trabajador por seis [(6)](%5Cl%20%22FN6%22) meses art. 2582, inc. b), éste se cuenta desde el reclamo judicial, salvo disposición legal en contrario.

2. Privilegios generales. Procesos universales Créditos quirografarios (Título II, Capítulo 1)

El Proyecto recoge la clásica distinción entre privilegios generales y especiales. [(19)](%5Cl%20%22FN19%22)  Y siguiendo el criterio prevaleciente, [(20)](%5Cl%20%22FN20%22) se dispone en el art. 2580 que los privilegios generales sólo podrán ser hechos valer en los procesos universales y no en las ejecuciones individuales [(21)](%5Cl%20%22FN21%22) y que éstos se rigen siempre por la ley aplicable a los concursos, con lo cual se despeja las dudas que generan las normas del Código Civil actual (arts. 3879, 3880, 3918 y demás que reglan el orden de los distintos privilegios).

Es por tal motivo que el Proyecto sólo se ocupa de los privilegios especiales.

También se prevé (art. 2579) que en los procesos universales los privilegios ser rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos. De este modo los procesos sucesorios quedan sujetos a este régimen cuando se trate de graduar el orden de cobro de los acreedores.

Según el art. 2581 los créditos sin privilegio –los denominados quirografarios- concurren a prorrata entre sí, salvo disposición expresa en contrario. Obviamente –aunque no se lo diga- ha de considerarse quirografaria la parte del crédito que no alcanzara a ser pagado con el precio obtenido en la ejecución de su asiento. [(22)](%5Cl%20%22FN22%22)

**V. Privilegios especiales (Título II, Capítulo 2)**

Reiteramos que el régimen proyectado deriva los privilegios generales a la legislación de los concursos, de modo que únicamente se ocupa de los privilegios especiales que se harán valer en las ejecuciones individuales, pues, como se viera, las universales caen en el ámbito de la ley concursal.

Obviamente, frente a la situación de concurso del deudor, se aplicará la ley que regule los concursos —aun respecto de los privilegios especiales—.

1. Enumeración. El art. 2582 determina en seis incisos cuáles créditos gozarán de privilegio especial, en una enumeración que guarda armonía con la Ley de Concursos (art. 241), criterio que luce como adecuado y que obedece al propósito declarado en los Fundamentos de "encaminarse a la anhelada unificación" del régimen de los privilegios.

Esta armonización implica la eliminación de algunos privilegios que contiene el Código Civil actual, como el del vendedor de inmuebles, el del locador, el de los copartícipes por la garantía de evicción, etc.

Empero, no se incorporó un precepto similar al contenido en el art. 3884 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de 1987, [(23)](%5Cl%20%22FN23%22) y no se dispone la derogación de los privilegios establecidos por leyes especiales excepto los contemplados en la Ley de la Navegación, Código Aeronáutico, Ley de Entidades Financieras, Ley de Seguros y Código de Minería, como en aquel Proyecto se preveía. Una norma en tal sentido hubiera acentuado el camino hacia la unificación, disipando dudas que hoy se generan respecto de los privilegios creados por leyes especiales y que conspiran contra la claridad del régimen.

Volviendo a la enumeración de los privilegios se contempla:

a) El comúnmente denominado "privilegio del conservador" (gastos por la construcción, mejora o conservación de una cosa); su asiento es la cosa "conservada" —sea mueble o inmueble—.

Se incluye expresamente el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal. [(24)](%5Cl%20%22FN24%22) Este crédito no aparece mencionado en forma específica en la Ley de Concursos 24.522 (Adla, LV-D, 4381), pero la jurisprudencia y doctrina mayoritarias lo consideran incluido en art. 241, inc. 1) ("gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa") [(25)](%5Cl%20%22FN25%22)

Creemos que —más allá de le referencia concreta a la propiedad horizontal— quedan incluidos dentro del privilegio "del conservador", atendiendo a la naturaleza misma de la acreencia, los créditos por expensas en los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos —"clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos y cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente de su destino" — regulados en los arts. 2073 al 2086), aun en la hipótesis de que no se sujeten al régimen de propiedad horizontal. [(26)](%5Cl%20%22FN26%22)

Y por militar idéntica razón, a nuestro juicio, gozarán también del privilegio "del conservador" los "gastos del sistema" en el tiempo compartido (art. 2995, inc. d) y 2098) [(27)](%5Cl%20%22FN27%22) y la "cuota de servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio", en el caso de los cementerios privados (art. 2108, inc. b). [(28)](%5Cl%20%22FN28%22)

La conclusión alcanzada en los dos párrafos inmediatamente anteriores no implica la creación de un privilegio por vía analógica, sino interpretar, conforme reglas comunes de hermenéutica en la materia, que ciertos créditos –por su propia naturaleza- encuadran en y se hallan cubiertos por el privilegio ya establecido por la ley, más allá de su estricta literalidad. [(29)](%5Cl%20%22FN29%22)

b) Ciertos créditos laborales (remuneraciones debidas por seis meses y las provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo). El asiento serán las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación. La norma proyectada (art. 2582, inc. b), en coincidencia con el art. 241, inc. 2) de la ley 24.522, determina con claridad el asiento de este privilegio, despejando el galimatías consagrado en el art. 268 de la Ley de Contrato de Trabajo. [(30)](%5Cl%20%22FN30%22)

Cabiendo preguntarse si el régimen de privilegios que contiene la Ley de Contrato de Trabajo subsistirá en caso de ser sancionado el Proyecto, atento que no se propone en éste la expresa derogación de aquél.

En coincidencia parcial con la Ley de Contrato de Trabajo (art. 271), se establece que "cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre éstos".

Cabiendo señalar que la hipótesis referida en el último párrafo, cuya inclusión expresa es adecuada, no aparece contemplada en forma específica diferenciada —como debiera aparecer, ya que el asiento es bien diferente— en la Ley de Concursos 24.522.

La norma proyectada no distingue —como sí lo hace la Ley de Contrato de Trabajo— el supuesto de que el dependiente fuere contratado por un contratista o subcontratista del propietario.

c) Los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican a determinados bienes, sobre éstos.

La disposición coincide en principio con el art 241, inc. 3º de la ley 24.522, pero se incluye especialmente la contribución de mejoras (no mencionada por la ley concursal), lo que disipa cuestiones que se ha planteado en torno de estas últimas, [(31)](%5Cl%20%22FN31%22) aunque mayoritariamente se ha concluido en su calidad de privilegiada. [(32)](%5Cl%20%22FN32%22)

d) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre ésta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla.

En términos concisos se regula el privilegio del retenedor, cuya consagración por el art. 3946 reformado por la ley 17.711 originara diversas polémicas. Armoniza con el art. 241, inc. 4, de la ley 24.522.

e) Los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrants y los correspondientes a debentures y obligaciones negociable con garantía especial y flotante. Armoniza con el art. 241, inc.4, ley 24.522.

La novedad es que se concede un privilegio al acreedor anticresista, que no lo tiene en el Código Civil actual ni en la Ley de Concursos [(33)](%5Cl%20%22FN33%22) y que, sin embargo, ha sido juzgado pertinente por la doctrina. [(34)](%5Cl%20%22FN34%22)

f) Los privilegios establecidos en la Ley de la Navegación, el Código Aeronáutico, Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería. Coincide con la ley 24.522 (art. 241, inc. 6).

Estos privilegios se dejan librados a la legislación propia —en cuanto a su extensión y en cuanto a su orden de cobro—, justificándose ello en razón de su especificidad y particularidades.

2. Extensión. El art. 2583 reitera el criterio vertido en el art. 2577, en tanto dispone que "los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito".

La regla reconoce cuatro excepciones:

a) Los intereses por dos [(2)](%5Cl%20%22FN2%22) años —contados a partir de la mora— de los créditos laborales mencionados en el inc. b) del art. 2582; [(35)](%5Cl%20%22FN35%22)

b) los intereses correspondientes a dos [(2)](%5Cl%20%22FN2%22) años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos con garantías reales (art. 2582, inc. e); [(36)](%5Cl%20%22FN36%22)

c) las costas correspondientes a los créditos enumerados en los incs. b) -créditos laborales- [(37)](%5Cl%20%22FN37%22) y e) del art. 2582 —créditos con garantía real—; [(38)](%5Cl%20%22FN38%22)

y d) los créditos mencionados en el inc. f) del art. 2582, cuya extensión se rige por los respectivos ordenamientos —créditos establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería—. [(39)](%5Cl%20%22FN39%22)

3. Subrogación real. Disipando las dudas que al respecto generaba la normativa del Código Civil actual, se establece expresamente, en concordancia con lo dispuesto en el art. 245 de la ley 24.522, que el privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real.

Corresponde advertir que el privilegio se trasladará sobre los importes y no sobre las cosas que sustituyan al asiento originario, diluyéndose así dudas generadas en punto a esta última situación.

4. Reserva de gastos. Según el art.2585 "antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización. En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor".

Es el denominado privilegio de los "gastos de justicia" en relación con el crédito al que han beneficiado, conforme lo explicamos al ocuparnos de las disposiciones generales, al comentar el art. 2577. [(40)](%5Cl%20%22FN40%22)

**VI. Conflicto entre los acreedores con privilegio especial**

El art. 2586 organiza con claridad y sencillez el rango de los distintos privilegios cuando entran en conflicto respecto del mismo asiento. Con lo cual se procura eliminar el enredo resultante de las disposiciones del Código Civil actual, que es uno de los motivos por el que el tópico resulta tan intrincado.

Asimismo, se ha tratado de aproximar el texto al de la Ley de Concursos 24.522, con lo cual el sistema avanza hacia la deseada unificación.

Como regla general, se dispone en el art. 2586 que el rango de cada privilegio resultará del orden en que figuren enumerados en los incisos del art. 2582 y que, si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, la distribución entre ellos se hará a prorrata (art. 2586, inc. f).

Las excepciones a este principio las establece de seguido el mismo art. 2586.

En primer lugar se descartan los privilegios contemplados en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería, cuyo rango se deriva al "respectivo ordenamiento". La disposición se justifica ponderando la especificidad del asiento y régimen de estos privilegios, según ya se dijo.

Respecto de los restantes, las excepciones a la regla del orden de los incisos del art. 2582 atienden al nacimiento de cada crédito privilegiado, prevaleciendo el primero en el tiempo.

Y así:

1. El retenedor prevalece sobre los créditos con privilegio especial, si la retención se comenzó a ejercer antes de nacer éstos (art. 2386, inc. b). [(41)](%5Cl%20%22FN41%22)

2. El conflicto entre garantías reales y los créditos fiscales y el de los gastos de construcción, mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, que tantas discusiones ha levantado, se soluciona haciendo prevalecer a las garantías reales constituidas con anterioridad al momento en que se hayan devengado estos últimos. [(42)](%5Cl%20%22FN42%22)

3. Los créditos fiscales y los derivados de la construcción, mejora o conservación —incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal—, prevalecen sobre los créditos laborales posteriores a su nacimiento.

4. El conflicto entre créditos con garantía real y créditos laborales se resuelve con la misma regla: prevalecen los créditos con garantía real sobre los créditos laborales devengados con posterioridad a la constitución de la garantía.

**VII. Colofón**

El Proyecto da un importante paso hacia la unificación del régimen de los privilegios.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

 (1) Según se declara en los Fundamentos, la elaboración se efectuó sobre la base de los diversos Anteproyectos y Proyectos de reforma anteriores, trabajos críticos de la doctrina y de la jurisprudencia y la colaboración y participación de diversos especialistas y aun de la comunidad.

 (2) Trata de los derechos, de la ley, del ejercicio de los derechos y de los derechos y los bienes.

 (3) Libro Primero- Parte general (de la persona humana, de la persona jurídica, de los bienes)-; Libro Segundo –De las relaciones de familia-; Libro Tercero –De los derechos personales-; Libro Cuarto –De los derechos reales-; Libro Quinto –De la transmisión de los derechos por causa de muerte-; Libro Sexto –De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales-.

 (4) Conf. ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., "Privilegios: caos legislativo", LA LEY, 1975-D, 620.

 (5) Conf. BIBILONI, A, en su "Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino de 1926 y Proyecto de Ley Nacional de Bancarrotas de 1950". Ver ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., "Privilegios. Pautas fundamentales para una posible reforma", LA LEY, 1982-C, 801.

 (6) Así, la proyectada Ley Nacional de Bancarrotas del año 1959.

 (7) Ver al respecto, HIGHTON, E., "Juicio hipotecario", Buenos Aires 1996, t. 3, pp. 44/45.

 (8) La Ley de Concursos 24.522 pretende ser un sistema cerrado, aunque no lo logra integralmente a pesar de lo que dispone el art. 239, ya que ella contiene remisiones a otros ordenamientos: art 243, inc. 1; no obstante, en sus arts. 239 a 250 inclusive, simplifica el régimen de los privilegios y adopta criterios mucho más claros que los observados por el Código de Vélez, que constituyen un verdadero laberinto.

 (9) El legislador tiene en cuenta la naturaleza del crédito mismo que ampara con el privilegio y no la persona del acreedor de ese crédito ("objetividad" del privilegio)

 (10) Estos motivos —que pueden ser de distinta índole (la equidad, el interés público, la necesidad de proteger al trabajo, la conveniencia económica, razones de salubridad, etc.) — constituyen el fundamento de cada privilegio.

 (11) En nuestro derecho actual encontramos algunos ejemplos de reipersecución. Así, art. 3885 Código Civil (privilegio del locador); art. 269 Ley de Contrato de Trabajo (privilegio de ciertos créditos laborales); arts. 484 y 491, Ley de la Navegación 20.094 (privilegios sobre buques).

 (12) Tal sería el caso del privilegio sobre buques ya referido: arts. 484, inc. c) y 491, ley 20.094 (Adla, XXXIII-A, 170).

 (13) Sobre el tema ver ALEGRÍA, H. – BUEY FERNÁNDEZ, P., "Negocios jurídicos de subordinación crediticia", LA LEY, 1991-D, 1041; HIGHTON, E. - MOSSET ITURRASPE, J. - PAOLANTONIO, M. - RIVERA, J., "Reformas al Derecho Privado. Ley 24.441", Santa Fe 1995, pp. 435/438.

 (14) Coincide la norma con el art. 12, Ley de Contrato de Trabajo (LCT). Lo contrario implicaría apartamiento de pactos internacionales (v.gr. Convenio 173 OIT, ratificado por ley 24.285). En cuanto a la Ley de Concursos (LC), podría justificarse la renunciabilidad que ella consagra en el régimen especial que establece respecto de la renuncia (art. 43) y que se vincula con el cómputo de las mayorías a los efectos de los acuerdos que regula.

 (15) No se prevé la indivisibilidad, en el Código Civil actual, aunque la doctrina así los considera y hace extensivas a los privilegios las reglas de la indivisibilidad de la hipoteca. Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en "Código Civil Comentado", obra colectiva dirigida por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., KIPER, C. y TRIGO REPRESAS, F., Santa Fe 2007, comentario al art. 3875, p. 29; LLAMBIAS, J.J.., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", 3ª edición , t. I, nº 491, p. 643; ALLENDE, G. - MARIANI DE VIDAL, M., "Los privilegios en la Ley de Concursos y el Código Civil", Buenos Aires 1974, p.32/33; CORNA, P., "Teoría general de los privilegios", Buenos Aires, 1ª edición, p.31.

 (16) El art. 247 de la Ley de Concursos 24.522 contiene una norma peculiar, al establecer que los privilegios generales sólo pueden afectar la mitad del producido líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del art. 240 (gastos de conservación y de justicia) y el capital de los créditos laborales contemplados por el art. 246, inc. 1º; la otra mitad queda librada a los créditos quirografarios.

 (17) EN contra LLAMBIAS, J.J., ob. cit., loc. cit., nº 490, sobre la base de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y teniendo en cuenta que los intereses son accesorios del crédito, entiende que el privilegio cubre los intereses, sin necesidad de precepto expreso al respecto.

 (18) "Art. 2585. Reserva de gastos. Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización. En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor".

 (19) Los privilegios generales son los que recaen sobre el conjunto de bienes del deudor, los especiales son los que afectan una cosa determinada del patrimonio de aquél. Al respecto ver LLAMBIAS, J. J., ob. cit., nº 492, p. 645; ALLENDE, G. - MARIANI DE VIDAL, M., "Los privilegios ...", p. 35 y ss.

 (20) Ver, por ejemplo, LLAMBIAS, J. J., ob. cit., p. 646, texto y jurisprudencia y autores citados en nota 39.

 (21) El fundamento de esta diferencia entre los privilegios generales y los especiales radica en que no se justifica que, mientras el deudor tenga bienes suficientes para hacer frente a sus deudas, el acreedor que puede hacer valer su privilegio sobre todo el patrimonio de aquél pretenda obstaculizar la ejecución que otro acreedor hace de un bien determinado de ese patrimonio para cobrarse su acreencia.

 (22) Alguna vez, a los créditos que fueron privilegiados y se convirtieron en quirografarios respecto de la porción no pagada con la ejecución del asiento, los llamamos "créditos quirografarios derivados": conf. ALLENDE, G. - MARIANI DE VIDAL, M., ob. cit., p.178.

 (23) Art.3884: "Lo dispuesto en este Título deroga los privilegios establecidos por leyes especiales, salvo las de navegación, aeronavegación, minería, entidades financieras y contrato de trabajo".

 (24) La actual ley 13.512 otorga a las expensas comunes el privilegio del conservador (art. 17).

 (25) COnf. C1ªCCMar del Plata, sala II, 25.9.97; COSTANTINO, J. A. – FERNANDEZ, M. D., "El privilegio de las expensas en el concurso", LA LEY, suplemento diario del 23.3.908; VILLANUEVA, J., J., "Privilegios", Buenos Aires 2004, pp. 133/134.

 (26) Respecto de estos conjuntos, a pesar de que se impone la sujeción al régimen de la propiedad horizontal cuando se configuran derechos reales (art. 2075, segundo párrafo), se especifica que "pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales o personales" (art. 2075, último párrafo).

 (27) En el art. 2101 del Proyecto se establece que "Al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales".

 (28) En el art. 2112 del Proyecto se establece que "Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales".

 (29) Conf. LLAMBIAS, J. J., ob. cit., nº491, p. 642; PONSSA, R., "Doctrina general de los privilegios", Buenos Aires 1950, p.49.

 (30) Conf. ALLENDE, G. - MARIANI DE VIDAL, M., "Los privilegios y los créditos laborales", LA LEY, suplemento diario del 28.6.78.

 (31) Y aun en torno a las "tasas", habida cuenta de que los arts. 3879, inc. 2º y 3880, inc. 5º, del Código Civil, sólo se refieren a los "impuestos" y de que los privilegios son de interpretación restrictiva. Ver ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., "Los privilegios ...", p. 55; también MARIANI DE VIDAL, M:, "Hipoteca versus Fisco: una cuestión de privilegios", LA LEY, 138-1249.

 (32) Ver LLAMBIAS, J. J., ob. cit., nº 499, p.659; CORDEIRO ALVAREZ, E., "Tratado de los privilegios", 2º edición, p. 77 /78; GIULIANI FONROUGE, C., "Derecho Financiero", 5ª edición, p. 584; ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., "Los privilegios ....", p. 56.

 (33) Bien que, a través del derecho de retención que hoy asiste al anticresista (tanto en el Código Civil como en la ley de Concursos 24.522) , éste goza del privilegio del retenedor.

 (34) Conf. XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión nº 4 (Derechos Reales), en declaración unánime.

 (35) Lo proyectado coincide con el art. 274 de la Ley de Contrato de Trabajo y con el art. 242, inc. 1) de la Ley de Concursos 24.522.

 (36) Coincide —determinando claramente el período comprendido— con el temperamento adoptado por VELEZ respecto de la hipoteca (art. 3936, Cód. Civ.) y con el art. 242, inc. 2) de la Ley de Concursos 24.522.

 (37) En cuanto a las costas, el Proyecto se separa de lo dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo respecto de los privilegios especiales (art.274) y en la Ley de Concursos (art. 242), que no reconocen privilegio a aquéllas.

 (38) Coincide con lo que dispone el Código Civil respecto de la hipoteca (art.3937) y con la Ley de Concursos (art. 242, inc. 2).

 (39) Coincide con el art. 242, último párrafo, Ley de Concursos.

 (40) Coincide con el art.244, Ley de Concursos. Y también con el art. 3900, Código Civil.

 (41) Coincide con el art. 243, inc. 2), Ley de Concursos 24.522 y con el art. 3946, Código Civil.

 (42) Es criterio corriente en la jurisprudencia. Así CNCiv., sala H, 16.11.2006; JA, 2007-I-fascículo nº 10, p.70; CNCom., sala A, 24.5.2007, Suplemento La Ley Concursos y Quiebras, 29.8.2007, p. 44, entre otros.

Voces: CODIGO CIVIL ~ PROYECTOS DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL ~ REFORMA DEL CODIGO CIVIL ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ DERECHOS DEL ACREEDOR ~ PRIVILEGIOS ~ PRIVILEGIO AERONAUTICO ~ PRIVILEGIO ESPECIAL ~ PRIVILEGIO GENERAL ~ PRIVILEGIO LABORAL ~ PRIVILEGIOS CONCURSALES ~ PRIVILEGIO MARITIMO ~ RENUNCIA AL PRIVILEGIO ~ SUBROGACION REAL

Título: El régimen de los privilegios en el Proyecto de Código unificado 2012. Antecedentes jurisprudenciales de Tucumán.

# Padilla, Rodrigo - El régimen de los privilegios en el Proyecto de Código unificado 2012. Antecedentes jurisprudenciales de Tucumán. - AR/DOC/1622/2013

Publicado en: LLNOA2013 (mayo), 355

Sumario: 1. Nociones generales. — 2. Sobre la definición de "privilegio". — 3. El origen legal de los privilegios y sus otros caracteres. — 4. Renuncia y postergación. — 5. Subrogación real.

1. Nociones generales

Voy a tratar en este somero trabajo sobre el régimen de los privilegios según su consagración en el último intento de reforma legislativa, el Proyecto de unificación Civil y Comercial del año 2012. Sin dudas que en esta materia se ha avanzado significativamente respecto del régimen del vigente Código Civil. De hecho una de las críticas más conocida a la monumental obra de Vélez Sársfield concierne al tema que me ocupa. Muchas disposiciones no ayudaron para esclarecer esta crucial cuestión. Al contrario, crearon un consabido caos legislativo que tuvo su eco en la doctrina y jurisprudencia.

Como se explica claramente en los Fundamentos del último Proyecto, las dos leyes fundamentales que regulan lo relacionado con los privilegios son el Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras (1). Pero existen otros ordenamientos que los involucran, como la Ley de la Navegación, el Código Aeronáutico, el Código de Minería, el Código Penal, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Contrato de Trabajo; además de otras leyes que contemplan ciertos privilegios en forma aislada (v. gr., leyes fiscales, leyes sobre prenda con registro, warrants, debentures, propiedad horizontal, etcétera).

Todos estos ordenamientos no siempre guardan armonía entre sí, de manera que, a fin de dilucidar los conflictos entre acreedores, el operador jurídico suele encontrarse enfrentado a situaciones de complejísima solución habiéndose creado ese caos -o laberinto jurídico- como señalé recién.

Frente a ello este nuevo Proyecto -al igual que los anteriores- tiene como norte la simplificación de esta temática y su clarificación para lograr una uniforme aplicación práctica. Ahora bien, entendieron los autores que no corresponde contemplar en un Código Civil y Comercial lo atinente a privilegios que son de otra naturaleza (vg. Ley Laboral, Ley de Navegación, etc.), no obstante es innegable que se buscó consensuar y simplificar la materia como sucede en otros sistemas jurídicos.

Por supuesto que lo ideal sería contar con una sola legislación que abarque la totalidad de los privilegios, pero para conseguir esa meta previamente al menos habría que ponerse de acuerdo respecto de cuál "legislador" sería competente (el civil, concursal, laboral, etc.). Al respecto se ha dicho que "sería aconsejable la absoluta unificación de los privilegios en el Código Civil incorporando todos los supuestos previstos por las leyes especiales dentro de sus normas, evitando la dispersión legislativa que tantos inconvenientes ha ocasionado" (2). Vale decir que la autora citada entiende que es el legislador civil el competente para encarar semejante empresa. Estoy de acuerdo en ello, y en este aspecto se ha perdido una inmejorable oportunidad.

Sobre esta pretensión de unificar o consolidar la materia de privilegios en un sólo cuerpo orgánico, la doctrina es pacífica. Al respecto dijo Highton que lo ideal es la unificación de los privilegios en un solo cuerpo de leyes, "pues las remisiones de un cuerpo legislativo a otro, la duplicación de disposiciones y especialmente, la falta de coordinación entre las normas, hace que un mismo crédito sea privilegiado o no, o tenga prevalencia sobre otro (o desaparezca el privilegio) según el deudor esté o no concursado, o exista o no algún acreedor intermedio que provoque la interpretación diversas de las normas. La calidad del crédito no debe variar en las diferentes situaciones y los terceros deben saber a qué atenerse en todo momento" (3).

Es que la subsistencia de otros privilegios, por fuera de los consagrados en la legislación Civil y Comercial, incluyendo la Concursal, va a "generar dudas interpretativas, contiene alguna solución disvaliosa y autoriza la vigencia de ciertos regímenes continentes de super privilegios, de difícil justificación. Por lo demás incidirá en el orden de los privilegios la presencia de ciertos créditos amparados por esas leyes especiales" (4).

Por otro lado se ha puesto de manifiesto que la proliferación de privilegios creados en la legislación especial es debido a la presión que ciertos grupos ejercen sobre el legislador. Y que es plausible que como regla general se disponga la derogación de los privilegios establecidos por leyes especiales, tal como lo hacía el art. 3884 del Proyecto de unificación de la legislación Civil y Comercial del año 1987 (5).

Debo aclarar que muchos de los comentarios recién transcriptos se refieren a aquel Proyecto del año 1987, el cual daba un paso más marcado en ese sentido de unificación que el actual Proyecto, puesto que eliminaba los privilegios establecidos en leyes especiales aunque dejaba subsistentes varios micros-sistemas que atentan contra la unidad.

Es cierto que este nuevo Proyecto se ha quedado a mitad de camino, en este sentido de consagrar un régimen único y, lógicamente, omnicomprensivo. Sin embargo, reitero, el avance es significativo.

Al respecto puede observarse que en los propios Fundamentos del Proyecto 2012 se aclara que si bien no le corresponde a la Comisión ocuparse de la Ley de Concursos, ni la de Seguros, ni Navegación, etc., "a los fines de encaminarse a la anhelada unificación, se ha partido del régimen de privilegios regulado en la Ley de Concursos aun en la regulación de los créditos laborales, y sobre él se ha moldeado el destinado a las ejecuciones individuales, contemplando las debidas particularidades".

Por ello, si bien se mantiene la doble regulación, "se contará con regímenes que guardan analogía para ambos tipos de ejecuciones (las individuales y las colectivas), armonía que generará una mayor inteligibilidad en el tema de los privilegios" (6).

Es decir que si se aprueba este Proyecto los privilegios generales se deberán hacer valer sólo en los procesos colectivos. Por ello éste regula sólo los privilegios especiales (7). Los generales rigen sólo en los procesos universales, haya o no insolvencia. Es decir que si el proceso es universal (también en el caso del proceso sucesorio), rige la ley concursal y no el proyectado Código Civil y Comercial. Por cierto que la unificación en materia de privilegios especiales supone la eliminación de algunos que contiene el Código Civil y que han desaparecido de la ley concursal, como son el del vendedor de inmuebles y el del locador (ver los citados "Fundamentos").

Los privilegios especiales se deben ejercitar en las ejecuciones singulares mediante la tercería de mejor derecho (8). Aunque es claro que la materia de privilegio tiene más interés en los concursos, es decir "cuando presuntivamente el patrimonio del deudor no alcanza para satisfacer todas sus deudas, en que el privilegio permite a algunos cobrarse antes que otros" (9).

Por cierto que no se consagra en esta nueva regulación proyectada normas sobre la publicidad de los privilegios, cuestión que tampoco regula la actual Ley de Concursos y Quiebras. Sin dudas que todavía no ha llegado el momento de introducirla en la legislación, "pues con anterioridad debería sopesarse con todo cuidado el enorme impacto que ella produciría sobre el sistema registral" (10).

Pues bien, la regulación de este capítulo la encontramos en el Libro Sexto, Título Segundo, arts. 2573 a 2586 del último Proyecto. En el vigente Código de Vélez hay que buscarlo en el Libro Cuarto, Sección Segunda, Título I, arts. 3875 a 3938. En la Ley de Concursos y Quiebras, este tema está tratado en el Título IV, Capítulo I, arts. 239 a 250.

En definitiva, es evidente la reducción del articulado en esta materia y la simplificación del régimen. Este Proyecto, insisto, sólo regula los privilegios especiales, dejando a la Ley Concursal lo atinente a los privilegios generales, bregando por la mentada unificación en este sensible campo.

Dicha simplificación y unificación cuenta con antecedentes en el Derecho nacional. De hecho el Proyecto de unificación de la legislación Civil y Comercial del año 1987 trasladaba al Código el capítulo referido a los privilegios que contemplaba la Ley Concursal entonces vigente -ley 19.551- y aquél prácticamente reproducía -con algunas variantes- el régimen concursal, lo que fue en general aplaudido por la doctrina (11).

En cuanto a las "Fuentes" del nuevo Proyecto, quepa advertir que el presente Proyecto -al igual que prácticamente todos los Códigos del mundo- carece de notas, a diferencia del Código de Vélez. Por ello no resulta sencillo revelar con exactitud los antecedentes que tuvo en consideración la Comisión en cada artículo que consagra. Los "Fundamentos", tanto del nuevo Proyecto, cuanto de los que obran en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998, tampoco ayudan demasiado.

Sí puedo afirmar, sin temor a equivocarme, que el criterio metodológico de tratar a los privilegios en el último Libro de este Código, en lo concerniente a las "disposiciones comunes a los derechos personales y reales" (junto al derecho de retención y la prescripción) -al igual que el Código de Vélez- encuentra sus antecedentes en las ideas de Freitas, expuestas en la Introducción a la Consolidación de las Leyes Civiles (12).

Justamente por ello acaso un defecto metodológico resida en no tratar a los privilegios en el área de las obligaciones, como contenido del derecho de crédito y hacerlo en este Libro Sexto cuando en realidad los privilegios se vinculan, para alguna doctrina, pura y exclusivamente con los derechos creditorios (13). Dicha crítica se le hizo a Vélez y podrá repetirse con el actual Proyecto pues siguió, en este aspecto, el mismo camino.

Por otro lado, es fácil advertir que Vélez Sársfield tomó como modelos en este tema de los privilegios a la Ley belga de 1851, al Esbozo de Freitas ya referido, al propio Código Civil francés, al de Luisiana y al de Chile. Las obras doctrinarias seguidas por Vélez fueron las de Aubry et Rau, Martou y Pont (14).

2. Sobre la definición de "privilegio"

Respecto de la definición de privilegio, Vélez decía en el art. 3875 que "El derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro, se llama en este Código privilegio" (15).

A su turno este Proyecto define al privilegio en el art. 2573 como la "calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro" (16). Al definirlo como calidad o cualidad de un crédito y no como un derecho del acreedor (como lo hacía Vélez) se termina con la disputa sobre si éste es un derecho real o personal.

Recordaré que en nuestra doctrina se planteó una viva polémica sobre la naturaleza jurídica del privilegio. Así, autores como Segovia y Salvat entendían que el privilegio era un derecho real (principalmente por ser de origen legal y por la especie de acción persecutoria en materia de inmuebles y algunos muebles -en el Derecho francés pregonaban este carácter Demolombe, Planiol, Ripert y Josserand, entre otros-). Por el contrario, Molinario, Cortés, Trigo Represas, Argañaraz, Bibiloni, León, Pizarro y Vallespinos, junto a la doctrina mayoritaria, sostenían que el privilegio se trataba de un derecho personal, puesto que el mismo no crea una relación directa e inmediata entre el acreedor y la cosa; ni tampoco importa un desmembramiento del dominio, ni confiere en general ese ius persequendi contra terceros. Además no figura entre los derechos reales enumerados por el artículo 2503 del Código Civil (recordemos el sistema de numerus clausus adoptado por nuestro ordenamiento).

No obstante ello, algunos autores ya veían en los privilegios una simple solución brindada por la ley para el caso de conflicto de acreedores cuando los bienes del deudor común resultaran insuficientes para satisfacer a todos. Vale decir que no se trata de un derecho autónomo, sino una de las facultades comprendidas en algunos derechos de créditos cuando la ley concedió tal facultad -preferencia- en atención a la naturaleza misma del crédito (17).

En esa misma línea se señaló que los privilegios no son en realidad ni derechos personales, ni reales, puesto que no constituyen derechos subjetivos contra el deudor, sino meras cualidades, propiedades o modos de ser de ciertos créditos que les permiten ser pagados con preferencia a otros pero que carecen de autonomía (Allende, Llambías, Borda, Alterini, Ameal, López Cabana, etc.; En el Derecho italiano, Messineo).

Pues bien, este Proyecto sigue esta última tendencia, la cual tiene en consideración más al crédito que al acreedor; a la calidad, facultad o cualidad, que al derecho. Se opta en la definición por resaltar la objetividad del privilegio.

También se determina en ese mismo artículo 2573 que el privilegio puede ejercitarse mientras la cosa afectada a éste -asiento- "permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real". Es claro que con esta directiva legal se descarta, como regla, el carácter reipersecutorio del privilegio, aunque siempre queden a salvo disposiciones legales que contemplen lo contrario, como ser el caso de ciertos créditos laborales (art. 269, Ley de Contrato de Trabajo 20.744) y los privilegios sobre buques (arts. 484, inc. c. y 491, de la Ley de Navegación 20.094).

Se puede sostener que de las típicas características del derecho real del ius praeferendi y del ius persequendi, el privilegio goza, en principio, sólo de la primera.

Además, en tanto se determina que los privilegios pueden ejercitarse mientras la cosa afectada al mismo permanezca en el patrimonio del deudor -salvo excepciones legales o subrogación real- avala "la postura de quienes entienden que el asiento del privilegio es la cosa" (18).

En la última parte del artículo 2573 se aclara que el privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas por ley. Ello es lógico puesto que las cosas que no se pueden embargar tampoco pueden ejecutarse. Y el privilegio trata justamente sobre la ejecución forzosa de ciertos bienes de un deudor común a varios acreedores, cuyos bienes en principio son insuficientes para atender a todos los créditos debidos. Allí es donde los acreedores podrán hacer valer sus privilegios, siempre por la calidad de sus créditos y no en razón de las personas involucradas.

3. El origen legal de los privilegios y sus otros caracteres

El artículo 2574 del Proyecto establece que "Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece". Esta norma proyectada se relaciona en forma directa con el art. 3876, primera parte, del Código de Vélez. En efecto, el vigente Código Civil determina que "El privilegio no puede resultar, sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores".

A su turno, esta disposición proyectada encuentra como fuente inmediata al Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998. Este Proyecto establecía en su art. 2514 que "Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro sino del modo como la ley lo establece".

Quepa aclarar que en nuestro ordenamiento los autores distinguen entre causas legítimas de preferencia y privilegios. Todo privilegio implica una causa legítima de preferencia, pero no a la inversa. Vale decir que causa legítima de preferencia tiene una extensión mayor que el concepto del privilegio, puesto que también abarca a la hipoteca, la prenda y los demás derechos de garantía generadores de preferencias (19).

En este sentido se predica la convencionalidad como presupuesto de las garantías reales, desde que nuestro sistema no admite la existencia de hipotecas u otros derechos reales tácitos o judiciales; y la legalidad respecto de los privilegios, "en el sentido de que los privilegios sólo pueden ser creados por la ley" (20).

También se ha señalado que la causa del crédito es el elemento que sirve para "distinguir los privilegios (cuyo origen inmediato es la ley, que toma en consideración la causa del crédito), de las preferencias nacidas de los derechos reales (cuya fuente inmediata es la convención y la mediata es la ley y en las que ninguna relevancia tiene la causa de la obligación)" (21).

Esta distinción, cuyo antecedente vernáculo puede remontarse hasta el Código de Comercio de 1859, apareció cuestionada por el Proyecto de unificación legislativa del año 1987 (el cual llegó a ser ley, luego vetada por el Presidente Menem) "al eliminar del art. 3875 del Cód. Civil la mención del origen legal, y al autorizar en el art. 3876 -interpretado a contrario sensu- que los deudores creen privilegios a favor de sus acreedores en el modo que ella establezca" (22).

Quepa aclarar que en puridad fue Bibiloni quien en su Anteproyecto sostuvo que el art. 3876 del Código de Vélez era errado pues el deudor puede crear privilegios a sus acreedores a través de la constitución de derechos reales de garantía (ver nota al art. 1276 de su Anteproyecto).

No obstante ello, este último Proyecto se inclina por la idea contraria, aquella que por cierto predomina ampliamente en la doctrina, tal el origen legal de los privilegios. "En efecto, la mayor parte de nuestros autores sostiene que los privilegios son siempre legales, incluyendo a las preferencias que emanan de los derechos reales de garantía" (23).

También se ha señalado con todo acierto que los privilegios no constituyen en puridad una creación del legislador, "sino la consagración en las legislaciones particulares de un principio universal, que reposa en la valoración que la sociedad concede a ciertos créditos por su naturaleza. Sólo pueden ser establecidos por la legislación nacional" (24).

Amén del origen legal recién referenciado, la doctrina en general suele afirmar que los privilegios tienen estos otros caracteres: excepcionalidad; inseparabilidad; objetividad; y que otorgan una prelación en cuanto al pago (25).

Así, son excepcionales porque quiebran el principio de igualdad. Marcan una excepción a la regla de que todos los acreedores están en un plano de igualdad frente al patrimonio de su deudor común. Y al ser excepcionales los privilegios, es claro que su interpretación ha de ser, necesariamente, de carácter restrictivo, no pudiéndose crear privilegios por analogía (26).

También se pregona que los privilegios son inseparables, en tanto no sólo son accesorios de los créditos a los cuales se refieren, sino que también son inseparables y se transmiten junto a los mismos.

En cuanto a la objetividad, quepa decir que dicha preferencia que otorga la ley a ciertos créditos "no tiene vinculación con los sujetos que son titulares, sino con la naturaleza misma de la prestación realizada por el acreedor y que ha sido la causa del nacimiento del crédito" (27).

Respecto de la última característica señalada, hay que subrayar que los privilegios sólo confieren "un derecho de preferencia o prelación sobre el precio de las cosas afectadas al privilegio, y no un derecho sobre las cosas mismas" (28). Esta cualidad ha sido fundamental para que la doctrina en general entienda que los privilegios no eran derechos reales, puesto que el acreedor no puede hacer efectivo su derecho directamente sobre la cosa misma, sino que deberá necesariamente recurrir a la Justicia para efectuar la liquidación y recién entonces actuará su privilegio, acordándole una preferencia sobre el precio obtenido de dicha liquidación, lo cual le permitirá cobrar antes que otros acreedores (29).

Otros autores agregan como caracteres propios de los privilegios a su accesoriedad; transmisibilidad; e indivisibilidad (30).

En este sentido se dijo que siendo cualidades de ciertos créditos, los privilegios son accesorios a ellos y quedan ligados a su suerte, salvo el caso de novación -puesto que por medio de reserva expresa las partes pueden impedir la extinción del privilegio-.

Sobre la transmisibilidad y la indivisibilidad del privilegio trata justamente el Proyecto en su art. 2576. Éste reza que "Los privilegios son indivisibles en cuanto al asiento y en cuanto al crédito, independientemente de la divisibilidad del asiento o del crédito. La transmisión del crédito incluye la de su privilegio".

Por cierto que la cuestión de la indivisibilidad no encuentra correlato directo con el Código de Vélez Sársfield. Cosa distinta sucede con la transmisión que sí fue contemplada por el codificador de 1869. En efecto el Código Civil establece en su art. 3877 que "Los privilegios se transmiten como accesorios de los créditos a los cesionarios y sucesores de los acreedores, quienes pueden ejercerlos como los mismos cedentes".

Tampoco el Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998 consagraba la indivisibilidad del privilegio. Pero sí determinaba su transmisión. Sus expresiones, en este sentido, son idénticas a las del nuevo intento legislativo. Así, dicho Proyecto establecía en su art. 2516 que "La transmisión del crédito incluye la de su privilegio".

Como ya señalé los privilegios son inseparables, en tanto no sólo son accesorios de los créditos a los cuales se refieren, sino que también son inseparables de éstos y se transmiten junto a los mismos. Por ello el Proyecto dice en forma expresa que la trasmisión del crédito incluye la de su privilegio, "disposición lógica si de parte de la base de que 'el privilegio es una calidad que corresponde al crédito'" (31).

Por otro lado también los privilegios son indivisibles, tal como reza la norma proyectada. Y son indivisibles tanto respecto al asiento, cuanto al crédito, independientemente de la divisibilidad de cualquiera de ellos.

Esta regla de la indivisibilidad implica que todo el producido de la cosa o cosas, y cada parte de ese producido "quedan afectados al pago de todo el crédito y de cada parte de él, de modo que la división de las cosas o del crédito no afecta la integridad del privilegio y éste subsiste hasta tanto haya sido totalmente satisfecho el acreedor" (32).

4. Renuncia y postergación

Respecto de la posibilidad de renunciar al privilegio o de postergar el mismo, el Proyecto tiene una norma expresa. Se trata del artículo 2575, el cual dispone que "El acreedor puede renunciar a su privilegio. El acreedor y el deudor pueden convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas presentes o futuras; en tal caso, los créditos subordinados se rigen por las cláusulas convenidas siempre que no afecten derechos de terceros. El privilegio del crédito laboral no es renunciable, ni postergable".

Esta disposición proyectada encuentra como fuente inmediata al Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998. De hecho se siguió a dicho Proyecto en forma casi literal (ver art. 2515 de dicho Proyecto).

Por otra parte, el nuevo Proyecto expresamente prohíbe la renuncia y la postergación del privilegio emanado del crédito laboral, cuestión no contemplada ni en la legislación concursal, ni en el mencionado Proyecto del año 1998.

Ahora bien, como ya señalé los privilegios resultan exclusivamente de la ley. Las partes no tienen autoridad para crear tal o cual privilegio a favor de tal o cual acreedor, puesto que ello atentaría contra el principio básico de la igualdad de los acreedores frente al patrimonio de su deudor común, patrimonio que constituye la "prenda" o garantía de sus créditos.

Ello se relaciona también con el hecho que los privilegios tienen en consideración circunstancias objetivas. No se protege a tal o cual acreedor, sino más bien a tal o cual crédito, que por distintos motivos -interés público, equidad, salubridad, protección al trabajo, conveniencia económica, etc.- merece un trato diferencial.

Esta falta de fuerza de la autonomía de la voluntad de los particulares no es absoluta. Ello puesto que si bien el deudor no puede crear privilegios -origen legal-, sí puede, en cambio, convenir con su acreedor la postergación de los derechos de dicho acreedor con respecto de otras deudas -presentes o futuras, agrega el Proyecto-. Por supuesto que en tal caso los créditos postergados -subordinados- se van a regir por sus términos convenidos, siempre que no afecten derechos de terceros. "Ello permite que entre a jugar la autonomía de la voluntad en cuanto al rango, como acontece con las garantías reales" (33).

Dicha posibilidad de convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas, "no desnaturaliza el necesario origen legal de los privilegios, porque las convenciones celebradas reglarán los derechos entre acreedor subordinante y acreedor subordinado, pero no podrán afectar derechos de terceros, como se dispone expresamente, con lo que el principio de legalidad de los privilegios no sufre demérito alguno. Ello es así, pues el convenio de subordinación, como principio, debe mantener inalterada la situación del resto de los acreedores, sin beneficio ni perjuicio para éstos" (34). Por cierto que los mencionados convenios de subordinación se encontraban ya admitidos en la Ley de Concursos y Quiebras, y en el vigente Código Civil.

Por otra parte, también se permite en forma expresa la renuncia del privilegio, tal como prevé la primera parte del artículo 2575. Quepa aclarar que dicha renuncia no implica la renuncia del crédito al cual el privilegio accede, sino tan sólo a su carácter de privilegiado. Por lo tanto esta renuncia no constituye un modo de extinción de las obligaciones, claro está salvo que el acreedor expresamente pretenda renunciar no tan sólo al privilegio, sino además al crédito al cual va anexo. Esta segunda renuncia jamás podrá considerársela en forma tácita, sino que expresamente deberá así constar sin que quede la menor duda.

Por último, en forma tuitiva la ley determina que el privilegio emanado del crédito laboral no es renunciable ni postergable. Su razón es más que obvia: la protección que se dispensa a los trabajadores, quienes en ocasiones determinadas pueden encontrarse sorprendidos ante dichas situaciones no deseables. Por ello el Proyecto prohíbe en forma terminante estos pactos que sólo perjudicarían a los trabajadores.

5. Subrogación real

El artículo 2585 del Proyecto expresamente prevé la situación de la "subrogación real". El mismo dice "El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real".

Este artículo proyectado no mantiene una relación directa con el vigente Código Civil, pues no existe disposición análoga en el Código de Vélez.

En cambio sí encuentra concordancias en la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, cuyo art. 245 establece que "El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recaía, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. En cuanto exceda de dichos importes los créditos se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos, salvo lo dispuesto en el art. 246 inc. 1".

Por otra parte, esta disposición encuentra como fuente inmediata al Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998. Sólo insensibles giros semánticos los diferencian del art. 2521 de ese Proyecto.

Por cierto que de convertirse en ley el Proyecto, este artículo va a tener una aplicación práctica considerable. Es positivo que expresamente se haya previsto la subrogación real, cuestión respecto de la cual el Código velezano guarda silencio, como dije recién.

Hay que advertir que el privilegio se trasladará "sobre los importes y no sobre las cosas que sustituyan al asiento originario, diluyéndose así dudas generadas en punto a esta última situación" (35).

En cuanto a la enumeración de los privilegios "especiales" (art. 2582 del Proyecto) y el conflicto que se genera entre los acreedores que cuentan con dichos privilegios (art. 2586), al igual que otras cuestiones de interés, dejo por ahora sin tratar dado la extensión de estos tipos de trabajos. Sólo remarcaré que en esos aspectos se simplifica en mucho ese laberinto jurídico que en la actualidad crea el consabido caos que referencié al iniciar este artículo. En ese aspecto la legislación proyectada es bienvenida, no así en otros tantos temas referidos principalmente a cuestiones extrapatrimoniales.

 (1) Al respecto de la legislación concursal, ha dicho claramente una Cámara tucumana que "El presente juicio es una Quiebra y como tal es una especie dentro del género de los procesos concursales, en los cuales, por definición, los intereses en juego exorbitan al de los profesionales intervinientes (vg. el aquí apelante) ya que también están en juego los del deudor, los de los múltiples acreedores y lo de la sociedad toda y es por ello que la doctrina nacional se ha pronunciado en forma uniforme sobre el orden público como característica de la legislación concursal (Cámara, H. "El Concurso Preventivo y la Quiebra", Ed. De Palma, Bs. As. 1.978, Vol. I, pág 97/101; Muñoz "Tratado de los juicios concursales mercantiles" T.. I, pág. 7, Martín y Herrera, F. "La Convocatoria de Acreedores y la Quiebra", Bs. As. 1.923, T II. n°.: 189 y 190: Oyuela, Francisco A., en LL 152-445: Fernández, Raymundo "Fundamentos de la Quiebra" Editorial Cía Impresora Argentina", Bs. As., 1.937, pág. 905). Ello adquiere fundamental importancia en la crítica etapa denominada de "Liquidación y Distribución" (Capítulo. VI del Título III de la ley 19.551), la cual prescriba acerca de las reservas y su desafección y es donde la ley de la materia repetimos de orden público - marca los principios de la par conditio creditorium y del orden de privilegios y de preferencias en el cobro. (...) Atendiendo a los principios anteriormente referidos se concluye que si bien los La ley 1.9551, aplicable al caso, contiene a la vez disposiciones procesales y de fondo que no admiten la posibilidad de ser desvirtuadas por lo prescripto en la leyes locales (CNAc. Civil Sala "E", 29/03/79 "Compolongri de Zaccagnini, Josefina R.S. s/Concurso"). Conforme surge de la lectura del artículo 301 L.C., la aplicación de las leyes locales tiene un carácter excepcional y restrictivo, no correspondiendo hacerlo en la especie, como lo pretende el apelante, ya que de esta manera alteraría todo el mecanismo previsto por la ley acerca de la regulación de honorarios y oportunidades y preferencia de su percepción, y fundamentalmente se atentaría contra el valor de la "uniformidad" que debe reinar en todos los procesos concursales", conf. Cámara Civil y Comercial Común, Sala 2, Sentencia: 475, Fecha: 31/10/2000; In re: Compañía Azucarera y Alcoholera Soler S.A. S/concurso preventivo (hoy quiebra), Dres.: González De Ponssa - Robinson. En igual sentido puede verse este otro precedente: Cámara Civil y Comercial Común, Sala 3, Sentencia: 392, Fecha: 07/11/2000; E.T.A.P. S.R.L. S/quiebra, Dres.: Ibáñez - González De Ponssa.

 (2) FERRER, Patricia, "Régimen de los privilegios. Algunas consideraciones acerca del Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", en Jurisprudencia Argentina, 111-792.

 (3) HIGHTON, Elena I., "Extensión y funcionamiento del privilegio por gastos de justicia en el Proyecto de unificación legislativa civil y comercial", en El Derecho, 128-705; En igual sentido, entre tantos autores, ver: FERRER, Patricia, "Régimen de los privilegios. Algunas consideraciones acerca del Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", en Jurisprudencia Argentina, 111-792. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Primeras reflexiones en torno a los privilegios en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", en La Ley, 1988-C, 797; MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los privilegios en el Proyecto de Código", en La Ley del 8 de agosto de 2012; RIVERA, Julio César — MEDINA, Graciela, "El tratamiento de los privilegios en el Proyecto de unificación legislativa", en El Derecho, 127-693.

 (4) RIVERA, Julio César — MEDINA, Graciela, "El tratamiento de los privilegios en el Proyecto de unificación legislativa", en El Derecho, 127-693.

 (5) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Primeras reflexiones en torno a los privilegios en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", en La Ley, 1988-C, 797.

 (6) MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los privilegios en el Proyecto de Código", en La Ley del 8 de agosto de 2012.

 (7) En cuanto al concepto de privilegio especial ha señalado la Cámara Civil de Tucumán que "Como primera premisa se debe tener en cuenta que 'el privilegio especial no es un rubro o calidad que se le asigna al crédito en forma abstracta, sino que está calificando el crédito con relación a determinados bienes, sobre los cuáles ha de incidir el privilegio' (Cf. Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, "los Privilegios en la Ley de Concursos y los Créditos del Concurso", pág. 260)"; conf. Cámara Civil y Comercial Común Sala 1, Sentencia: 155, Fecha: 18/05/1999, in re: Cía. Azucarera y Alcoholera Soler S.A. s/quiebra -inc.de desafectación de reservas y pago-, Dres.: González De Ponssa-Robinson.

 (8) Sobre el concepto de "tercería" y su finalidad se ha dicho con claridad que "Es sabido que doctrinariamente (Lino Enrique Palacios en su obra: "Manual de Derecho Procesal Civil" Tomo III, págs. 274 y siguientes), se denomina tercería a la pretensión que puede interponer una persona ajena a las partes intervinientes en un determinado proceso, a fin de que se disponga el levantamiento de un embargo trabado en dicho proceso sobre un bien de su propiedad, o que se le reconozca el derecho a ser pagado con preferencia al embargante con el producido de la venta del bien que ha sido objeto de dicha medida. Continúa enseñando el citado tratadista que: "La admisibilidad de las tercerías, cualquiera sea su clase, se halla condicionada a la existencia de un embargo, el que además, es necesario que haya sido efectivamente trabado". "La tercería de mejor derecho o de preferencia, tiene por objeto obtener que, sobre el producido de la venta de un bien embargado, se declare el derecho del tercerista a ser pagado preferentemente con relación al embargante; es decir que la pretensión del tercerista no tiende a que se le reconozca la titularidad del crédito reclamado por el embargante, sino a lograr un pago preferencial fundado en los privilegios especiales, es decir, aquellos que afectan determinados bienes del deudor". Sin embargo, nuestro Alto Tribunal local mediante Sentencia n° 212 del 23/04/92... planteó el siguiente interrogante: "En nuestro ámbito local, ¿es aceptable la figura de una tercería de mejor derecho con vocación exclusoria del acreedor embargante y apropiatoria del bien embargado? Ninguna duda puede abrigarse acerca de la favorable acogida que el texto del art. 95 del Código Procesal Civil brinda a la figura que nos ocupa, desde que la expresión "ser pagado" no puede limitarse al concepto vulgar del pago (desembolso de una suma de dinero) sino a una más amplia y genuina como es la de hacer efectivo su derecho mediante la entrega de la cosa misma, esto es un pago "in natura". Quedamos entonces en que la descripción de las modalidades de tercería de mejor derecho se acomoda sin esfuerzo al caso tratado, estos es, el del adquirente del inmueble mediante boleto de compraventa que al mismo tiempo tiene la posesión de dicho bien". De modo que conforme a tal pronunciamiento, la vía procesal elegida por el actor (tercería de mejor derecho) es la adecuada para analizar la cuestión debatida", conf. Cámara Civil en Familia y Sucesiones Sala 1, Sentencia: 420, Fecha: 04/08/2005, in re: Albarracín Américo Argentino Vs. REM-TER S.R.L. c/IPVDU s/tercería; Dres.: Ruíz-Castellanos.

 (9) FASSI, Santiago C. — GEBHARDT, Marcelo, Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable, 6ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997.

 (10) ITURBIDE, Gabriela A., "Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586", en RIVERA, Julio César (Dir.), Medina, Graciela (Coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2012; MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los privilegios en el Proyecto de Código", en La Ley del 8 de agosto de 2012.

 (11) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Primeras reflexiones en torno a los privilegios en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", en La Ley, 1988-C, 797.

 (12) ITURBIDE, Gabriela A., "Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586", en RIVERA, Julio César (Dir.), Medina, Graciela (Coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2012.

 (13) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis Curso de Obligaciones (lecciones del Dr. Luis Moisset de Espanés, tomo II, Advocatus, Córdoba, 1993.

 (14) Ver, entre tantos, MOISSET DE ESPANÉS, Luis Curso de Obligaciones (lecciones del Dr. Luis Moisset de Espanés, tomo II, Advocatus, Córdoba, 1993.

 (15) También en la jurisprudencia se ha definido al privilegio y se lo ha distanciado del denominado "pronto pago" laboral en materia concursal. Así, de dijo que "Siguiendo a Molinario (los Privilegios en el Derecho Civil Argentino", P.19) podemos decir que se entiende por privilegio el derecho dado a un acreedor, exclusivamente por la ley, y sin que medie convención al efecto, para ser pagado con preferencia a otro acreedor. De ello se deduce que el privilegio es una preferencia concedida a ciertos créditos, que prevalecen sobre otros créditos al momento de ser satisfechos. En materia de privilegios concursales La LCQ se consagra autosuficiente en función de lo establecido por su art. 239. De otro lado, debemos señalar que el pronto pago es un instituto de carácter tutelar que tiende a proteger a ciertos créditos laborales de carácter alimentario, otorgándoles la posibilidad de cobro anticipado bajo ciertas situaciones. Es fundamental no confundir la temática de los privilegios con la del pronto pago, ya que tal análisis nos llevará a conclusiones equivocadas... De una interpretación armónica del art. 183, que reenvía en forma conjunta al art. 246 inc.1 y 16 LCQ, surge que solo son susceptibles de pronto pago y de pago anticipado los créditos laborales enumerados en tales normas, originados en la relación laboral que vinculaba a la concursada fallida con el trabajador, y que por su carácter alimentario son beneficiados con dicho instituto, exclusivamente falencial. Partiendo de esta premisa, se concluye, entonces, que no se encuentran incluidos en tal beneficio las costas generadas en juicios tendientes al reconocimiento de aquellos créditos, ya que los mismos no comparten la naturaleza de los créditos laborales a los que se protegió con el pago anticipado. En este sentido se ha dicho 'La causa que sustenta la orden judicial que dispone el pronto pago de créditos laborales, radica en el carácter alimentario del monto reclamado. Este beneficio, reservado a los créditos de origen laboral, es muestra evidente de la tutela que ha merecido el trabajador en este tipo de circunstancias. El pronto pago persigue evitar que las circunstancias desfavorables se agraven como consecuencia de los efectos de la demora en la percepción de remuneraciones, todo en razón de carácter alimentario de las prestaciones adeudadas" (CS, in re', La Bernalesa SRL s/quiebra LL, 1985-E, 556). Por otro lado, es inadmisible extender la posibilidad de pronto pago a otros créditos que los taxativamente enumerados, ya que ello implicaría poder sustraer los créditos por costas a la necesaria verificación que impone el art. 32 y ss y 88, 2° parte LCQ. Ello así por cuanto para solicitar el pronto pago de los créditos laborales no se requiere verificación ni sentencia laboral previa. Por lo dicho, corresponde concluir que si bien el crédito por costas de juicios laborales posee privilegio general establecido en el art. 246 inc. 1, dicho crédito no es beneficiado por el pronto pago o pago anticipado del que gozan aquellos", conf. Cámara Civil y Comercial Común Sala 1, Sentencia: 298 Fecha: 11/09/2002; in re: Cooperativa De Provisión de Servicios CONSUMO y Vivienda S/concursos - incidente de pronto pago; dres.: Frias De Sassi Colombres-Avila.

 (16) Continúa la mentada norma diciendo que "Puede ejercitarse mientras la cosa afectada al privilegio permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley admite. El privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por ley".

 (17) MOISSET DE ESPANÉS, Luis "Curso de Obligaciones (lecciones del Dr. Luis Moisset de Espanés)", tomo II, Advocatus, Córdoba, 1993.

 (18) ITURBIDE, Gabriela A., "Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586", en RIVERA, Julio César (Dir.), Medina, Graciela (Coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2012.

 (19) MOLINARIO, Alberto D., "Los privilegios en el derecho civil argentino".

 (20) RIVERA, Julio César — MEDINA, Graciela, "El tratamiento de los privilegios en el Proyecto de unificación legislativa", en El Derecho, 127-693.

 (21) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", tomo I, 4ª ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas, Perrot, Buenos Aires, 1983; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Primeras reflexiones en torno a los privilegios en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", en La Ley, 1988-C, 797.

 (22) RIVERA, Julio César — MEDINA, Graciela, "El tratamiento de los privilegios en el Proyecto de unificación legislativa", en El Derecho, 127-693.

 (23) RIVERA, Julio César — MEDINA, Graciela, "El tratamiento de los privilegios en el Proyecto de unificación legislativa", en El Derecho, 127-693.

 (24) FERNÁNDEZ, Raymundo L., "Privilegios en general y privilegios en la quiebra", en La Ley, 14-584. En igual sentido: FASSI, Santiago C. — GEBHARDT, Marcelo, Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable, 6ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997.

 (25) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis "Curso de Obligaciones (lecciones del Dr. Luis Moisset de Espanés", tomo II, Advocatus, Córdoba, 1993.

 (26) FERNÁNDEZ, Raymundo L., "Privilegios en general y privilegios en la quiebra", en La Ley, 14-584; Repiten esta idea, entre otros, FASSI, Santiago C. — GEBHARDT, Marcelo, Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable, 6ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997.

 (27) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis "Curso de Obligaciones (lecciones del Dr. Luis Moisset de Espanés)", tomo II, Advocatus, Córdoba, 1993.

 (28) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis "Curso de Obligaciones (lecciones del Dr. Luis Moisset de Espanés)", tomo II, Advocatus, Córdoba, 1993.

 (29) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis "Curso de Obligaciones (lecciones del Dr. Luis Moisset de Espanés)", tomo II, Advocatus, Córdoba, 1993.

 (30) ITURBIDE, Gabriela A., "Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586", en RIVERA, Julio César (Dir.), Medina, Graciela (Coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2012.

 (31) MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los privilegios en el Proyecto de Código", en La Ley del 8 de agosto de 2012.

 (32) ITURBIDE, Gabriela A., "Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586", en RIVERA, Julio César (Dir.), Medina, Graciela (Coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2012.

 (33) ITURBIDE, Gabriela A., "Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586", en RIVERA, Julio César (Dir.), Medina, Graciela (Coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2012.

 (34) ITURBIDE, Gabriela A., "Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586", en RIVERA, Julio César (Dir.), Medina, Graciela (Coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2012; MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los privilegios en el Proyecto de Código", en La Ley del 8 de agosto de 2012.

 (35) MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los privilegios en el Proyecto de Código", en La Ley del 8 de agosto de 2012.

**Breves observaciones sobre la reforma del Código Civil en materia comercial**

Voces: PROYECTOS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL - INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY - COMERCIANTES - PERSONAS - PRIVILEGIOS COMERCIALES

Título: Breves observaciones sobre la reforma del Código Civil en materia comercial

# Noguera, Sebastián M. - Breves observaciones sobre la reforma del Código Civil en materia comercial - MJ-DOC-5837-AR | MJD5837

Fecha: 18-jun-2012

Por Sebastián M. Noguera

Realizando un pequeño aporte para el Colegio de Abogados de Misiones tuve la oportunidad de revisar el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de nuestro país, claro que únicamente dirigido hacia la materia comercial dado que es el ámbito de enseñanza universitaria al que me dedico. Pude notar en dicha revisión parcial que el proyecto tiende a simplificar muchas reglas y a regular ahora de acuerdo a la tendencia jurisprudencial mayoritaria, lo cual no parece desacertado, aunque sí algo superfluo y sobreabundante.

No sostengo esta última apreciación como una característica negativa del proyecto, pero sí como algo que pudo haberse hecho de otro modo, pues en lo referente a la materia comercial se han establecido reglas sobre situaciones que no generaban un nivel conflictivo al punto de merecer una consagración legislativa. En otros términos, la situación era calma antes del proyecto y continuará siéndolo aun luego de su sanción y no precisamente por efecto de la ley.

Por ejemplo, en materia de privilegios -resulta adecuada la aparente unificación- se ha logrado reducir aunque más no sea un poco la dispersión de los mismos, de hecho se los hubo unificado conforme al régimen concursal, pero no se tuvo en cuenta que el régimen concursal continúa -pese a su aspiración unificadora- remitiéndose a otras legislaciones (Ley de Navegación, Código Aeronáutico , Régimen Hipotecario, etc.), con lo cual la reforma sería únicamente aparente más allá de haber pulido algunos detalles que no pasan de ser cosméticos. Esta es una pequeña observación de las tantas que se pueden realizar en un sentido similar, claro que siempre en lo referente a la material comercial, no pudiendo opinar respecto al gran andamiaje de los contenidos del derecho civil.

Pues bien miremos algunas normas en particular. Veamos el capítulo V, sección VII, al que denominaremos Contabilidad y estados contables.En esta sección del capítulo correspondiente a los actos jurídicos el legislador ha incluido la obligatoriedad de llevar contabilidad para toda persona jurídica de carácter privado o bien para cualquier otro sujeto (persona física) que realice una actividad económica en forma organizada, esto incluye en realidad casi toda actividad empresarial.

El art. 320 del proyecto es sumamente inclusivo pues todo aquel que tenga personalidad jurídica reconocida por la ley y tenga carácter privado deberá cumplir con esta obligación, lo que no parece mal porque toda corporación, sea comercial o no, debe reflejar su contabilidad de la manera más sincera posible para que quienes se vinculen con ellas puedan tener información concreta sobre el aspecto patrimonial.

Actualmente la obligación de llevar libros se encuentra regulada en el Código de Comercio art. 33 incs. 2 y 3, y 43 a 67 .

La nueva regulación resulta ser muy semejante a su antecesora pero más concisa en algunos aspectos, sobre todo en cuanto al valor probatorio y a las posibles disputas que puedan darse entre quienes lleven sus libros en debida forma y quienes no lo hagan. Claro que ahora el proyecto no refiere a los problemas entre comerciantes pues, al haberse generalizado la obligación a todo aquel que desarrolle una actividad económica organizada, esto ha dejado de ser una carga únicamente referida a los comerciantes pasando a ser una carga de todo el que desarrolle una actividad empresarial con algún grado de importancia o trascendencia económica.

Más allá de que resulte adecuado que todos los que desarrollen actividades económicas organizadas deban llevar registros contables, parece muy clara la redacción al imponerse la obligación en estos términos:

«Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada ¿o son titulares?de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios».

Pues bien resulta objetable la redundancia de la norma y puede mejorarse y simplificarse su redacción, dado que una actividad económica organizada supone la actividad empresarial independientemente de quién sea su dueño o titular, a partir de allí la idea de titularidad de un establecimiento comercial, industrial o de servicios queda obviamente incluida dentro de una actividad económica organizada, con lo cual la formula bien podría reducirse únicamente a esta última sin incluir conceptos equívocos como «titulares», dejando bien claro que quien realiza la actividad económica en forma organizada es el obligado a llevar la contabilidad tal como lo prescribe el proyecto. De este modo la formula resultaría menos ambigua e igualmente inclusiva.

El término «titular» pareciera referirse al dueño de la empresa o establecimiento de que se trate (comercial, industrial o de servicios), claramente el proyecto sigue el derrotero que se ha propuesto en los fundamentos al señalar que se utilizarían palabras comunes para el pueblo en general, pero no nos parece adecuado utilizar el término «titular», teniendo en cuenta que tal palabra puede incluir a quien no tiene el dominio de la actividad pero sí la ostentación de un cargo, pudiendo ello generar algún tipo de dudas respecto de quién es el obligado.

Claramente en una persona jurídica de carácter privado el obligado es la propia entidad jurídica diferenciada como centro de imputación de derechos y obligaciones, el obligado no será quien ejerza un cargo o titular de una sociedad (presidente, gerente, menos aún los accionistas, etc.), sino la sociedad misma.

Si una actividad empresarial se ejerce en forma personal, será la persona que realice la actividad como dueño el sujeto obligado por la norma.

Claramente la norma no se refiere más al ánimo de lucro -arts.1 y 8 CCom- como elemento tipificante de la obligación de llevar contabilidad, ánimo este que se presumía en el viejo concepto de comerciante que actualmente es superado por los conceptos de empresa y empresario, muy bien recogidos por el proyecto.

En síntesis nos parece que actividad económica organizada y actividad empresarial son términos equivalentes que, juntamente con las personas jurídicas de carácter privado comprenden toda la gama posible de sujetos que el legislador entiende se hallan obligados a poseer contabilidad sujeta a normas claras, pudiendo reducirse la fórmula legal únicamente a: «Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y todos aquellos que realizan una actividad económica organizada».

Veamos otro aspecto relativo a la materia que nos ocupa (libro tercero, capítulo II, sección III).

El proyecto ha explicitado el principio harto conocido en nuestro derecho respecto a que el patrimonio es la garantía común de los acreedores. En nuestro actual Código Civil no existe una norma expresa que disponga tal regla, no obstante la doctrina desde siempre entendió que tal aspecto resultaba una consecuencia lógica del sistema pues diversas normas del Código Civil permitían deducir tal conclusión, lo que obviamente era totalmente sensato, pues carecía de sentido que el legislador del siglo XIX hubiera organizado todo un andamiaje destinado a fortalecer tal interpretación y que luego se consagrara en la praxis todo lo contrario. Amén de ello y tomando en cuenta nuestra fuente más importante (Códe) era evidente que aunque Vélez no lo haya escrito respetaba lo que los franceses sí habían consignado expresamente en su legislación civil; por eso parece adecuado reconocer lo que nuestra propia historia nos ha marcado en este aspecto, con lo cual el art.743 del proyecto resulta plenamente justificado.

En cuanto al contenido específico de la sección claramente se sigue marcando el principio priore in tempore potiore in jure, a pesar de que en el artículo mencionado se establezca una regla aparentemente paritaria («todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria»), nada novedoso aporta esta regla en tal sentido, pues como ya lo dijimos este principio se hallaba ya reconocido en la doctrina y expresamente en diversas normas de la actual legislación civil. Obviamente que todos los acreedores (privilegiados o quirografarios) tienen la posibilidad, al menos teórica, de ejecutar los bienes del deudor y a priori ello es elemental pues desde el punto de vista abstracto todos parten de la misma premisa: la prenda común la constituye el patrimonio del deudor. Es decir que todos cuentan con la factibilidad de ejercitar sus derechos conforme esta legislación mientras no exista un proceso universal abierto, lo cual no aporta nada nuevo a la cuestión, dado que los acreedores, independientemente de su tinte y calidad, siempre tuvieron la posibilidad de agredir el patrimonio del deudor común.

Ahora bien, no es lo mismo decir que todos los acreedores pueden ejecutar los bienes en posición igualitaria que decir todos los acreedores pueden cobrar en posición igualitaria, lo cual sabemos que constituye una simple expresión de deseos, no obstante como punto de partida es loable la intención.

Adviértase que tras sentar tal punto de partida en el art. 745 se mantiene el principio de que el primer embargante posee prioridad para percibir su acreencia, con lo cual todo se endereza a la antigua usanza de la carrera del diligente o del más poderoso. Si es novedosa, aunque sobreabundante, la regla relativa a que tal prevalencia solo es oponible en los procesos individuales, lo que resulta coherente, pues en los procesos universales campea sí una regla más paritaria -pars conditio creditorum-. Pero como sea que fuere, lo positivo es que se consigna claramente la diferencia existente entre procesos individuales y procesos universales.Pero bastaría para establecer lo mismo algunas pocas palabras, por ejemplo: «El patrimonio es la garantía común de todos los acreedores, todos pueden intentar cobrarse en un plano de igualdad, pero el primer embargante tend rá prioridad sobre los de su misma especie mientras no exista proceso universal abierto, en cuyo caso deberán concurrir al mismo bajo las reglas allí previstas.

»El orden de la traba de las medidas cautelares en los registros pertinentes les otorgará prioridad para el cobro por sobre sus acreedores surgiendo el mismo de las constancias registrales en el orden previsto por las leyes registrales, salvo excepción legal relativa a privilegios».

En cuanto a los bienes inembargables es adecuado que se haya hecho una buena y actual descripción en concordancia con lo que la jurisprudencia inveterada viene destacando.

Analicemos otra cuestión muy importante referente a la prescripción de títulos de créditos. Observemos el libro VI, título I, sección II.

En cuanto a la prescripción liberatoria y en relación a la opinión que se nos ha requerido, relativa únicamente al aspecto comercial, nos preocupa el inc. d del art. 2564 del proyecto, el mismo señala que se prescriben por un año los reclamos de cualquier documento comercial endosable o al portador, cuyo plazo comienza a correr desde el día del vencimiento de la obligación.

Esta norma tal vez requiera que la comisión revea alguna precisión pues es muy confusa.

Primeramente hay que señalar que la norma se refiere claramente a los títulos de créditos, lo cual se encuentra regulado básicamente en el Decreto 5965/63 , en la Ley 24.452 y otras no menos importantes que regulan distintos títulos valores, pero la gran mayoría y los más comunes se hallan regulados en las dos normas mencionadas expresamente.

Que un documento sea endosable hace a su función esencial cual es la circulación, o sea que sea transmisible simplemente por una firma -endoso- y su posterior entrega.Ahora bien, un pagaré o una letra de cambio son documentos transmisibles por endoso, aunque tal característica pueda ser limitada, empero estos documentos no pueden ser jamás al portador dado que el derecho que los regula, Decreto 5965/63, expresamente establece que son documentos a la orden, lo que impide intrínsecamente que sean al portador. No ocurre lo mismo con el cheque que sí puede ser un documento al portador (1).

Tal vez el proyecto ha confundido que hecho de que los primeros títulos de créditos mencionados puedan ser creados en blanco, lo cual son cosas sumamente distintas que al portador.

Siendo ello así este inciso podría generar serios inconvenientes a la hora de determinar qué documentos se encuentran comprendidos.

Por otra parte, pareciera ser que se eliminan los plazos de prescripción de las actuales acciones de regreso y de reembolso, no pudiendo emitir una opinión concreta respecto de las acciones causales, pero pareciera que dicho plazo de prescripción también se encuentra comprendido en esta norma tan limitada y poco clara.

Sin dudas requiere un mejor tratamiento, sobre todo teniendo en cuenta que el proyecto tiene la clara disposición que deroga el Código de Comercio lisa y llanamente, con lo cual muchas leyes especiales que forman parte del propio Código de Comercio, porque así lo disponen esas leyes, quedarían también derogadas (2). Esto es más peligroso aún. Habrá que tener mucha precaución en dicho asunto.

Veamos por último algo sobre el libro sexto, título II, capítulo I del nuevo código.

En cuanto al régimen de privilegios parece adecuado que se intente armonizar la gran dispersión que a pesar de la mejoría que propone el proyecto sigue existiendo en nuestro derecho. Es, sin dudas, un acierto unificarlo al régimen concursal.

En cuanto a esta reforma nos preocupa el hecho de que el último inciso del art. 2575 claramente modifica el art. 43 párr.10º de la Ley 24.522 , el cual permite expresamente que el acreedor laboral pueda renunciar al privilegio, cosa que el proyecto prohíbe expresamente.

En cuanto al art. 2579 que reenvía a la aplicación de la Ley de Concursos cuando exista proceso universal, haya o no cesación de pagos, no alcanzamos a comprender si con esta expresión, o sea, «si haya o no...» se refiere a la existencia de concurrencia de acreedores en una sucesión. De lo contario carece de sentido esta frase, pues en el único proceso concursal voluntario, por así decirlo, en que no existe la cesación de pagos como único presupuesto es en el acuerdo preventivo extrajudicial, lo que ya está regulado en la Ley 24.522. De ahí que resulte poco conveniente incluir una fórmula tan extraña y confusa.

Lo mismo cabe agregar del art. 2580 pues los privilegios generales jamás existieron en la legislación civil, solamente existen en la Ley de Concursos y Quiebras, por lo que no entendemos el motivo de una inclusión completamente innecesaria que solo existe en otro orden legal (concursal).

COMENTARIO FINAL

Pues bien, no pretendo ser negativo con estos breves interrogantes que se han formulado en torno a la futura reforma de los Códigos Civil y Comercial, pero sí señalar cierta falta de precisión en el proyecto entendiendo que tiene una gran oportunidad de mejora en los aspectos que se han señalado.

Tal vez lo más relevante del mismo no tenga que ver con lo referente a la materia comercial y sí pase por la gran trascendencia de las instituciones del derecho civil que a través del paso del tiempo deben ser revisadas de manera más cuidadosa que las comerciales, lo digo en virtud de aquella vieja afirmación que sostiene que la materia comercial resulta ser muchos más dinámica que la civil.

No sé realmente si esto es así, lo que sí sé es que revisando muy limitadamente el proyecto, al ver no más de 20 artículos ubicados en distintos capítulos y secciones,pude notar ciertas inconsistencias con el sistema general de nuestro derecho positivo, lo que me lleva a pensar que tal vez el proyecto deba ser revisado enteramente por sus redactores para evitar que se generen colisiones como las que hemos señalado o al menos definirlas adecuadamente según la política e idiosincrasia que se le pretende dar al proyecto, cosa que no es fácil de dilucidar.

No estamos juzgando la corrección y acierto del proyecto, sobre ello se pronunciarán la experiencia, la praxis, o sea, el futuro, lo contrario sería vaticinar al azar; pero sí estoy señalando que no logro dilucidar por completo qué jusfilosofía proyecta la reforma, al menos no con total claridad, lo cual es importante determinar para saber cuál es la impronta que debe seguirse a la hora de su aplicación en los aspectos sobre los que se establecen realidades a las que nuestra comunidad no está acostumbrada enteramente, por ejemplo, que el hijo lleve el primer apellido de alguno de los cónyuges y si no hay acuerdo que se determine por sorteo, o que un niño de 13 años pueda decidir sobre un tratamiento médico, o que tengamos que llevar libros contables, etc.

Todo esto requiere de un amplio debate que hasta el momento no he advertido en el campo doctrinario, por lo menos no con la intensidad que me parece que debe tener y considero que no debemos privarnos de tal posibilidad.

----------

(1) Es importante destacar que por circular del BCRA ahora los cheques al portador virtualmente también han desaparecido dado que al momento del cobro debe estar designado el beneficiario, cosa que resulta difícil de explicar pues la Ley de Cheques permite la existencia de algo que una reglamentación modifica, algo que pareciera costumbre entre nosotros, modificar leyes por decreto, acordada, reglamento, etc.

(2) Por ejemplo la Ley 24.522 en su art. 293 la incorpora al Código de Comercio; lo mismo ocurre con el Decreto Ley 5965/63 y así podemos nombrar otros ejemplos no de menor importancia.

Los privilegios en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial

# CORNA, Pablo Maria - Los privilegios en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial - IJ-LXVI-538

Como señalamos en un trabajo anterior es conveniente unificar el régimen de los privilegios que actualmente se encuentra disperso en diversas normas, como la ley de concursos y quiebras, el código civil, La ley de contrato de trabajo, el código penal, entre otros ordenamientos[1].

El actual proyecto de unificación lo regula el régimen de los privilegios en la legislación civil y comercial en el Libro Sexto, Título II, artículo 2573 al 2586 constando de dos capítulos, el primero se refiriéndose a Disposiciones Generales y el segundo a los Privilegios Especiales. El título III se dedica al Derecho de Retención entre los artículos 2587 al 2593.

1. Definición [arriba] -

El art. 2573 se vuelca por la doctrina que los privilegios son calidades de los créditos, abandonando las teorías que lo consideraban derechos reales, derechos personales o doctrinas procesalistas[2]. A ese efecto lo define como: “Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro”.

En este aspecto queda aclarada la definición que da el actual art. 3875 del Cód. Civ. vigente que establece: “El derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro, se llama en este código privilegio”.

2. Caracteres de los privilegios [arriba] -

a) Legalidad:

Se sigue con la doctrina del art. 3876 del código vigente: “El privilegio no puede resultar, sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores”.

El art. 2574 del proyecto de unificación establece su origen legal: “Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece”. Este principio se encuentra repetido en los diferentes proyectos de reforma[3]. Los particulares no pueden crear otros privilegios, pudiendo sólo utilizar aquellos derechos reales que llevan anexos privilegios, como la hipoteca, la prenda y la anticresis que el actual proyecto le agrega un privilegio especial.

El orden de los privilegios lo establece la ley, las partes no pueden cambiar dicho orden. Pero la Ley N° 24.441 en el art. 76 ha agregado un párrafo al actual art. 3876 que establece: “Puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor”.

El proyecto de reforma establece en el art. 2575 la posibilidad de postergar mediante acuerdo entre acreedores y deudor el orden de los privilegios: “El acreedor y el deudor pueden convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas presentes o futuras; en tal caso, los créditos subordinados se rigen por las cláusulas convenidas, siempre que no afecten derechos de terceros”.

Este agregado recuerda la facultad que concede en materia hipotecaria el art. 3135 segunda parte del Cód. Civ. y art. 19 de la Ley N° 17.801 que autoriza el negocio sobre el rango hipotecario.

Estas normas son útiles en los casos de insolvencia, pudiéndose presentar soluciones en un acuerdo privado, o en un acuerdo preventivo extrajudicial (APE) o en un concurso preventivo.

3. Accesoriedad [arriba] -

Establece el actual art. 3877 del Cód. Civ.: “Los privilegios se transmiten como accesorios de los créditos a los cesionarios y sucesores de los acreedores, quienes pueden ejercerlos como los mismos cedentes”.

Al ser accesorios los privilegios, se encuentran como adheridos a los créditos. Por lo tanto si estos se transmiten por sucesión, pasarán al heredero conforme lo establece el art. 3417; si es cedido, pasará al cesionario (art. 1456); y en caso de subrogación, a quien la haya realizado (art. 771).

En el supuesto de novación, si el acreedor hace una reserva expresa, el privilegio se conserva conforme lo establece el art. 803 del Código Civil:

“La novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias. El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha”.

El proyecto de reforma establece en el art. 940: “La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios. El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio”.

En este artículo se pretendió subsumir los actuales artículos 803 y 804 del código civil en uno sólo. Entendemos, que Vélez fue más claro, porque en el artículo 804 debe prestar conformidad el propietario del inmueble si fue un tercero el que prestó la garantía. “El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación”.

Si el deudor es propietario de la cosa en la que recae un privilegio, en la actual redacción del proyecto, existirá la duda si el deudor debe consentir en la conservación del privilegio, lo que está claro en el actual artículo 803 que ello no es necesario. En cambio, si la garantía la dio un tercero, éste necesariamente debe prestar consentimiento en caso de novación.

En cuanto a la competencia, como los privilegios son accesorios y no tienen vida propia, el tribunal que debe entender, salvo excepción legal, es el magistrado competente para entender en el crédito.

4. Excepcionalidad [arriba] -

Los privilegios son excepcionales y de interpretación restrictiva. En caso de duda se está a favor de la liberación del deudor. La excepcionalidad hace que los privilegios sean una excepción al principio de la “pars conditio creditorum”, o igualdad de los acreedores frente al patrimonio del deudor, cuyo fundamento puede ser a manera de ejemplo, razones de justicia, equidad, salubridad, que en definitiva son valoraciones que hace la sociedad a favor de ciertos créditos[4].

Otra cuestión de singular importancia es saber si corresponde extender a los intereses el privilegio del crédito. Este tema ha motivado diversas discusiones hoy superadas en materia concursal, al establecer expresamente la Ley N° 24.522 que los privilegios no se extienden a los intereses si la ley no lo establece expresamente[5].

El art. 2577 del proyecto de reforma establece que “El privilegio no se extiende a los intereses, ni a las costas, ni a otros accesorios del crédito, excepto disposición legal expresa en contrario”. Solución adecuada que la hace coincidir con la doctrina de la LCQ.

5. Indivisibilidad [arriba] -

La indivisibilidad del privilegio significa, que la cosa sobre la que recae su asiento responde por la totalidad del privilegio. Por más que se hubiera pagado la mitad del crédito, la cosa sigue respondiendo en su totalidad por el faltante impago, en los créditos con privilegio especial.

Para que esto no ocurra así, la ley debería establecer la excepción. En materia concursal, la Ley N° 24.522 siguiendo los lineamientos de la anterior norma N° 19.551 establece en el art. 247, que los privilegios generales, salvo excepción que hace del inc. 1 del art. 246, tienen una extensión del 50% descontados los privilegios especiales y los créditos del art. 240[6].

El principio o carácter de indivisibilidad, en la actual legislación civil, no surge expresamente de la ley, sino que está expresado respecto del acreedor hipotecario (arts. 3112 y 3113), del acreedor prendario (art. 3223), y de la prenda con registro del art. 3 del Decreto Ley N° 15.348/46 (T.O. por Decreto N° 897/95)[7].

El art. 2576 del proyecto establece que “Los privilegios son indivisibles en cuanto al asiento y en cuanto al crédito, independientemente de la divisibilidad del asiento o del crédito”. De esta manera resuelve la problemática de la indivisibilidad de los privilegios de la siguiente manera:

1.- Los privilegios en principio son indivisibles.

2.-Queda a salvo cuando hay divisibilidad del asiento o del crédito.

El art. 2191 en el Capítulo I sobre disposiciones comunes del Título XII de los Derechos reales de garantía establece:

Los derechos reales de garantía son indivisibles. La indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes afectados a una deuda y cada parte de ellos, están afectados al pago de toda la deuda y de cada una de sus partes.

El acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sólo a uno o algunos de ellos, con prescindencia de a quién pertenezca o de la existencia de otras garantías. Puede convenirse la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados. También puede disponerla el juez fundadamente, a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés”. En la última parte se recoge la doctrina de la Ley N° 11.725 que hizo un agregado a los arts. 3112 y 3113 del Código de Vélez.

6. Fundamento de los privilegios [arriba] -

Los privilegios[8] tienen diversos fundamentos, y no responden a un criterio único.

Tenemos privilegios que responden a la equidad, como el del conservador; otros pueden responder al bien público y a razones de salubridad, como el privilegio de los gastos funerarios, al favorecer la inhumación de los muertos; otros han sido creados a favor de determinadas personas en razón de su debilidad económica, y que no puedan asegurar su crédito de una manera especial, como el caso del salario del trabajador.

Hay autores que entienden que su fundamento está en un deber de justicia, por el cual unos acreedores cobran antes que otros, por lo que presentaría una notable “afinidad” con el enriquecimiento sin causa[9].

En la doctrina italiana se entiende que, es en “favor” de la causa de determinados créditos, es decir que cada crédito puede tener un fundamento propio, llegando incluso a explicarlos en razón de “humanidad”[10].

En la doctrina francesa moderna se opina que no se tiene en cuenta la persona del deudor, sino la naturaleza y cuantía del crédito[11].

Los fundamentos no se agotan en los anteriormente mencionados, siendo múltiples las razones de su existencia.

7. Asiento de los privilegios [arriba] -

Se encuentra en el bien o el conjunto de bienes de cuyo producido se va a cobrar el acreedor conforme a la preferencia que detente.

Dos doctrinas se han desarrollado con respecto al asiento de los privilegios.

a) La que entiende que el asiento está en el producido de los bienes.

Están en esta postura Molinario, que sostiene que el asiento de los privilegios lo tenemos en “las sumas de dinero respecto de los cuales estos se van a ejercer”. Habla de sumas de dinero y no de cosas, porque el privilegio no establece una relación entre la persona del acreedor y las cosas pertenecientes al deudor[12].

Para Fernández, “el privilegio no es otra cosa que una preferencia sobre el producido de la expropiación forzada de determinados bienes, o en otros términos, el derecho que la ley acuerda al acreedor, en caso de llegarse a la expropiación forzada del bien, para satisfacer su crédito, colocándose en un rango superior a otros acreedores”[13].

b) Doctrina que entiende que los privilegios tienen el asiento en determinado bien o bienes del deudor.

Para Cordeiro Álvarez, los privilegios son preferencias que recaen sobre bienes determinados dentro del patrimonio del deudor[14]. Sostiene que fue un adelanto importantísimo en el derecho moderno la doctrina de los artículos 2092, 2093 y 2094 del Código Civil francés, al establecer que los bienes del deudor son la prenda común de los acreedores, salvo las causas legítimas de preferencia que establece. Por ello, el primero de los artículos citados establece que, todo aquél que se ha obligado debe cumplir sus obligaciones con todos los bienes muebles o inmuebles presentes y futuros. Y el último de los artículos citados entiende, que las causas legítimas de preferencia son las hipotecas y privilegios. Termina diciendo que cuando ha salido del patrimonio del deudor un bien, el privilegio debe recaer sobre su producido, receptando de esta manera la teoría de la subrogación real[15].

Para Llambías, doctrina a la cual adherimos, el privilegio “existe desde el origen mismo de dicho crédito. Pero como consiste en una prioridad de cobro, para hacerla efectiva se requiere la realización de los bienes del deudor afectado a la preferencia. Esto no significa que antes de la realización de los bienes, el privilegio carezca de asiento, lo que sería un absurdo: el asiento siempre existe, puesto que sería inconcebible un privilegio sin asiento. Lo que ocurre es que en el momento de la realización del bien afectado, el asiento de privilegio se traslada al producido pecuniario del mismo bien”[16].

El proyecto de reforma establece que el asiento de los privilegios lo tenemos sobre la cosa mientras permanezca en poder del deudor. Así lo establece el art. 2573:

“Puede ejercitarse mientras la cosa afectada al privilegio permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley admite. El privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por la ley”.

Cabe aclarar como el proyecto solo reconoce que en las ejecuciones individuales sólo se aplican los privilegios especiales, quedando los privilegios generales para ser aplicados solamente en las ejecuciones colectivas conforme lo establece el art. 2580: “Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales. Se rigen siempre por la ley aplicable a los concursos”.

Con respecto a los créditos quirografarios el art. 2581 del proyecto establece un principio común de las ejecuciones colectivas en que los mismos concurren a prorrata: “Los acreedores sin privilegio concurren a prorrata entre sí, excepto disposición expresa en contrario de este Código”.

Este artículo, si se sanciona el proyecto, va a producir diversos efectos:

1. ¿Desaparecen las preferencias del primer “embargante” de los Códigos procesales? Parecería que sí, dado lo categórico de la disposición del proyecto. Pero se contradice con el art. 745 del proyecto que establece la prioridad del primer embargante: “Prioridad del primer embargante. El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores.

Esta prioridad sólo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales. Si varios acreedores embargan el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida. Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante que quede después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores”. No sabemos cómo se puede armonizar estas dos normas que son contradictorias. En el caso de aplicarse el sistema de prorrata de los quirografarios seguirían los problemas que a continuación se van a detallar.

2. Ante diversos embargos, ¿Qué Tribunal va a efectuar el cálculo de la prorrata?. ¿Será el primero que previno? ¿Tendrá que hacerse un pequeño incidente liquidatorio a ese efecto?

3. ¿A través de qué instituto procesal se va a reclamar la aplicación de la prorrata? ¿Será a través de la tercería de mejor derecho?

4. ¿Qué pasa con los embargos registrados y no registrados de cosas muebles no registrables que son de conocimiento reducido?

5. ¿Qué pasa con los acreedores que aun no iniciaron juicio?

6. ¿Habrá que publicar edictos para conocimiento de los demás acreedores?

Así podría continuarse con los inconvenientes que se puedan plantear. Creemos que esta norma es totalmente desafortunada, porque la misma tiene su razón de ser en un proceso universal como el falencial. Debería cambiarse por un artículo que dispusiera la preferencia de los embargantes de acuerdo al orden que se realizara, sin perjuicio de la aplicación de los privilegios especiales cuando haya colisión. Por lo que entendemos que debería suprimirse el artículo 2581.

8. Subrogación real [arriba] -

Un problema que se ha planteado es si se aplica la subrogación real en los privilegios. ¿Si el deudor enajena un bien, el producido entra en reemplazo del privilegio? Aquí entra a jugar la teoría de la subrogación real y cuándo se aplica a esta materia.

Bonecasse [17] entiende que este instituto es de utilización general y se aplicará si se dan los siguientes supuestos: 1°) existencia de bienes individualizados en un patrimonio; 2°) pérdida o enajenación de dichos bienes; 3°) ingreso de nuevos bienes que sean individualizados por la misma causa que produjo la salida de los bienes perdidos o enajenados; 4°) lazo de filiación directo y seguro, entre el bien enajenado o desaparecido y el bien entrado en su reemplazo.

Encuentra este autor el fundamento de este instituto en el derecho natural, que ejerce una acción constante y reguladora de la vida jurídica. Así nos dice que, “la noción de derecho abdicaría de su función si ese equilibrio que tiene la misión de presidir pudiere romperse por el mero hecho de la pérdida o deterioro de las cosas materiales, o dicho de otra manera, por el solo hecho de la transformación de la materia; ello sería la abdicación de la energía y de la inteligencia humanas ante la fuerza del azar, o la sumisión pasiva frente a la fatalidad o aun respecto del fraude, pues sería fácil sacrificar los derechos más seguros y las fundaciones más respetables, cambiando por otros los bienes que les sirvieran de objetos o de garantías...la base del crédito sería singularmente frágil, si los derechos e intereses que reposan sobre un bien individualizado fueran susceptibles de pérdidas solo por el hecho que desapareciere ese bien, aunque más o menos intencionalmente fuese reemplazado por otro bien en el patrimonio, y esto de una manera directa o por lo menos cierta. Sería siempre la victoria de los elementos puramente materiales sobre la noción de valor económico y el punto de vista social”[18]. Como bien dice este autor “el bien subrogado entra en el patrimonio gravado con los mismos derechos, o si se lo prefiere, con la misma afectación que pesaba sobre el bien enajenado”[19]

En el caso de los privilegios generales, de acuerdo al proyecto sólo de aplicación en las ejecuciones colectivas, el instituto de la subrogación real pierde interés. Dado el principio de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, cuando un bien sale del mismo y es reemplazado por otro, este último seguirá lo mismo respondiendo a los acreedores de acuerdo a la graduación del crédito en privilegio general o quirografario.

El Código Civil vigente indica distintos casos de subrogación real, así el vendedor impago de cosa mueble extiende su privilegio al precio de reventa realizado por su deudor[20]; lo mismo en el caso del vendedor de cosa inmueble, y si la cosa fuese revendida, goza del privilegio sobre el precio debido[21]. Si se han prestado los fondos para la adquisición de un inmueble, si ello consta en la escritura de compraventa, el privilegio se traslada al inmueble[22]. Si el depositario ha abusado de su depósito y vende la cosa, o su heredero sin saber de la existencia del depósito, la vende, el privilegio se traslada al precio impago de venta[23]. En materia hipotecaria, si el inmueble se deteriorase o destruyere, la hipoteca se extiende a la indemnización debida por los aseguradores del mismo[24]. Lo mismo ocurre en diversas normas fuera del Código Civil, como por ejemplo cuando la ley de expropiaciones establece que si la cosa es asiento de un privilegio especial, y es expropiada, el asiento se traslada a la indemnización[25]. En los warrants, la Ley N° 9643 establece que el portador de uno de ellos tiene, sobre el monto de la indemnización, un privilegio superior a cualquier otro crédito[26], salvo la excepción que hace la misma norma. En la prenda con registro también tenemos una solución análoga[27]. En las obligaciones negociables con privilegios especiales, como el hipotecario, se aplica el mismo régimen de la hipoteca. La ley 25.248 de leasing, en su art. 11, establece que los acreedores pueden subrogarse en el derecho del deudor para ejercer la opción de compra[28].

La subrogación real no crea un nuevo privilegio, sino establece que el asiento del mismo se traslada a los bienes que han reemplazado a los anteriores en el patrimonio del deudor, siguiendo la condición jurídica de ellos[29].

La Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 ha terminado en materia concursal con cualquier duda sobre este tema, al establecer el art. 245 de la misma: “El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recaía, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. En cuanto exceda de dichos importes los créditos se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos, salvo lo dispuesto en el art. 246 inc. 1°”

El proyecto de reforma en el art. 2584 establece la subrogación real solo en los privilegios especiales “El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real”.

Recoge los principios de la LCQ creemos con buen criterio.

9. Privilegios especiales [arriba] -

El proyecto de reforma sigue los principios de la ley de concursos y quiebras tratando, con buen criterio, unificar el régimen de los privilegios especiales. En el art. 2582 enumera los privilegios especiales en seis incisos que los pasamos a comentar. De esta manera nos dice: “Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica…”: Tenemos que hacer notar que el proyecto de reforma innova con respecto a la LCQ en el sentido que esta último establece el asiento sobre el “producido”, en cambio el proyecto de unificación con mejor criterio nos indica que el asiento se encuentra sobre dichos bienes, subastados los mismos se produce la subrogación real al producido.

a) “los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta. Se incluye el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal”;

El proyecto copia la primera parte del inciso del art. 241 inc. a) de la LCQ, pero suprime del original la parte que dice “mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron los gastos”. Tiene dos partes la frase suprimida. La supresión de la primera no significa nada mayormente, porque si no está en poder del deudor por el carácter de la accesoriedad del privilegio al crédito, el privilegio no sigue a la cosa, por lo tanto si es enajenado se pierde el privilegio.

Con respecto a la segunda parte, si las mejoras se hicieron a favor de un tercero, por ejemplo alguien que tuviera un derecho personal de uso, el privilegio no se aplicaría en la LCQ pero si en materia civil o comercial no concursal, porque beneficia a la cosa.

Finalmente el inciso establece que las expensas quedan comprendidas dentro de los gastos de conservación, cuestión receptada por la doctrina civil desde antaño.

10. Privilegio del constructor [arriba] -

El origen más remoto lo encontramos en el Derecho Romano, y se lo reconocía para evitar la ruina de los edificios, protegiendo a quienes pagasen la reconstrucción o prestasen fondos para ello. En el Digesto encontramos, que por un senadoconsulto establecido bajo el emperador Marco Aurelio, la prenda de una casa dada a un acreedor que dio dinero prestado para la reedificación del edificio que se habría de restaurar, pertenecería también a aquel si por mandato del dueño dio el dinero al constructor[30].

También encontramos en el Digesto, en otro fragmento extraído de Ulpiano (en comentarios al Edicto, libro XVII), que... “al acreedor, que hubiere prestado para la reparación de edificios, se le da privilegio para cobrar”[31]. Continúa este jurisconsulto recordándonos, en un edicto del divino Marco Aurelio, que el acreedor que hubiere prestado para la reparación de edificios, podrá exigir la restitución del dinero con privilegio[32].

De estos fragmentos extraemos la conclusión que, en el Derecho Romano, sólo se daba el privilegio para los casos de reconstrucción y no para los edificios nuevos.

En el antiguo derecho francés, este privilegio se extendió a las construcciones nuevas, a los prestamistas de tales fondos, y a los obreros y empleados que colaboraran en el trabajo[33].

Posteriormente, pasa al código napoleónico y lo recoge el art. 2103 en su inc. 4, con el agregado que también se incluían los trabajos realizados para la construcción de canales.

Es receptado también por la ley belga del 16 de septiembre de 1851, en el artículo 27 inciso 5°.

En el antiguo derecho español, especialmente en el derecho castellano, operó una evolución semejante, pero protegiéndose de esta manera no solamente la reconstrucción sino también las edificaciones nuevas.

La Ley N° 25, título XIII de la Partida V, en su última parte dispone: “E aun dezimos, que si algum ome resibiesse de otro maravedis prestados, para guarnir alguna nave, o para refazerla o para fazer alguna casa, u otro edificio, o para refazerlo; que qualquier destas cosas en que fuessen metidos, o despendidos los maravedis, fincan obligadas calladamente a aquel que la empresto”[34].

Criterio que se ve ampliado en la Ley N° 28, Título XIII, de la V Partida, al establecer: “Nave, ó casa ó otro edificio habiendo empeñado un home a otro, si después deso rescebiese de otros dineros emprestados para refacer o guardar aquella cosa que non se destroyese ó non se empeorase, et los dependiese en pro della, entonces mayor derecho ha en la cosa el segundo que prestó sus dineros para mantenerla quel primero, porque con los dineros que él dio, fue guardada la cosa que se podiera perder: et por ende decimos que él debe seer pagado primeriamente, magüer aquella cosa non les fuese obligadas por palabras por aquellos dineros. Eso mesmo decimos que serie si este que emprestase los dineros a postremas, lo feciese por guarnecer la nave de armas o de las otras cosas que fuesen hi menester, o por dar de comer a los marineros et a los gobernadores della”[35]. Estas disposiciones eran las que regían en nuestro país antes de la sanción del código civil de Vélez.

11. Fundamento jurídico [arriba] -

La mayoría de los autores encuentran el fundamento en razones de equidad y justicia. Pero en verdad hay también razones históricas que han hecho que este privilegio se conservara a través del tiempo.

Algunos autores sostuvieron que este privilegio debería desaparecer como Molinario, en igual sentido se expidió Lafaille”[36].

La Ley N° 19.551 mantenía este privilegio en el art. 265 inc. 2[37], y la Ley N° 24.522 en el art. 241, inc. 1 como ya hemos dicho, repitiendo el esquema de la ley anterior. En el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1998, lo mantiene el art. 2522 al establecer que: “Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indican: ...inc. b) Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, incluido el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal, sobre la cosa, mientras se encuentre en poder del deudor por cuya cuenta se hicieron los gastos”.

12. Titulares que pueden invocar el privilegio [arriba] -

El art. 241, inc. 1 de la Ley N° 24.522, es escueto. Argieri hace notar, que los privilegios enumerados en este inciso “tienen una cualidad singular: el tratarse de necesarios; y un modo de manifestarse: mientras exista en poder de la persona por cuya cuenta se hicieron los gastos”[38].

El art. 2582 inc. b) del proyecto de unificación dice: “los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por Seis (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación.

Cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre éstos;

Comparemos y analicemos este inciso con el art. 241 inc. 2 de la Ley N° 24.522 que establece: “Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: ...2° Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis (6) meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación”

13. Introducción [arriba] -

Antes de profundizar el análisis de las dos normas, la del inciso 2 de la LCQ, con el inciso b) del artículo 2582 del proyecto de unificación y las disposiciones de la LCT advertimos:

1.- La LCQ como ya señaláramos tiene el asiento del privilegio en el producido de los bienes sobre el que recae y en el proyecto de código civil en las cosas con la correspondiente subrogación al producido de los mismos.

2.- Se le hace un agregado con respecto a los operarios contratados por el dueño del inmueble para la construcción o reparación del edificio recae sobre estos bienes.

3.- Veremos la influencia de este cambio con respecto a los privilegios de la LCT.

14. Antecedentes históricos [arriba] -

En el derecho romano no encontramos antecedentes de este privilegio. La economía de la época estaba basada en la esclavitud, por lo que los trabajadores libres fueron reemplazados por esclavos asimilados como cosas y no como personas.

Con el Cristianismo, llega la suavización de las costumbres y se va aboliendo lentamente la esclavitud, y así nace la necesidad de proteger a los dependientes. Un antiguo antecedente lo encontramos en las Costumbres de París, cuando el Parlamento, en su Acta de notoriedad del 4 de agosto de 1692, lo reconoció expresamente para los domésticos de las ciudades[39].

Una ley del 11 de Brumario del año VII, admitió este privilegio para los domésticos de una manera general, y finalmente el Código civil francés lo recepta en el art. 2101, inc. 4° con esta redacción: “Los salarios de la gente de servicio por el año vencido y lo que le es debido durante el año corriente”[40]. Posteriores leyes ampliaron este privilegio a todos los trabajadores.

En el derecho hispánico encontramos antecedentes en la Ley N° 52 del Capítulo XVII de las Ordenanzas de Bilbao, que lo extiende a los domésticos, en situación parecida a la del código napoleónico[41].

En el código redactado por Vélez-Acevedo para el Estado de Buenos Aires, se consagró expresamente este privilegio en el art. 1697 inc. 4, que decía “Son acreedores con privilegio general, aquellos cuyos créditos proceden de alguna de las causas siguientes:...Los salarios de los factores, dependientes y criados del fallido u obreros que ha empleado directamente por seis meses inmediatamente anteriores a la declaración de quiebra”.

Las leyes posteriores de quiebras conservaron este esquema tuitivo, y aún ha sido acrecentado con la ley de contrato trabajo, y armonizado en la actual legislación sobre concursos y quiebras.

15. Fundamento jurídico [arriba] -

Se puede fundamentar en razones de equidad y justicia. En el contrato de trabajo, el trabajador se encuentra en desventaja para solicitar seguridades en torno a garantizarse el cobro de su salario. Por ello, frente a esta disparidad la ley viene en su ayuda. Debido a esto se ha dicho: “El privilegio resulta ser así una garantía establecida supletoriamente por la ley, a favor de determinados acreedores que se han encontrado, o han podido encontrarse, en la imposibilidad de exigir la constitución de una seguridad personal o real expresa en garantía de determinados créditos. Y vienen a desempeñar de esta forma el papel que en la contratación absolutamente regular juegan las distintas clases de fianzas, la hipoteca, la prenda, la prenda con registro y la anticresis”[42].

Por ello, el legislador no sólo ha perseverado en la protección del derecho de estos créditos, sino que ha creado otra figura de singular importancia, denominada “pronto pago”, para evitar que los asalariados deban esperar para cobrar sus créditos hasta la distribución de los bienes liquidados en el concurso.

De esta manera el art. 16 de la Ley N° 24.522, actualizado por la Ley N° 26.684 dice en su parte dispositiva: “Pronto pago de créditos laborales. Dentro del plazo de diez (10) días de emitido el informe que establece el art. 14 inc. 11), el juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales y las previstas en los arts. 132 bis, 212, 232, 233 y 245 a 254, 178, 180 y 182 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744; las indemnizaciones previstas en la ley 25.877, en los arts. 1 y 2 de la Ley N° 25.323; en los arts. 8, 9, 10, 11 y 15 de la Ley N° 24.013; en el art. 44 y 45 de la Ley N° 25.345; en el art. 52 de la Ley N° 23.551; y las previstas en los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, que gocen de privilegio general o especial y que surjan del informe mencionado en el inc. 11 del art. 14.

Para que proceda el pronto pago de crédito no incluido en el listado que establece el art. 14 inc. 11), no es necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia en juicio laboral previo.

Previa vista al síndico y al concursado, el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de pronto pago mediante resolución fundada, sólo cuando existiere duda sobre su origen o legitimidad, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado.

En todos los casos la decisión será apelable.

La resolución judicial que admite el pronto pago tendrá efectos de cosa juzgada material e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal.

La que lo deniegue, habilitará al acreedor para iniciar o continuar el juicio de conocimiento laboral ante el juez natural.

No se impondrán costas al trabajador en la solicitud de pronto pago, excepto en el caso de connivencia, temeridad o malicia.

Los créditos serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del síndico se deberá afectar el tres por ciento (3%) mensual del ingreso bruto de la concursada.

El síndico efectuará un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios, no pudiendo exceder cada pago individual en cada distribución un monto equivalente a cuatro (4) salarios mínimos vitales y móviles.

Excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras.

En el control e informe mensual, que la sindicatura deberá realizar, incluirá las modificaciones necesarias, si existen fondos líquidos disponibles, a los efectos de abonar la totalidad de los prontos pagos o modificar el plan presentado”.

El párrafo primero del art. 16 de la Ley N° 24.522, ha sido mejorado con respecto a sus precedentes como con respecto al anterior art. 17 de la Ley N° 19.551[43]. Se busca lograr la rápida cancelación de los créditos con privilegio especial y general de la LCQ. La lista que enumera la norma goza de los privilegios de los arts. 241 inc. 2 y 246 inc. 1. Si logra el trabajador el reconocimiento del pronto pago no necesita de la verificación del crédito. En caso contrario podrá seguir o iniciar el juicio laboral correspondiente.

¿Cuál es el alcance del concepto de remuneración? “Es la contraprestación del trabajo dependiente...es un beneficio retributivo, que se recibe como contraprestación del trabajo prestado en relación de dependencia, o bien a raíz de la puesta a disposición del empleador de la energía laboral, aun cuando este no la utilice”[44]. Comprende no sólo la remuneración del obrero, sino también del personal técnico y administrativo, dándoseles el nombre de sueldo[45]. Se considera remuneración a los días pagados por enfermedad, los salarios durante la incapacidad temporaria, los pagos por vacaciones y lo abonado por una suspensión injustificada[46]. También se extiende al pago de horas extras[47], al de comisiones, propinas, participación en las utilidades[48], y toda percepción salarial que se manifieste con nombres semejantes[49].

Pero no se extiende el concepto de remuneración a las indemnizaciones por despido, a las asignaciones familiares, ni a los beneficios que surgen del art. 103 bis de la LCT, incorporado por la Ley N° 24.700.[50]

Este crédito se repite como privilegio general. Si no alcanza o hay ausencia de bienes, sobre los que recaiga el privilegio especial, cobrará el trabajador sobre el patrimonio restante del deudor. Por ello, el artículo 246 dice: “Son créditos con privilegio general: 1.- Los créditos por remuneraciones ...debidos al trabajador por (6) seis meses ...Se incluye los intereses por el plazo de (2) dos años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso”.

¿Qué sucede con las normas sobre privilegio especial que establece la Ley N° 20.744? Las mismas se aplicarán para el caso de ejecuciones individuales, pero no para el supuesto concursal, el que tiene su propio ordenamiento.

Pasemos a analizarlas: art. 268 de la Ley de Contrato de Trabajo: “Los créditos por remuneraciones debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, gozan de privilegio especial sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que integren el establecimiento donde haya prestado sus servicios, o que sirvan para la explotación de que aquel forma parte.

El mismo privilegio recae sobre el precio del fondo de comercio, el dinero, títulos de créditos o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que sean directo resultado de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros.

Las cosas introducidas en el establecimiento o explotación, o existentes en él, no estarán afectadas al privilegio, si por su naturaleza, destino, objeto del establecimiento o explotación, o por cualquier otra circunstancia, se demostrase que fuesen ajenas, salvo que estuviesen permanentemente destinadas al funcionamiento del establecimiento o explotación, exceptuadas las mercaderías dadas en consignación”.

Comparando los arts. 268 de la LCT y el 241 inc. 2 de la LCQ, vemos que los créditos que se privilegian son los mismos.

Pero en cambio notamos que el asiento del privilegio en caso de concurso se disminuye. En la LCQ sólo le corresponde el asiento en las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación.

Si analizamos el asiento de estos créditos privilegiados en el art. 268 de la LCT, vemos que el asiento no coincide exactamente con la LCQ, porque ésta última exige que los bienes sobre el que recae el privilegio sean de propiedad del concursado; en cambio a la LCT le basta que tales bienes hayan integrado el establecimiento donde ha prestado sus servicios, o que sirvan para la explotación donde el trabajador se haya desempeñado. Además el art. 268 de la LCT amplía el asiento a:

a) el precio del fondo de comercio: si el fondo de comercio se vendió a plazo, estas sumas podrán ser embargadas y cobradas por el crédito laboral para su cancelación. Si no se han hecho las publicaciones de la ley 11.867, además de poder embargarse el saldo del precio, será responsable solidariamente el comprador del mismo, vendedor, martillero o escribano que hubiere intervenido[51].

b) El dinero: es el existente en caja del establecimiento donde trabajó el acreedor laboral y que sea el resultado de la explotación, como ingresos por ventas de productos fabricados en el establecimiento. No se extenderá el privilegio si, por ejemplo, correspondieran a ingresos por ventas de productos recibidos en consignación, los que no son el resultado de la explotación.

c) Títulos de créditos: deben responder al resultado de la explotación, por ejemplo haber sido entregados en pago por la venta de mercaderías producidas por la empresa. Si no son el resultado de tal explotación, como en el supuesto anterior, no se extiende el privilegio.

d) Depósitos en cuenta bancaria: si son el resultado de la explotación. Si no lo fueran, como en el supuesto “b in fine”, no se extiende el privilegio.

e) depósito de otro tipo: sólo si corresponde al resultado de la explotación.

El último apartado de la norma que analizamos, se refiere a las cosas introducidas en el establecimiento o explotación, que se verán afectadas al privilegio si están permanentemente destinadas al funcionamiento del establecimiento o explotación. Disposición de dudosa constitucionalidad, porque si las cosas fueron incorporadas en virtud de un contrato lícito como alquiler de maquinarias, o aún compra a través de leasing conforme a la Ley N° 25.248, se conformaría una expropiación privada. Diferente sería el caso si fuera en virtud de actos simulados, allí tendría el trabajador las acciones protectoras del patrimonio: simulación, revocatoria ordinaria, revocatoria concursal, subrogatoria o directa, para reincorporar dichos bienes al patrimonio del deudor.

16. Protección especial del crédito laboral [arriba] -

Sin perjuicio de las acciones protectoras que hemos tratado en el acápite anterior, el Articulo 269 de la LCT nos dice: “Si los bienes afectados al privilegio hubiesen sido retirados del establecimiento, el trabajador podrá requerir su embargo para hacer efectivo el privilegio, aunque el poseedor de ello sea de buena fe. Este derecho caducará a los seis (6) meses de su retiro y queda limitado a las maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación”

Este privilegio tiene un ius persequendi similar al privilegio que tiene en la actualidad el locador del art. 3885 del Cód. Civ.. En el proyecto de reforma este privilegio desaparece. Si fueron trasmitidos a título gratuito, coincide con el régimen de las cosas muebles, en especial con el art. 2778 del Cód. Civ. y aún con el 967 en materia de la acción pauliana.

Si fue trasmitido a título oneroso, este ius persequendi deja sin efecto el régimen del código civil de los arts. 2412, 2767 y aún del 968 en la acción revocatoria ordinaria o pauliana, que requiere de la complicidad del adquirente.

17. Preferencia u orden del crédito laboral del art. 268 de LCT [arriba] -

El art. 270 de la LCT nos dice: “Los créditos previstos en el artículo 268 gozan de preferencia sobre cualquiera otro respecto de los mismos bienes, con excepción de los acreedores prendarios por saldo de precio, y de lo adeudado al retenedor por razón de las mismas cosas, si fueren retenidas”. El art. 270 le da al crédito del art. 268 de la LCT, un primer rango en el cobro, aún en el caso de los acreedores prendarios, salvo en el caso que la prenda sea para garantizar el saldo del precio, como también para el retenedor, si el derecho comenzó a ejercerse con anterioridad.

18. Colisión entre el crédito laboral por remuneraciones y el crédito prendario [arriba] -

En caso de concurso, habría colisión entre el crédito por remuneraciones y el crédito prendario; pero por imperio del art. 243 inc. 1 de dicho ordenamiento legal, triunfa la prenda, porque rige plenamente el art. 43 del Decreto-Ley N° 15.348/46 que establece el orden de los privilegios, y dispone que éste último cobre primero con antelación a cualquier otro crédito, salvo los de los incisos uno a tres[52]. La jurisprudencia se ha volcado en igual sentido: “El acreedor prendario tiene preferencia sobre el acreedor laboral -salvo créditos fundados en sueldos devengados en la conservación del bien- pues si bien el art. 270 de la LCT limita la preferencia del primero, a los supuestos en que la prenda fue constituida en garantía del pago de saldo de precio del bien, la Ley N° 24.522 no hace referencia explícita a ello, circunstancia que descarta su aplicación habida cuenta el carácter autosuficiente del régimen de privilegios en materia concursal”. CNCom., Sala C, ED, 191-303.

Ante la concurrencia de privilegios especiales sobre los mismos bienes, la ley concursal remite en el caso de prenda con registro, al respectivo ordenamiento (art. 267, Ley N° 19.551); tenido en cuenta que los privilegios en materia concursal se rigen exclusivamente por la Ley N° 19.551 (art. 263), la Ley de Contrato de Trabajo expresa, que aunque pudiese crear privilegios -artículo 263 "in fine", ley citada-, no puede alterar la extensión reconocida por la propia ley de concursos. En consecuencia, en tal situación rige el orden estatuido por el decreto ley 15.348/46 ratificado por la ley 12.962 (Adla, VI, 578 ; VII, 229).CNCom, Sala A. 980/07/22, Banco de Italia y Río de La Plata, S. A. c. Mac Kinnon y Coelho Ltda. Yerbatera, S. A. LL, 1981-A, 451 -JL, 980-3-198.

En el caso de la prenda con desplazamiento, ocurre otro tanto según lo dispuesto por el artículo 3889 del código civil actual, con respecto al proyecto de unificación, si es sancionado regiría el artículo 2586, inciso e) “Los créditos con garantía real prevalecen sobre los créditos laborales devengados con posterioridad a la constitución de la garantía”; y la remisión que hace el art. 243, inc. 1 de la LCQ, al remitir al respectivo ordenamiento.

a) los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos;

La LCQ establece en el inc. 3 del art. 241 se refiere a “Los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos”.

Se refiere expresamente a impuestos como el inmobiliario, y tasas municipales como las de alumbrado, barrido y limpieza, automotor (patente) y a cualquier otro equivalente.

No comprende a las contribuciones por no estar mencionadas, y ser los privilegios de interpretación estricta. Tampoco alcanza al impuesto a las ganancias, ni al IVA, ni al patrimonio, ni a la trasmisión gratuita de bienes en las jurisdicciones donde éste exista, porque el privilegio se extiende cuando sólo se gravan bienes determinados y no una universalidad.

Se trata sólo de impuestos y tasas devengados antes de la quiebra; los posteriores serán créditos contra el concurso.

En cabio el proyecto de unificación amplia el ámbito a “y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos”. En consecuencia se extiende los créditos amparados por el privilegio a las contribuciones de mejoras en las ejecuciones individuales que en caso de una quiebra posterior se convierte en quirografarios, rompiéndose la unidad legislativa pretendida por el codificador del 2012.

b) lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre ésta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla;

Lo trataremos cuando no refiramos al derecho de retención es especial.

c) los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante;

19. Hipoteca [arriba] -

El art. 243 establece de la LCQ establece: “Los privilegios especiales tienen la prelación que resulta del orden de sus incisos, salvo:

1°) En el caso de los incs. 4 y 6 del art. 241, en que rigen los respectivos ordenamientos”.

Por lo tanto, el crédito hipotecario cobrará primero antes que cualquier otro crédito, por lo dispuesto en el actual art. 3934 del Cód. Civ., teniendo en cuenta el alcance del art. 242 inc. 2 de la ley concursal N° 24.522.

El proyecto de reforma establece en cuanto al orden de los privilegios en el art. 2586: “c) el privilegio de los créditos con garantía real prevalece sobre los créditos fiscales y el de los gastos de construcción, mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, si los créditos se devengaron con posterioridad a la constitución de la garantía; y el inciso e) los créditos con garantía real prevalecen sobre los créditos laborales devengados con posterioridad a la constitución de la garantía”. Quedan a salvo los créditos con privilegio especial y que hubieran nacido con anterioridad a la constitución de la hipoteca.

20. Anticresis [arriba] -

El código civil actual no le da privilegio al anticresis, solo tiene en la actualidad derecho de retención. El proyecto de unificación le otorga una duración que es de diez años para el caso de anticresis sobre inmueble y permite extender a la anticresis a las cosas muebles registrales dándole una duración por cinco años (artículo 2214).

Los efectos del registro de la anticresis se conservan por el término de veinte años para inmuebles y de diez años para muebles registrables, si antes no se renueva art. 2218).

A su vez el proyecto le da a la anticresis un privilegio que tiene su asiento sobre la cosa, sea mueble o inmueble por así establecerlo el art. 2582 inc. e.

En caso de quiebra, el art. 241 inc. 4 no menciona a la anticresis, por lo que perdería su privilegio. Pero podría ejercer el derechos de retención en virtud de lo dispuesto por el artículo 2587 del proyecto de unificación, por lo que se encontraría protegido por el inc. 5 del art. 241 de la LCQ, siempre que se encuentre ejerciendo dicho derecho como indica la norma, caso contrario se convertiría en quirografario.

Nada dice el proyecto si se puede constituir en forma conjunta hipoteca con anticresis como se indica en el actual código en los arts. 3256 y 3257. Ante el silencio, entendemos que se puede constituir en forma conjunta ambos derechos reales de garantía.

21. Warrant [arriba] -

Son títulos que tienen por objeto facilitar la obtención del crédito. El art. 1 de la Ley N° 9643 establece que: “Las operaciones de crédito mobiliario sobre frutos o productos agrícolas, ganaderos o forestales, mineros o de manufacturas nacionales, depositados en almacenes fiscales o de terceros serán hechas por medio de “certificados de depósitos” y “warrants” expedidos de acuerdo con las disposiciones de ésta ley y en la forma que reglamente el Poder Ejecutivo”.

Se trata de facilitarle el acceso al crédito, al productor, tanto agropecuario como industrial, o a quien manufacture productos mineros o forestales.

Para los productos importados y que se encuentren en la aduana, la ley 928 reguló por primera vez este instituto estableciendo en su art. 1: “Las administraciones de las Aduanas de la República darán a los depositantes de mercaderías en los almacenes fiscales, un certificado de depósito por duplicado. El duplicado de este certificado llevará la designación de warrant”.

La Ley N° 9643 en su art. 2 regula los requisitos para ser depositario y poder emitir los certificados de depósito y warrants, a los efectos de ésta ley.

El art. 6 establece que, “contra la entrega de los frutos o productos depositados, la administración del respectivo almacén expedirá a la orden del depositante un certificado de depósito y warrant referente a aquellos, con expresión de la fecha de expedición, el nombre y domicilio del depositante, la designación del almacén y la firma del administrador, la clase de productos, su cantidad, peso, clase y números de envases, calidad y estado del mismo, su valor aproximado y toda otra indicación que sirva para individualizarlo, con arreglo a las prácticas establecidas en el comercio de los productos respectivos, el monto del seguro, nombre y domicilio del asegurador; el tiempo por el cual se efectúa el depósito y el monto del almacenaje; todo ello en formularios de tipo uniforme que el Poder Ejecutivo reglamentará, dejando consignadas las mismas circunstancias en los talonarios y en los libros rubricados especiales que deberá llevar, a fin de registrar diariamente y por orden todas las operaciones en que intervenga”.

De esta manera tenemos dos títulos, el certificado de depósito y el warrant, que pueden circular cada uno por separado. Para retirar la mercadería depositada se requiere la presentación de ambos documentos[53].

El warrant será siempre nominativo, y el primer endoso, tanto de éste documento como el del certificado de depósito, deberá registrarse en los libros de la empresa emisora para su validez. No es necesario que los endosos sucesivos del warrant se registren.[54]

El endoso deberá contener la fecha, nombre, domicilio y firma del endosante y endosatario, cantidad prestada, fecha de vencimiento y lugar convenido para el pago, respondiendo solidariamente todos los que firmen el warrant o el certificado de depósito.

Si el warrant no fuera pagado a su vencimiento, el acreedor podrá pedir ante el administrador de la casa depositaria, dentro de los diez días de la fecha de vencimiento de la obligación, la venta en público remate de la cosa depositada, y hacer valer su privilegio.[55]

El art. 18 de la Ley N° 9643 establecía, la no suspensión de la venta por falta de pago del warrant por quiebra[56], incapacidad o muerte del deudor, o por cualquier causa que no fuera orden judicial escrita, previa consignación de la deuda, sus intereses y gastos; lo que hoy, se ve afectado por las disposiciones de la Ley N° 24.522.

En caso de concurso preventivo deberá verificarse su crédito, y no será de aplicación la disposición del art. 24 de la Ley N° 24.522, de suspensión de medidas precautorias y de las subastas, en caso de ejecución prendaria e hipotecaria. Pero sí, deberá cumplirse con la disposición del art. 23 de las ejecuciones, por remate no judicial[57].

Cuando se produce la quiebra rigen los principios del art. 126, caso en que deberá verificarse su crédito y reclamar a través del concurso especial del art. 209, el cobro de su acreencia y privilegio[58]. Pero si cuando se decreta la quiebra, ya se produjo el remate no judicial, es aplicable el art. 210 de la ley 24.522[59].

El régimen de la Ley N° 9643 sobre la distribución de los fondos del remate se aplica en los siguientes casos:

1.- Enajenación por remate (art. 17 y 22[60]).  2.- Consignación judicial (arts. 15, 21 y 22[61]).  3.- Cobro de la indemnización por el valor del seguro (art. 22[62]).

En resumen el orden dado por la ley para el cobro de las sumas obtenidas es el siguiente:  1.- Los derechos del depósito especial.  2.- Las comisiones.  3.- Los gastos de venta.  4.- El impuesto establecido por el art. 25[63]  5.- El capital del crédito y sus intereses.

El depositario queda expresamente protegido, pero el crédito del asegurador no tiene privilegio alguno, lo que debería subsanarse[64]

En el caso de aplicarse los supuestos de los arts. 118 y 119 de la Ley N° 24.522, podrá solicitarse la suspensión del remate como medida precautoria. También, que el síndico se mantenga inactivo para iniciar las acciones de ineficacia; en ese caso, cuando se produzca la intimación de un acreedor en los términos del art. 120 de la Ley N° 24.522, se debe dar por cumplido el inicio de la acción que prescribe el art. 21 de la Ley N° 9643.[65]

En caso de ejecuciones individuales en el actual código, cobra primero el acreedor por warrant, pero si hay colisión con el crédito laboral del art. 268 de la LCT, este lo vencerá en el rango, por imperio del art. 270 de dicho ordenamiento.

En cuanto al proyecto de unificación es de aplicación lo dispuesto en el art. 2586 incisos c y e.

En caso de concurso, no hay duda que ganará el primer lugar el warrant, por disposición del 243 inc. 1° de LCQ, el cuál remite al ordenamiento del derecho real comercial en cuestión.

En caso de colisión entre el warrant y la prenda con registro, le tocará la preferencia al primero en el tiempo, por el principio del ius preferendi de los derechos reales.

22. Debentures [arriba] -

Debentures con garantía real:

Antecedentes de los debentures:

El Código de Comercio de 1859 no los reguló. La reforma de 1889 los regula con la denominación de “obligación”, en los arts. que van del 365 al 368, pero en forma limitada y defectuosa.

La palabra “debenture”, usada por la Ley N° 8.875, en su origen es de procedencia latina, aunque captada por la legislación inglesa. En el sentido más amplio, significa el reconocimiento escrito de una deuda, y en el más restringido, “es un documento firmado por un oficial público, que prueba que una suma es debida a una determinada persona”[66].

En los países anglosajones se la utiliza, para denominar a los empréstitos tomados principalmente por las empresas. En los países de raigambre latina, se utiliza el término “obligaciones”, que significa “título comúnmente amortizable al portador, o con interés fijo, que representa una suma prestada al Estado o a una compañía industrial o comercial”[67].

Malagarriga critica que se use la terminología inglesa existiendo una palabra española que la traduzca fielmente[68], pero debemos reconocer que el término inglés se ha instalado firmemente en nuestra legislación, habiéndolo utilizado nuevamente la ley 19.550 de sociedades comerciales.

Dicha ley, entre los arts. 325 al 360, regula el régimen de los debentures, que consiste en un empréstito que pueden contraer las sociedades por acciones, si sus estatutos así lo autorizan, ya sea en forma pública o privada mediante la emisión de estos títulos valores[69].

Las clases de debentures que pueden emitirse pueden ser (conforme art. 326 de la LS)[70]:

a) con garantía flotante;  b) con garantía común;  c) con garantía especial;  d) convertibles en acciones;  e) debentures previsionales.

a) Debentures con garantía flotante: Se caracterizan por no tener privilegios sobre bienes inmuebles determinados, y afectan a su pago todos los derechos, bienes muebles o inmuebles presentes y futuros, o una parte de ellos pertenecientes a la sociedad emisora, y además otorgan los privilegios que corresponden a la prenda, a la hipoteca o a la anticresis, según el caso[71]. El art- 327 de la LS habla también del privilegio de la anticresis, pero recordemos que es una mala remisión, porque la anticresis no tiene privilegio sino sólo derecho de retención.

23. Caracterización y crítica de estos privilegios [arriba] -

Lafaille[72] critica la disposición originaria de la antigua Ley N° 8.875 de debentures, transcripta en el artículo 327 de la actual ley de sociedades, por considerar que se afecta de esta manera el principio de especialidad en materia hipotecaria.

Realmente, lo que nuestra ley de sociedades hace, es otorgarle un privilegio semejante al de la hipoteca o prenda, pero como “hipoteca legal o tácita” de las leyes de partidas. En consecuencia, como los privilegios no tienen el “ius persequendi”, salvo las excepciones apuntadas para el privilegio del locador en la actual versión del código civil en el art. 3885, y del art. 269 de la LCT, dicho privilegio se aplicará si los bienes están en poder del deudor.

¿Qué pasa si un acreedor quirografario embarga alguna cosa mueble o inmueble registrable, de la sociedad que emitió debentures? En este caso, podrá el fiduciario interponer por incidente, en el respectivo proceso, la tercería de mejor derecho, y hacer prevalecer el rango de su privilegio.

Si la colisión fuere con un crédito laboral del art. 269 de la LCT, sobre maquinarias del establecimiento donde trabaja el acreedor, triunfará éste sobre los debentures; pero si hubiere concurso, triunfarán los debentures por la asimilación al privilegio de la prenda, conforme el art. 327 de la LS. [73]

En cuanto a la anticresis, ya se ha dicho que la referencia es errónea, porque este derecho real carece de privilegio en el código de Vélez, pero en el proyecto del actual código civil si se le otorga privilegio el que triunfará si se ha constituido con anterioridad a los debentures. En caso de quiebra el anticresista tendrá el privilegio de la anticresis, y si está ejerciendo el derecho de retención también dicho privilegio. Es decir, cesará el derecho de retención, deberá entregar la cosa al síndico, y tendrá el doble privilegio, del anticresista y del derecho de retención. Si hay prestaciones recíprocas pendientes en caso de concurso preventivo se puede autorizar la continuidad del contrato conforme lo dispone el art. 20 de la LCQ, y en caso de quiebra decretada puede aplicarse el art. 144 de dicho ordenamiento legal.

La sociedad que haya emitido debentures con garantía flotante, no podrá vender o ceder la totalidad de su activo, ni parte de él, si así imposibilitara la continuación del giro de sus negocios.[74]

Sin embargo, la sociedad conserva la administración y disposición de los bienes “como si no tuviera gravamen”, mientras no caiga en uno de los supuestos del art. 328 de la LS. Armonizándolo con el art. 330, la libre disponibilidad se refiere a aquellos activos no esenciales al giro de sus negocios. Sin embargo, en el contrato de emisión, pueden convenirse restricciones en cuanto a los actos de disposición, las cuales deberán ser inscriptas en el registro pertinente. En materia inmobiliaria correspondería el Registro de la Propiedad Inmueble, y en materia mobiliaria de cosas registrables, sería el respectivo registro. Si la cosa es no registrable, entendemos que debería inscribirse en el Registro de créditos prendarios, atento a que goza del privilegio de la prenda según lo dispuesto en el art. 327 de la LS. Estaríamos frente a cláusulas de inenajenabilidad creadas por la LS, y semejantes por su naturaleza, a la del artículo 2.613 del actual código civil. En consecuencia, si fueron pactadas expresamente, los terceros no podrán ejecutar estos bienes hasta el vencimiento de las mismas. Estas cláusulas durarán mientras estén en vigencia los debentures, y hasta su efectivo pago. En caso de quiebra, como se produce la liquidación del patrimonio del deudor, estas cláusulas dejarán de operar para que se pueda liquidar el patrimonio de la sociedad deudora. Pero si cesa el estado de quiebra, por ejemplo por avenimiento, recobran su vigencia[75].

En caso que se disponga la liquidación de la sociedad por mora en el pago de los debentures, cesará la aplicación de las cláusulas de inenajenabilidad, y en la liquidación se aplicará el orden de los privilegios para el pago de las deudas a los acreedores.

24. Exigibilidad de la garantía flotante [arriba] -

Corresponde analizar el art. 328 de la LS que establece: “La garantía flotante es exigible si la sociedad:

1) No paga los intereses o amortizaciones del préstamo en los plazos convenidos;...”

En este caso el fiduciario, que es representante legal de los debenturistas (artículo 344 LS), con las facultades y deberes de los mandatarios generales y especiales del artículo 1884[76]: incisos 1º y 3º del código civil, podrá pedir la suspensión del directorio cuando hayan pasado treinta días de vencidos los plazos convenidos (art. 345 inc 3º).

En caso que se solicite tal suspensión del directorio, el juez a pedido del fiduciario y sin más trámite, dispondrá la suspensión del mismo, y nombrará en su reemplazo al ó a los fiduciarios, quienes recibirán la administración y los bienes sociales bajo inventario (conforme artículo 346).

El fiduciario deberá convocar a los debenturistas, que reunidos en asamblea decidirán si continúan el giro del negocio o resuelven la liquidación de la sociedad[77].

El artículo 348 de LS en su primera parte establece que, si la asamblea de debenturistas resuelve la liquidación de la sociedad, el fiduciario procederá a realizar los bienes que constituyen la garantía, es decir aquellos sobre lo cual recae el asiento de los privilegios, y repartir su producido entre los debenturistas, luego de haber pagado los créditos con mejor privilegio, si los hubiere.

2) El inciso 2° del artículo 328 de la LS establece que, también será exigible la garantía si la sociedad “pierde la cuarta parte o más del activo existente al día del contrato de emisión de los debentures”.

Esta norma está en relación con el inciso 3°, acápite (b) del art. 345, por el cual el fiduciario puede pedir la suspensión del directorio y resolver de acuerdo a lo que establezca la asamblea de debenturistas, ya sea tomar la administración de la sociedad o liquidarla. En caso de resolverse esto último, la liquidación será practicada de la forma detallada en el punto anterior.

3) El inciso 3° del art. 328 establece que, también se hace exigible la garantía flotante, cuando la sociedad “incurre en disolución voluntaria forzosa, o quiebra”.

En caso de liquidación voluntaria o forzosa, la misma será realizada por el fiduciario, y se aplicarán las normas anteriores.

En el supuesto de quiebra, el fiduciario actuará como liquidador coadyuvante y necesario del síndico (art. 351 LS y art. 152 inciso 2°, Ley N° 24.552). Si no hay fiduciario designado, una asamblea de debenturistas procederá a este efecto.

En el supuesto de concurso preventivo, la ley 25.589 incorporó el artículo 45 bis a la LC y Q, para regular la forma que van a votar los tenedores de títulos emitidos en serie, entre ellos los debentures, cuyos titulares deberán reunir en asamblea, previa convocatoria por el fiduciario o el Juez, a los efectos de resolver si aceptan la propuesta del concursado, y la forma en que prestarán la conformidad[78].

25.- Debentures con garantía común [arriba] -

El art. 332 de LSC dice: “Los debentures con garantía común cobrarán sus créditos pari passu con los acreedores quirografarios, sin perjuicio de las demás disposiciones de ésta sección”

Al no tener ningún privilegio no merecen ningún comentario en especial.

En caso de quiebra, se aplicarán los arts. 349 y 351 de la LSC y 152, inc. 2°, de la LCQ, e intervendrá el fiduciario como liquidador coadyuvante juntamente con el síndico.

En caso de concurso preventivo, será de aplicación como en el caso anterior, el art. 45 bis, de la Ley N° 24.522, incorporado por la Ley N° 25.589.

26. Debentures con garantía especial [arriba] -

El art. 333 reza: “La emisión de debentures con garantía especial afecta a su pago bienes determinados de la sociedad susceptible de hipoteca.

La garantía especial debe especificarse en el acta de emisión con todos los requisitos exigidos para la constitución de la hipoteca y se tomará razón de ella en el registro correspondiente. Le son aplicables todas las disposiciones que se refieren a la hipoteca, con la excepción de que esta garantía puede constituirse por el término de cuarenta años. La inscripción que se haga en el registro pertinente surte sus efectos por igual término”.

En caso de mora de la sociedad en el pago de los intereses o de la amortización de los debentures, la facultad del fiduciario se reduce a ejecutar la hipoteca o la prenda (artículo 345 inc. 3° c in fine de la LS).

En el supuesto de quiebra, el art. 152 de la Ley N° 24.522 dispone que se apliquen iguales principios, que en el caso de acreedores prendarios e hipotecarios. Es decir, tendrá que recurrir el fiduciario a la ejecución de la garantía a través del concurso especial del art. 209 de la LCQ.

El proyecto de unificación civil y comercial el privilegio lo encontramo0s en art. 2582 inciso e).

27. Obligaciones negociables con garantía real [arriba] -

Antecedentes[79]: los debentures de la Ley N° 8.875 como los de la ley de sociedades comerciales 19.550, tuvieron escasa aceptación, ocurriendo lo mismo con respecto a los bonos convertibles de la ley 19.060.

En base a las disposiciones del art. 325 de la LSC en su redacción anterior a la reforma de la ley 23.576, establecía que las sociedades por acciones podían obtener empréstitos en forma pública o privada mediante la emisión de bonos convertibles. La doctrina sostuvo que los títulos valores abstractos eran exclusivamente legales, a los causales, en cambio, los consideraba de libre creación por los particulares.

Por ello, la Comisión Nacional de Valores y la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, reglamentaron en 1984 la emisión de obligaciones negociables para las sociedades que cotizaran en esta última. También en este caso el resultado fue de escasa aceptación.

Ante esta situación, y buscando un instrumento que facilitara el crédito y beneficiara a los inversores, el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 23.576, modificada posteriormente por las Leyes N° 23.962 y N° 24. 435.

28. Régimen legal de las obligaciones negociables [arriba] -

Las obligaciones negociables son títulos-valores que deben ser nominativos no endosables (art. 8 Ley N° 23.576 modificada por la Ley N° 23.962 art. 1 y Ley de Nominatividad N° 24.587, art. 1[80]), los que pueden estar fraccionados en cupones al portador o escriturales. El art. 1 de la Ley N° 23.576 establece: “Las sociedades por acciones, las cooperativas y las asociaciones civiles constituidas en el país, y las sucursales de las sociedades por acciones constituidas en el extranjero en los términos del art. 118 de la LSC, pueden contraer empréstitos mediante la emisión de obligaciones negociables, conforme las disposiciones de la presente ley.

Se aplican las disposiciones de la presente ley en forma que reglamente el Poder Ejecutivo, a las entidades del Estado Nacional, 13.653 (T.O.), 19.550 (T.O. en 1984) (Artículos 308 a 314), 20.705 y por leyes convenios”

El art. 4 del anexo de la Ley N° 24.587 establece que, los títulos valores pueden llevar cupones que en la eventualidad de ser emitidos al portador[81], se presumen pertenecientes al titular de la Obligación Negociable.

Las obligaciones negociables pueden emitirse con garantía flotante, especial o común (art. 3, LON)

29. Obligaciones negociables con garantía flotante [arriba] -

La emisión cuyo privilegio no se limite a bienes inmuebles determinados, se considerará realizada con garantía flotante (art. 3, LON). Se le aplicarán las normas de los debentures, arts. 327 a 333 de la LSC, (remitimos al lector al comentario que hemos realizado sobre el tema). Las garantías se constituyen por las manifestaciones que el emisor realice en las resoluciones que dispongan la emisión, y deben inscribirse, cuando corresponda según su tipo, en los registros pertinentes. (art. 3 primera parte, in fine, LON).

30. Obligaciones con garantía especial [arriba] -

Puede garantizarse la emisión de obligaciones negociables con hipoteca, por remisión del art. 3 de la LON, siendo aplicable el artículo 333 de la LS. La inscripción de la hipoteca en el Registro Inmobiliario debe ser acreditada ante el organismo de contralor, con anterioridad al comienzo del período de colocación (conforme art. 3 LON). En las sociedades que tengan oferta pública de sus acciones, la Comisión Nacional de Valores será el órgano de aplicación. La hipoteca se constituirá y cancelará por declaración unilateral de la emisora, cuando no concurra un fiduciario en los términos del art. 13 de la LON, y sin requerir la aceptación de los acreedores. Esta hipoteca, cuando no concurre un fiduciario por inexistencia del mismo, tiene un parecido con la hipoteca realizada consigo mismo del derecho alemán; en consecuencia, los acreedores aparecerán cuando se adquieran las obligaciones negociables a través de la oferta que se haga de dichos títulos valores[82].

Si concurre un fiduciario, éste estaría representando a los futuros acreedores, que serán los obligacionistas[83].

La cancelación de la hipoteca, en caso de no haber fiduciario, la realiza el emisionista previa certificación contable de que se ha pagado a los obligacionistas, o se ha rescatado la totalidad de los títulos-valores representativos de la deuda. También se puede cancelar las obligaciones negociables si hay acuerdo unánime de los obligacionistas (Conf. Artículo 3° LON).

Si hay oferta pública de estos títulos valores, se requiere la conformidad de la Comisión Nacional de Valores. También las obligaciones negociables pueden ser avaladas por otro medio, como garantizadas por entidad financiera.

31. Ejecución de las obligaciones negociables [arriba] -

El art. 29 de la LON, otorga acción ejecutiva a sus tenedores para reclamar por esta vía el cobro de sus créditos, tanto del capital como de sus intereses (conf. art. 29 LON), ya sea en moneda local o extranjera.

En caso de ejecución de obligaciones negociables, emitidas con garantía especial, el juez dispondrá la citación de los tenedores de la misma clase y notificará a la Comisión Nacional de Valores. Se procederá de esta manera, cuando los títulos estén a la oferta pública en las Bolsas donde tengan cotización autorizada.

32. Supuesto de concurso del emisionista [arriba] -

En caso de concurso preventivo del emisionista, se aplican las disposiciones de la Ley N° 24.522, en especial del artículo 45 bis, que ya hemos comentado al tratar los debentures.

En caso de quiebra, además de verificarse el crédito con el privilegio correspondiente, si hay fiduciario, éste podrá iniciar el concurso especial de la ley falencial. En el caso que no haya fiduciario, se reunirán los obligacionistas para designar un representante o fiduciario a los efectos de iniciar el concurso especial, como establece el art. 209 de la ley 24.522.

El juez del concurso tiene las más amplias facultades para lograr la designación del representante de los obligacionistas, como dispone el artículo 29 última parte, de la ley 23.576: “Cuando no existiere representante de los obligacionistas, será designado en asamblea convocada por el juez, que se regirá por las normas de la asamblea ordinaria de las sociedades anónimas. En caso de no obtenerse la mayoría necesaria, la designación será efectuada por el juez”[84].

En caso de ejecución individual es aplicable el art. 2586 inc. c y e del Proyecto de Unificación Civil y Comercial.

33. Privilegios de de leyes especiales [arriba] -

Los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería.

Ver comentario al artículo siguiente.

34. Extensión de los privilegios [arriba] -

Artículo 2583.- Extensión. Los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito, excepto en los siguientes casos:

Cumpliendo con el principio de excepcionalidad los privilegios solo abarcan el capital del crédito, salvo que la ley establezca excepción a este principio, que son los casos de los incisos siguientes de este art. 2583.

a) los intereses por Dos (2) años contados a partir de la mora, de los créditos laborales mencionados en el inciso b) del art. 2582;

Corresponde al art. 242 inc. 1° de la LCQ que establece “Los intereses por DOS (2) años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inc. 2 del art. 241”. En cuanto a la extensión el proyecto de código civil coincide con la LCQ.

b) los intereses correspondientes a los Dos (2) años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inciso e) del art. 2582;

La LCQ establece en el art. 242 inc. 2°: “Las costas, todos los intereses por Dos (2) años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el art. 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inc. 4 del art. 241. En este caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden”.

Tenemos diferencias entre ambas normas: El Proyecto del Código Civil siguiendo el criterio del actual código civil (artículo 3936, parte primera) establece que se debe contar los intereses desde dos años antes del inicio de la ejecución. Ambos plazos parten de diferentes puntos de partidas. ¿Qué pasa si el acreedor obtuvo sentencia en la ejecución individual y después el deudor cae en quiebra? Esto ha dado lugar a discusión, si debe privar la sentencia civil sobre la decisión verificatoria o al revés, prima la LCQ sobre la sentencia del juicio ejecutivo, perdiendo el acreedor hipotecario parte de su privilegio por aplicación de legislación diferente.

c) las costas correspondientes a los créditos enumerados en los incisos. b) y e) del art. 2582;

La LCQ no le extiende el privilegio especial a las costas de los créditos del art. 241 inc. 2, que si lo tiene en las ejecuciones individuales. Con respecto a las costas del art. 241 inc. 4 coincide con la norma propuesta al art. 2582 inc. e). De esta manera el art. 242 inc. 2 establece: “Las costas, todos los intereses por DOS (2) años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el art. 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inc. 4 del art. 241. En este caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden”.

d) los créditos mencionados en el inc. f) del art. 2582, cuya extensión se rige por los respectivos ordenamientos.

Coincide con lo dispuesto por el art. 242 inc. 2 segunda parte que remite a los respectivos ordenamientos.

35. Subrogación real. Remisión [arriba] -

Artículo 2584.- Subrogación real. El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real.

Ver lo comentado en la parte general de los privilegios.

36. Reserva de gastos [arriba] -

Artículo 2585.- Reserva de gastos. Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización.

En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor.

La LCQ establece al respecto en el art. 244: “Reserva de gastos. Antes de pagar los créditos que tienen privilegios especiales, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuados en el concurso. También se calcula una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes”.

Sacando la parte de los funcionarios del concurso por no existir estos en las ejecuciones individuales coincide el proyecto con la LCQ.

37. Conflicto entre los acreedores con privilegio especial y concurrencia de los mismos en un mismo inciso [arriba] -

Artículo 2586.- Conflicto entre los acreedores con privilegio especial. Los privilegios especiales tienen la prelación que resulta de los incisos del artículo 2582, excepto los siguientes supuestos:

Coincide con la LCQ en el art. 243 primera parte.

a) los créditos mencionados en el inciso f) del artículo 2582 tienen el orden previsto en sus respectivos ordenamientos;

Coincide parcialmente con el artículo 243 inciso 1°, en cuanto se refiere a estos créditos mencionados en el art. 2586 inc. 1 del proyecto de unificación civil y comercial.

b) el crédito del retenedor prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comienza a ser ejercida antes de nacer los créditos privilegiados;

Coincide parcialmente con el art. 243 inc. 2 de la LCQ: “el crédito de quien ejercía derecho de retención prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados”; como así también con el artículo 3946 del actual código civil.

c) el privilegio de los créditos con garantía real prevalece sobre los créditos fiscales y el de los gastos de construcción, mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, si los créditos se devengaron con posterioridad a la constitución de la garantía;

Establece el orden de los privilegios de los derechos reales de garantía, siendo de fundamento de la LCQ en cuanto remite al ordenamiento del código civil (art. 243 inc. 1 de la LCQ).

d) los créditos fiscales y los derivados de la construcción, mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, prevalecen sobre los créditos laborales posteriores a su nacimiento;

A contrario sensu los créditos laborales prevalecen sobre los enumerados en este inciso si son de fecha anterior a los créditos allí enunciados.

e) los créditos con garantía real prevalecen sobre los créditos laborales devengados con posterioridad a la constitución de la garantía;

Establece la preferencia de los créditos con garantía real: hipoteca, prenda y anticresis cuando son anteriores a los créditos laborales cuando coinciden en el asiento.

f) si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata.

Sigue la doctrina de la LCQ del artículo 243 inciso 2° última parte.

38. Renuncia a los privilegios [arriba] -

También los privilegios pueden renunciarse, la LCQ establece un régimen especial para la renuncia de los créditos laborales y el proyecto, en cambio establece que los privilegios laborales son irrenunciables. Al respecto dice el artículo 2575 del proyecto en su primera parte: ”El acreedor puede renunciar a su privilegio” y luego agrega en el último apartado: “El privilegio del crédito laboral no es renunciable, ni postergable”.

Entendemos que este caso, ante la colisión de esta norma con la del artículo 43 del la LCQ que autoriza la renuncia bajo determinadas condiciones del crédito laboral, prevalece la LCQ por ser un régimen especial y no derogable por la ley general que sería el código civil. Hubiera sido conveniente que el artículo en estudio debería haber dejado a salvo el principio de la LCQ para evitar discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se traducen en un dispendio judicial innecesario.

[1] Corna, Pablo María, Teoría General de los Privilegios; Ed. Cathedra Jurídica, año 2008, pág. 16 y 17.

[2] Ver Corna, Pablo María, ob. cit. páginas 17 a 26.

[3] Anteproyecto de Bibiloni, art. 1276; Proyecto de 1936, art. 776; Anteproyecto de 1954, art. 935; Proyecto de Código Civil unificado de la legislación civil y comercial de 1998, art. 2514.

[4] La doctrina es pacífica en este tema. Ver Llambías, J.J. en ob. cit., pág. 642, N° 491; Cordeiro Álvarez, Ernesto, ob. cit. pág. 17. [5] Artículo 242 de la ley 24.522: “Los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo en los casos que a continuación se enumeran en que quedan amparados por el privilegio: 1.- Los intereses por dos (2) años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inc. 2° del art. 241. 2°.- Las costas, todos los intereses por dos (2) años anteriores a la quiebra, y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el art. 126, cuando se trate de créditos enumerados en el inc. 4° del art. 241. En este caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden. El privilegio reconocido a los créditos previstos en el inc. 6° del art. 241 tienen la extensión prevista en los respectivos ordenamientos”.

[6] Ley 24.522, artículo. 247: “Extensión de los créditos con privilegio general: Los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del artículo 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inc. 1° del artículo 246. En lo que excedan esa proporción, los demás créditos enumerados en el art. 246 participan a prorrata con los comunes o quirografarios, por la parte que no perciban como privilegiados”.

[7]Art. 3112. “La hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas, están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella. Sin embargo en la ejecución de bienes hipotecados, cuando sea posible la división en lotes, o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes, y cancelación parcial de la hipoteca, siempre que de ello no se siga lesión al acreedor”. (texto segun ley 11.725.) Art. 3113. “El acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles podrá a su elección perseguirlos a todos simultáneamente o sólo a uno de ellos, aunque hubieren pertenecido o pasado al dominio de diferentes personas o existieren otras hipotecas. Ello no obstante, el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados”. (texto segun ley 11.711.) Art. 3114. El acreedor cuya hipoteca esté constituida sobre dos o más inmuebles puede, aunque los encuentre en el dominio de diferentes terceros poseedores, perseguirlos a todos simultáneamente, o hacer ejecutar uno solo de ellos. Art. 3233. La prenda es indivisible, no obstante la división de la deuda. El heredero del deudor que ha pagado su porción de la deuda no puede demandar su porción en la prenda, mientras que la deuda no haya sido enteramente pagada, y recíprocamente, el heredero del acreedor que ha recibido su porción de la deuda, no puede librar la prenda en perjuicio de los coherederos que no han sido pagados. Decreto-ley 15.348/46, T.O. Decreto N° 897/95: “ Los bienes afectados a la prenda garantizan al acreedor, con privilegio especial sobre ellos, el importe de la obligación asegurada, intereses y gastos en los términos del contrato y de las disposiciones del presente. El privilegio de la prenda se extiende, salvo convención en contrario, a todos los frutos, productos, rentas e importe de la indemnización concedida o debida en caso de siniestro, pérdida o deterioro de los bienes prendados”.

[8] Ver entre otros: Allende, Guillermo Lorenzo y Mariani de Vidal, Marina; “Los privilegios en la ley de concursos y en el código civil”, ed. Víctor de Zavalía, 1974, pág. 22. Molinario, Alberto D., ob. cit. pág. 52, Núm. 26.

[9] Lafaille, Héctor; Obligaciones...ob. cit., pág. 569, núm.628.

[10] Messineo dice al respecto: “Salvo ver en concreto las causas singulares de prelación se puede decir que el privilegio –además de una razón general de repetición frente a la masa de los acreedores, alegada por quien concediendo crédito, ha procurado beneficio a esa misma masa- se debe a necesidades de orden tributario (asegurar rápidamente ingresos a las entidades públicas), o bien a una relación particular entre una cosa y la persona del acreedor o a la actividad de éste, o bien, todavía, a consideraciones de humanidad. Messineo, Francesco; Manual de Derecho Civil y Comercio, Ed. Jurídicas Europa América, T° IV, 1971, pág. 63 núm. 102.

[11] Ver Mazeaud, Henri y Léon y Mazeaud, Jean; Lecciones de Derecho Civil, Ed. Jurídicas Europa América, T° IV, 1974. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, pág. 192.

[12] Molinario, ob. cit., pág. 184, N° 109.

[13] Fernández, Raymundo L. Ob. cit., pág. 78, N° 63.

[14] Ob. cit., pag. 25, núm 11.

[15] Ob. cit., pág. 25 y s.s., núms.. 11, 12 y 13

[16] Llambías, ob. cit., pág. 634, N° 488.

[17] Bonecasse, J. Suplemento al tratado de Baudry Lacanterie, T° III, París 1926, núm. 345 y s.s.

[18] Bonecasse, ob. cit. núm. 382 y 383.

[19] Bonecasse, ob. cit. núm. 381.

[20] Art. 3893: “ El vendedor de cosas muebles no pagadas, goza de privilegio por el precio sobre el valor de la cosa vendida, que se halle en poder del deudor, haya sido la venta al contado o a plazo. Si la cosa ha sido revendida y se debiese el precio, el privilegio se ejerce sobre el precio”.

[21] Art. 3926. En caso de varias ventas sucesivas, cuyo precio sea debido en todo o en parte, el primer vendedor es preferido al segundo, éste al tercero, y así sucesivamente”.

[22] Art. 3927: “El que ha dado dinero para la adquisición de un inmueble, goza de privilegio sobre el inmueble para el reembolso del dinero dado, con tal que por la escritura de adquisición conste que el inmueble ha sido pagado con el dinero prestado, aunque no haya subrogación expresa”.

[23] Art.: “3897. Si el depositario ha abusado del depósito, enajenando la cosa que ha sido confiada a su cuidado; o si su heredero la vende, ignorando que la cosa se hallaba depositada, el depositante tiene privilegio sobre el precio que se debiese”.

[24] Art. 3110: La hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal; a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, aunque sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío; a las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios; y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca”.

[25] Ley 21.499, art. 28: “Ninguna acción de terceros podrá impedir la expropiación y sus efectos. Los derechos del reclamante se considerarán transferidos de la cosa a su precio o a la indemnización, quedando aquélla libre de todo gravamen”.

[26] Ley 9643, art.22: “Sobre los efectos comprendidos en el warrant, sobre su importe una vez enajenados aquellos o en el caso de consignación autorizados, y sobre el valor del seguro constituido, el acreedor de aquél goza de un privilegio superior con respecto a cualquier otro crédito, que no sean los derechos del depósito especial, las comisiones y gasto de venta y el impuesto establecido en el artículo 25”.

[27] Ver artículo 3° del decreto ley 15.348/46, T. O. decreto 897/95, en cuanto se extiende la prenda a las indemnizaciones por siniestro, pérdida o deterioro.

[28] Ley 25.248, art. 11, primera parte: “Son oponibles a los acreedores de las partes los efectos del contrato debidamente inscripto. Los acreedores del tomador pueden subrogarse en los derechos de éste para ejercer la opción de compra.”

[29] Conf. Llambías, Jorge Joaquín, ob. cit., pág. 637, núm. 489.-

[30] Digesto, Libro XX: Título II. Cuerpo de derecho Civil Romano, Tomo 2, pág. 17, Ed. Jaime Molinas editor, Barcelona 1892 (reimpresión). Ver también Martou, ob cit. T° II, pág. 218, núm. 590.

[31] Digesto, Libro XLII: Título III. Cuerpo de derecho Civil Romano, Tomo 3, pág. 374, Ed. Jaime Molinas editor, Barcelona 1892 (reimpresión).

[32] Digesto, Libro XLII: Título V. Cuerpo de derecho Civil Romano, Tomo 3, pág. 384, Ed. Jaime Molinas editor, Barcelona 1892 (reimpresión).

[33] Baudry Lacantinerie et de Loynes, ob. y ed cit., tomo I, pág. 678, N° 626.

[34] En edición citada, Tomo III, página 548. [35] En edición citada, Tomo III, página 551.

[36] Lafaille, ob. cit. (Obligaciones), T° I, pág. 673, núm. 750.

[37] Ley 19551, art. 265: “Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: ...2° Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta, mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron los gastos”.

[38] Argieri, Saúl A. La quiebra y demás procesos concursales, Ed. Platense, 1974, pág. 281. La jurisprudencia ha dicho: “La ley de concursos a diferencia del código civil gradúa con privilegio especial sobre la cosa (en poder del concursado y por cuya cuenta se hicieron los gastos), los gastos de mejoras; por ende, cabe calificar así a los honorarios de arquitectos por proyectos para la realización de determinadas obras que incrementaron el valor de un inmueble del concursado, dado que la exclusión referida por el artículo 3892 del código civil no aparece contemplada en la ley 19.551.- Fallo 40.444 - CNCom., sala B, junio 12-1987 - Flamex Talamoni, S.A. s/concurso preventivo s/incidente de revisión por: Aftalion, Fernando y otros. ED, 126-125.” “ Los créditos por honorarios de arquitectos por proyectos que incrementaron el valor de un inmueble del concursado son subsumibles en el artículo 265, inc. 2º de la ley 19.551, no siendo relevante que el proyecto haya sido puesto o no en práctica por el concursado, ya que esta circunstancia no enerva el aumento del valor de la cosa adquirida a través del proyecto realizado por los profesionales, dado que sostener lo contrario implicaría hacer depender el privilegio del mismo deudor. Fallo 40.444 - CNCom., sala B, junio 12-1987 - Flamex Talamoni, S.A. s/concurso preventivo s/incidente de revisión por: Aftalion, Fernando y otros. ED, 126-125”.

[39] “Les salaires des gens de service, mais seulement pour l’année échue, et ce qui est dû l’année courante”. Ver Molinario, ob. cit. pág. 524, núm. 396. Aubry et Rau, ob. Cit. núm. 260.

[40] Molinario citado en la nota anterior.

[41] Molinario citado en la nota anterior.

[42] Molinario, Alberto D. “ob cit” pág. 52, núm. 26.

[43] El art. 17 de la ley 19.551 decía en su parte pertinente: “...el juez del concurso debe autorizar el pago de los salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo que tengan el privilegio del artículo 270, inc. 1°, previa comprobación de sus importes por el síndico, los que deben ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación”.

[44] Rodríguez Manccini, Jorge; Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social, Ed. Astrea, Bueos Aires, 1996, pág. 251, núm. 112.

[45] Conf. Sardegna Miguel A. Ley de contrato de trabajo –comentada-anotada-concordada, Ed. Universidad, ed. Año 1996 comentario al art. 103. [46] Fernández Madrid, Juan Carlos y Caubet, Amanda Beatriz, Leyes fundamentale de trabajo-sus reglamentos y anotaciones complementarias, Joaquín Fenandez Madrid, Editor. Ed. 2001, pág. 68, comentario al artículo 103 de la ley 20744.

[47] “El crédito derivado de lo trabajado en horas extras tiene privilegio especial, en vista a su naturaleza remuneratoria CNCom., sala A, 5/5/1998. Impresus S.A., J.A. 2002-I- síntesis”.

[48] LCT, ARTICULO 110.- Si se hubiese pactado una participación en las utilidades, habilitación o formas similares, éstas se liquidarán sobre utilidades netas.

[49] Conforme LCT 20.744 en los siguientes artículos: ARTICULO 103.- A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél. ARTICULO 104.- El salario puede fijarse por tiempo o por rendimiento del trabajo, y en este último caso por unidad de obra, comisión individual o colectiva, habilitación, gratificación o participación en las utilidades e integrarse con premios en cualquiera de sus formas o modalidades. ARTICULO 106.- Los viáticos serán considerados como remuneración, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo. ARTICULO 108.- Cuando el trabajador sea remunerado en base a comisión, ésta se liquidará sobre las operaciones concertadas. [50] Ver, Fernández Madid y Caubet, ob. cit. comentario al art. 103 bis, pág. 68. La ley 24.241 dispone en sus disposiciones refiriéndose al concepto de remuneraciones: ARTICULO 6 - Se considera remuneración, a los fines del SIJP, todo ingreso que percibiere el afiliado en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitación, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que tengan el carácter de habituales y regulares, viáticos y gastos de representación, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia. La autoridad de aplicación determinará las condiciones en que los viáticos y gastos de representación no se considerarán sujetos a aportes ni contribuciones, no obstante la inexistencia total o parcial de comprobantes que acrediten el gasto. Las propinas y las retribuciones en especie de valor incierto serán estimadas por el empleador. Si el afiliado estuviera disconforme, podrá reclamar ante la autoridad de aplicación, la que resolverá teniendo en cuenta la naturaleza y modalidad de la actividad y de la retribución. Aun mediando conformidad del afiliado, la autoridad de aplicación podrá rever la estimación que no considerara ajustada a estas pautas. Se consideran asimismo remuneración las sumas a distribuir a los agentes de la administración pública o que éstos perciban en carácter de: 1. Premio estímulo, gratificaciones u otros conceptos de análogas características. En este caso también las contribuciones estarán a cargo de los agentes, a cuyo efecto antes de proceder a la distribución de dichas sumas se deberá retener el importe correspondiente a la contribución. 2. Cajas de empleados o similares, cuando ello estuviere autorizado. En este caso el organismo o entidad que tenga a su cargo la recaudación y distribución de estas sumas deberá practicar los descuentos correspondiente a los aportes personales y depositarlos dentro del plazo pertinente. Conceptos excluidos. ARTICULO 7.- No se consideran remuneración las asignaciones familiares, las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo, por vacaciones no gozadas y por incapacidad permanente provocada por accidente del trabajo o enfermedad profesional, las prestaciones económicas por desempleo, ni las asignaciones pagadas en concepto de becas. Tampoco se considera remuneracion las sumas que se abonen en concepto de gratificaciones vinculadas con el cese de la relación laboral en el importe que exceda del promedio anual de las percibidas anteriormente en forma habitual y regular.

[51] Ley 11867, artículo 11: “Las omisiones o trasgresiones a lo establecido en esta ley, harán responsables solidariamente al comprador, vendedor, martillero o escribano que las hubieran cometido, por el importe de los créditos que resulten impagos, como consecuencias de aquellas y hasta el monto del precio de lo vendido”.

[52] Ver prenda con registro núm. 19.

[53] Art. 13 ley 9643: “Los efectos depositados por los cuales hayan sido expedidos warrants, no serán entregados sin la presentación simultánea del certificado de depósito y del warrant” [54] Art. 8 ley 9643. [55] Art, 16 ley 9643: “Si el warrant no fuere pagado al vencimiento de la obligación el acreedor tendrá la acción que reglamenta esta ley v para el cobro de su crédito, y para hacer efectivo su privilegio sobre los efectos a que se refiere el warrant, y en su caso, sobre las sumas del seguro” Art. 17 de la ley 9643: “El acreedor del warrant deberá pedir, dentro de diez días de la fecha de su vencimiento, la venta en público remate de la mercadería afectada al mismo; cuando no hubiere endoso, podrá usar de este derecho dentro del mismo término. El pedido de venta se hará ante el administrador del depósito, quien, una vez comprobada la autenticidad del warrant, por su conformidad con las constancias del registro, ordenará el remate por intermedio de los mercados de cereales o bolsas de comercio donde existan; y donde no los hubiere, por martilleros especiales designados por orden de nombramiento, v dentro de una nómina que anualmente formarán los tribunales superiores de comercio de la jurisdicción respectiva. Esta resolución será comunicada al deudor y a los endosantes, cuyos domicilios consten en el registro, por carta certificada con recibo de retorno. La comunicación se hará dentro del segundo día, si los interesados estuviesen domiciliados en el lugar del depósito, y por el segundo correo si tuviesen el domicilio en otro punto. El remate tendrá lugar en la plaza comercial donde estuviese situado el depósito, y, en su defecto, en una de las más inmediatas, y se anunciará, durante diez días a lo menos, en dos periódicos del lugar donde debe efectuarse el remate, o de la plaza comercial más próxima, debiendo especificarse en los avisos los productos materia de la venta, la fecha de la constitución y primera negociación del warrant y el nombre de su dueño primitivo. Para los casos en que la venta de las mercaderías deba realizarse por un warrant del que sea tenedor o endosante la misma empresa de depósitos, el Poder Ejecutivo determinará quién debe desempeñar las funciones que este artículo encomienda al administrador del depósito.”

[56] Al sancionarse la ley 9643, el miembro informante en la Cámara de Diputados Sr. Bas, con referencia a mantener inalterado el artículo 18 dijo: “La comisión entiende que el artículo está bien en la forma que ella lo ha redactado, desde el momento que la única forma de garantir la eficacia del “certificado de depósito” y del “warrant”, que es que el título creditorio destinado a operar a base de la garantía de esos bienes, es que se tenga la absoluta seguridad de que los bienes depositados garanten, efectivamente, los créditos que se han acordado, teniendo en cuenta la importancia de aquéllos, y, por tanto, que no se puede aceptar otra forma de suspensión de la venta que la consignación de su valor a la orden judicial. Estas son las razones que ha tenido la comisión para redactar así el artículo y para mantenerlo, porque entiende que esa disposición constituye la esencia de la ley, y que suprimirlas significaría hacer desaparecer por completo todas las garantías que requieren esta clase de títulos para merecer la confianza del mercado”. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, del 23 de septiembre de 1914, reunión número 55, página 701.

[57] Ver nota 141.

[58] Ley 24522, art. 126: Verificación: obligatoriedad. “Todos los acreedores deben solicitar la verificación de sus créditos y preferencias en la forma prevista por el artículo 200, salvo disposición expresa de esta ley”. Art. 209: “Los acreedores titulares de créditos con garantía real pueden requerir la venta a que se refiere el art. 126, segunda parte, mediante petición en el concurso, que tramita por expediente separado. Con vista al síndico se examina el instrumento con que se deduce la petición, y se ordena la subasta de los bienes objeto de la garantía. Reservadas las sumas necesarias para atender a los acreedores preferentes al peticionario, se liquida y se paga el crédito hasta donde concurren el privilegio y remanente líquido, previa fianza en su caso”.

[59] Ley 24.522, artículo 210: “Ejecución por remate no judicial: En los juicios de quiebra es aplicable el art. 24” Art. 24: “Suspensión de remates y medidas precautorias: En caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, y con el criterio del art. 16, párrafo final, el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria. Los servicios de intereses posteriores a la suspensión son pagados como los gastos del concurso, si resultare insuficiente el producido del bien gravado. Esta suspensión no puede exceder de noventa (90) días. La resolución es apelable al solo efecto devolutivo por el acreedor, el deudor y el síndico”. Ver Acosta, Miguel A., Aspectos jurídicos y económicos del warrant, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2001, pág. 362 y sus siguientes.

[60] Ley 9643, art. 17, ver nota 144. El art. 22 de la antedicha ley 9643 dice: “Sobre los efectos comprendidos en el warrant, sobre su importe una vez enajenados aquellos o en el caso de consignación autorizados, y sobre el valor del seguro constituido, el acreedor de aquél goza de un privilegio superior con respecto a cualquier otro crédito, que no sean los derechos del depósito especial, las comisiones y gastos de venta y el impuesto establecido por el art. 25”.

[61] Ley 9643, art. 15: “El propietario del certificado de depósito, separado del warrant respectivo negociado podrá antes del vencimiento del préstamo, pagar el importe del warrant. Si el acreedor de este no fuese conocido, o siéndole no estuviese de acuerdo con el deudor sobre las condiciones en que tendrá lugar la anticipación del pago, el dueños del certificado consignará judicialmente la suma adeudada. Las mercaderías depositadas serán entregadas a la presentación de la orden del juez ante que hubiere hecho la consignación, previo pago del almacenaje e impuesto del artículo 25 que adeudaren, conforme a la disposición del artículo 27”. Art. 21: “Si la venta fuese suspendida de conformidad a lo dispuesto en el art.18, se entregará inmediatamente al acreedor del warrant la suma consignada, dando fianza para el caso de ser obligado a devolver su importe, debiendo aquélla tenerse por extinguida, si no se dedujera la acción correspondiente a tal efecto, dentro de los treinta días siguientes a la entrega”. Art. 22, la nota anterior.

[62] Ley 9643, art. 22 ver nota 148.

[63] Ley 9643, art. 25: “Créase un impuesto de un cuarto por mil sobre el valor atribuido a las mercaderías depositadas, que serán percibidos por las mismas empresas emisoras, previamente a la entrega de los efectos, junto con los gastos y derechos por el depósito”

[64] Ver Segal, Ruben, Warrants y certificados de depósito de mercaderías. Ed. Abeledo Perrot año 1998, pág., 122.

[65] Ley 9643, art. 21, ver nota 149. El artículo 120 de la ley 24522 dice en su parte pertinente: “Acción por ls acreedores. Sin perjuicio de la responsabilidad del síndico, cualquier acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción después de transcurrido treinta (30) días desde que hay intimado judicialmente a aquél para que la inicie”. Ver el trabajo en participación con Jorge H. Alterini, Elsa Beatriz Angelani y Gabriela Vázquez, ob. cit., La hipoteca frente a las inoponibilidades en la quiebra, pág. 116.

[66] Malagarriga, Carlos C. Tratado elemental de derecho comercial, T° I, , Ed. TEA, Buenos Aires, 1963, pág. 570.

[67] Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

[68] Malagarriga, Carlos C., ob. cit. pág. 570.

[69] Ley 19.550, art. 325 modificado por la ley 23.576: “Las sociedades anónimas incluidas las de la sección 6 y en comandita por acciones podrán, si sus estatutos lo autorizan, contraer empréstitos en forma pública o privada, mediante la emisión de debentures”.

[70] Ver: Halperin, Isaac y Otaegui, Julio, Sociedades Anónimas; Ed. Depalma, segunda edición, año 1998, Buenos Aires, pág. 911 y s.s.. También Sasot Betes, Miguel A. Y Sasot, Miguel P. ; Sociedades Anónimas, Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables, Ed. Abaco de de Rodolfo Depalma, año 1985 pág. 443 y s.s.,.

[71] LS,. Art. 327: “La emisión de debentures con garantía flotante afecta a su pago todos los derechos, bienes muebles o inmuebles , presentes y futuros o una parte de ellos, de la sociedad emisora, y otorgan los privilegios que corresponden a la prenda, a la hipoteca o a la anticresis, según el caso. No está sometido a las disposiciones de forma que rigen esos derechos reales. La garantía se constituye por la manifestación que se inserte en el contrato de emisión y el cumplimiento del procedimiento e inscripciones de esta ley”.

[72] Lafaille, Héctor; ob., cit. , T° III, pág. 15 N° 1615

[73] Ver núm. i.

[74] Art. 330 LS: “La sociedad que hubiese constituido una garantía flotante, no podrá vender o ceder la totalidad de su activo, ni tampoco parte de él, si así imposibilitare la continuación del giro de sus negocios. Tampoco podrá fusionarse o escindirse con otra sociedad sin la autorización de la asamblea de debenturistas”.

[75] Ley 24.522, artículo 227 primera parte: “El avenimiento hace cesar todos los efectos patrimoniales de la quiebra”. Sin perjuicio de ello, los actos realizados por el síndico y coadministradores mantienen su validez (segunda parte de la norma). Ver: Fassi, Santiago C. y Gebhardt, Marcelo; ob. cit. comentario al artículo 227.

[76] Por error la LS en su artículo 344 remite al 1884 y no al 1870, como debiera corresponder.

[77] LS, art 347 “El fiduciario puede continuar el giro de los negocios de la sociedad deudora sin intervención judicial y con las mas amplias facultades de administración, incluso la de enajenar bienes muebles o inmuebles, o realizar la liquidación de la sociedad, de acuerdo con lo que resuelva la asamblea de debenturistas que se convocará al efecto”.

[78] Art. 45 bis.- (Incorporado por ley 25589. Régimen de voto en el caso de títulos emitidos en serie. “Los titulares de debentures, bonos convertibles, obligaciones negociables u otros títulos emitidos en serie que representen créditos contra el concursado, participarán de la obtención de conformidades con el siguiente régimen: 1) Se reunirán en asamblea convocada por el fiduciario o por el juez en su caso. 2) En ella los participantes expresarán su conformidad o rechazo de la propuesta de acuerdo preventivo que les corresponda; y manifestarán a qué alternativa adhieren para el caso de que la propuesta fuere aprobada. 3) La conformidad se computará por el capital que representen todos los que hayan dado su aceptación a la propuesta, y como si fuera otorgada por una sola persona; las negativas también serán computadas como una sola persona. 4) La conformidad será exteriorizada por el fiduciario o por quien haya designado la asamblea, sirviendo el acta de la asamblea como instrumento suficiente a todos los efectos. 5) Podrá prescindirse de la asamblea cuando el fideicomiso o las normas aplicables a él prevean otro método de obtención de aceptaciones de los titulares de créditos que el juez estime suficiente. 6) En los casos en que sea el fiduciario quien haya resultado verificado o declarado admisible como titular de los créditos, de conformidad a lo previsto en el art. 32 bis, podrá desdoblar su voto; se computará como aceptación por el capital de los beneficiarios que hayan expresado su conformidad con la propuesta de acuerdo al método previsto en el fideicomiso o en la ley que le resulte aplicable; y como rechazo por el resto. Se computará en la mayoría de personas como una aceptación y una negativa. 7) En el caso de legitimados o representantes colectivos verificados o declarados admisibles en los términos del art. 32 bis, en el régimen de voto se aplicará el inc. 6. 8) En todos los casos el juez podrá disponer las medidas pertinentes para asegurar la participación de los acreedores y la regularidad de la obtención de las conformidades o rechazos.

[79] Ver Halperin, Isaac y Otaegui, Julio, ob. Cit.; pág. 931 y s.s. También Sasot Betes, Miguel A. y Sasot, Miguel P, ob. cit. pág. 617 y s.s. [80] La ley 24.587 en su artículo 1° aprueba el régimen de nominatividad de los títulos-valores, que regula en el Anexo A. El artículo 1°, en la primera parte de dicha normativa dice: “Los títulos valores privados emitidos en el país y los certificados provisionales que los representen deben ser nominativos no endosables.”

[81] Ley 24.587, anexo A, artículo 4°: “Los títulos valores privados nominativos no endosables podrán llevar cupones al portador, los que deberán la numeración del título valor al que pertenecen. Se presume sin admitir prueba en contrario, que los cupones pertenecen a la persona a cuyo nombre está inscripto el título valor respectivo. Esta presunción es a todos los efectos, salvo en el caso en que el portador de cupones, que dan derecho a la suscripción de nuevas acciones, requiera que estas últimas sean emitidas directamente a su nombre”

[82] En el derecho alemán, la idea de la hipoteca constituida por el propietario “lleva una existencia propia autónoma, por lo cual puede entrar en el patrimonio del dueño de la finca hipotecada como un elemento per se stante, sin ser “absorbida” en él por el dominio”. Hedemann, Justus Wilhelm, Tratado de Derecho Civil-Derechos Reales, vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado-Madrid, pág. Traducción de José Luis Diez Pastor y Manuel Gonzalez Henriquez. Año 1955, 453 y s.s. Esta hipoteca del propietario tiene como característica que puede enajenarla libremente, apareciendo de esta manera la parte acreedora. Los acreedores personales, hasta tanto la hipoteca sea trasmitida, pueden embargarla y ejecutarla. La doctrina alemana compara esta hipoteca con las cédulas hipotecarias emitidas por las cajas de créditos o entidades financieras hipotecarias, que cuando vuelven estos títulos en forma circunstancial antes del vencimiento de los mismos, a manos del emisor, no se extinguen, sino se mantienen en estado latente, recuperando su plena virtualidad cuando comienzan a circular nuevamente.

[83] Atento a la característica de esta hipoteca, constituida con o sin el fiduciario, entendemos que hasta tanto estén suscriptas las obligaciones negociables, o los debentures en su caso, pueden ser embargados y ejecutados por los acreedores. También pueden, si así prefieren, embargar el producido de la suscripción. En caso de existir fraude, puede ser objeto de una acción de este tipo si todavía no se trasmitieron los títulos-valores a terceros, e impedir el llamado a suscripción.

[84] Un tema colateral que se puede presentar es, si se demora la asamblea para la designación del representante de los obligacionista, o no se logra la mayoría y lo tiene que designar el tribunal, en este caso, si para lograr la verificación esta hubiera vencido y no hubiera culpa de éstos, las costas de la verificación tardía tendría que ser por su orden.

Voces: QUIEBRA ~ CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ PRIVILEGIOS ~ MENOR ~ DISCAPACITADO ~ PROTECCION DEL INCAPAZ ~ INDEMNIZACION ~ MALA PRAXIS ~ MALA PRAXIS MEDICA ~ RESPONSABILIDAD MEDICA ~ INCIDENTE ~ PRONTO PAGO ~ OBRAS SOCIALES ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ ACREEDOR QUIROGRAFARIO ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ INTERES DEL MENOR ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ~ DERECHO A LA SALUD ~ DERECHO A LA DIGNIDAD

Título: Los derechos fundamentales frente a los privilegios legales de la ley de Concursos y Quiebras

# D'Onofrio, Héctor Facundo - Los derechos fundamentales frente a los privilegios legales de la ley de Concursos y Quiebras - AR/DOC/4231/2014

Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (diciembre), 03/12/2014, 19

Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D ~ 2013-10-01 ~ Obra Social Bancaria Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación de pronto pago

i) Introito

El fallo a cargo de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sobre el cual versará este comentario, nos presenta una interesante contradicción para analizar el sentido de los privilegios establecidos en el Capítulo I del Título IV, arts. 239 y siguientes, de la Ley 24.522.

Se presenta, en el caso, una controversia entre el derecho subjetivo de un niño discapacitado a ser indemnizado prontamente, a raíz de un episodio de mala praxis médica del cual es responsable la fallida y el orden de privilegios establecido en forma taxativa en la Ley 24.522 para el cobro de los acreedores.

ii) Hechos

Los padres del menor inician un incidente de pronto pago respecto de la deuda que la obra social fallida tenía con su hijo en virtud de una sentencia anterior dictada en una causa de daños por mala praxis. El juez de primera instancia declara verificado el crédito pero con carácter de quirografario. Por su parte, la Cámara reconoció el derecho de pago preferente.

El incidentista, se ampara en normativa de rango constitucional (la Convención sobre los Derechos del niño) para solicitar la inconstitucionalidad de los arts. 239, párr. 1º; 241; 242 y 243 de la Ley de Concursos y Quiebras, puesto que se estaría vulnerando la garantía de absoluta e inmediata satisfacción del interés del niño —compromiso en que incurrió el Estado Nacional al suscribir dicha Convención— al enunciar un número taxativo y cerrado de privilegios en el cobro, que estaría impactando no solo en el derecho patrimonial del menor sino también, y fundamentalmente, en su derecho a la salud y a una vida digna.

Tras el rechazo de este pedido por parte del Juez de primera instancia, la Cámara concede el trato preferencial del cobro del crédito del menor pero no admite la inconstitucionalidad de la ley de Concursos y Quiebras al sostener que no existe contradicción de orden legal entre esta ley y un tratado de jerarquía constitucional.

iii) Aspectos jurídicos controversiales

(a) Las reglas y principios del Derecho en la interpretación normativa

Es harto conocido el tratamiento que la Doctrina ha dado a la prevalencia de la normativa de rango constitucional surgida a partir de la suscripción del Estado a una Convención internacional y de la aparente sujeción que, en este sentido, se tendría, al derecho internacional. La inconstitucionalidad de una norma que vulnerara preceptos allí estipulados, no sería ya en virtud del mismísimo texto de la ley suprema sino de un instrumento que la integra.

Sin embargo, en este caso, y a pesar del pedido del incidentista, no era la inconstitucionalidad de una norma (la Ley 24.522) el fundamento que vulneraba su pretensión (como bien resuelve la Cámara), sino que era la interpretación inflexible de dicha ley la que hubiera agraviado derechos superiores consagrados constitucionalmente.

Cierto es que, en términos positivos, una enumeración legal taxativa implica un numerus clausus que no podría ser, a priori, ampliado por una resolución judicial. Pero cabría entonces preguntarse si la fuerza misma de los hechos no es suficiente, en casos así, para recurrir a valores que también son esenciales a un ordenamiento jurídico y que deben ser aplicados por quienes, envestidos con la potestad de decir el derecho, no pueden no tener en cuenta. Es decir, los principios y las reglas que surgen de la equidad y de los criterios de justicia con los que la filosofía nutre al derecho.

De admitirse esta pregunta y la apelación a dichos principios interpretativos, se evitaría caer en el grave hecho de declarar la inconstitucionalidad de una norma. En este sentido ha sido determinante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al indicar que la declaración de inconstitucionalidad constituye la ultima ratio del orden jurídico (1) y que "la declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de suma gravedad institucional"(2)

La controversia jurídica a la que nos somete el fallo en análisis no se circunscribe, solamente, a la defensa o crítica de la prevalencia aplicativa cerrada de los privilegios del art. 239 y siguientes de la Ley 24.522 sino que implica una discusión doctrinaria más profunda: la recuperación de los principios teóricos del derecho, la equidad y la justicia, a la hora de la interpretación normativa.

En este sentido, hay cuantiosa doctrina y literatura jurídica que invocan estos criterios. La hermenéutica normativa no puede ser sometida a una dinámica positiva, procesal y gramatical que pierda de vista los valores de justicia y aún más cuando se trata de sujetos en condiciones desiguales. "Las leyes deben trascender las apariencias de la igualdad aritmética para discernir desigualdades esenciales y hallar el modo de compensarlas mediante aplicaciones o exenciones que igualen ante la ley a todos los comprendidos en su régimen"(3) y "No importa la nivelación absoluta de los hombres, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección, en lo posible, de las desigualdades naturales". (4)

Cuando razones de esta índole operan en un conflicto, la decisión que le da preeminencia, no desconoce la palabra de la ley sino que observa su espíritu y sus fines y los principios fundamentales del derecho. (5)(6)

Esa observancia no es una tarea sencilla ni mucho menos unívoca. Es, por el contrario, un trabajoso dilema que no puede ser afrontado si se carece de la flexibilidad crítica y valorativa propia de la experiencia y del profundo conocimiento en el asunto. (7)(8)

Considero que es la circunstancia del caso la que debe impulsar al juez hacia una interpretación más flexible y exorbitar la mera letra legal, tomando en cuenta la realidad de los sujetos parte en el conflicto para proteger intereses que son de una jerarquía superior (jurídica y ontológicamente). Claro está, también, que el criterio de interpretación amplio o flexible debe ser moderado y tener un correlato doctrinario que lo sustente. (9)

En el caso analizado, de todas maneras, hay en juego otra cuestión, que compromete situaciones de tipo prelativas en lo respectivo a la prioridad de ciertas normas y de ciertos derechos.

(b) La jerarquía supralegal de ciertos derechos subjetivos

Varios son los argumentos que esgrima la señora Fiscal Gils Carbó en su dictamen ante la Cámara en relación al privilegio supralegal que garantizaría el pronto pago al menor y a los que la Cámara adhiere.

Retomaré algunos de ellos para desarrollar la segunda parte del análisis de las controversias jurídicas.

En primer y fundamental lugar, ubica a los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, luego a leyes nacionales (Ley 26.061) (10) y a senda doctrina de la Suprema Corte.

Conforme lo dispone el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño integra nuestro derecho interno y tiene jerarquía supralegal. Es una norma operativa desde su suscripción, en 1989. En el mismo sentido en que comenzaba este análisis supra, cita en el dictamen doctrina de la CSJN que sostiene: "para comprender al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo. La Corte ha definido la cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos". (11)

Asimismo, pone en relevancia, los preceptos de derecho interno surgidos de los arts. 3º in fine (12) y 5º, cuarto párrafo (13) de la Ley 26.061.

Sostiene que "Se trata entonces de un derecho de preferencia pleno, sin excepciones, irrenunciable y de orden público, reconocido por una ley especial que reglamenta un tratado internacional al que ha adherido el Estado Argentino, elevado con jerarquía constitucional desde el año 1994" y que "no se trata de un derecho patrimonial de un menor, sino del derecho a la salud de un menor discapacitado y el crédito en cuestión se encuentra directamente vinculado a la preservación de la vida del menor en las mejores condiciones que es posible, dado su estado de incapacidad permanente y determinante".

Y expresa algo que está absolutamente relacionado con el trasfondo interpretativo del que hablaba en el punto iii) (a). de este breve análisis: "La razón que fundamenta la existencia de los privilegios, como reiteradamente se ha dicho, varía según el interés jurídico que se pretenda proteger en función del crédito de que se trate" y "La preferencia que asiste al menor es impuesta por un grado de jerarquía supralegal, que al ser reglamentado por una ley especial, crea una preferencia en favor del niño, cuando expresamente establece que de existir conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Esto pone de manifiesto que el sentido del numerus clausus de los privilegios legales de la Ley 24.522 debe ser entendido en conformidad con el todo normativo de nuestra legislación y que, además de haber un orden de prelación normativo que ha de ser respetado, hay un orden de prelación también en los derechos protegidos y en los sujetos poseedores de esos derechos subjetivos. El derecho a la salud —y, en efecto, a una vida digna de acuerdo a sus posibilidades— de un niño discapacitado tras un caso de mala praxis es, por la fuerza misma de los hechos, prioritario frente a otros derechos de índole exclusivamente patrimonial y frente a normativa que, si se pretende perseguir un fin justo, debe ser interpretada de un modo flexible. Más aún en materia concursal, donde es fundamental la interpretación flexible de la ley, a veces a favor de los acreedores y otras veces a favor del fallido para garantizar la concreción del espíritu mismo de dicha norma que indica poner atención a las características particulares de los créditos que se ostentan y diferenciarse, así, con un privilegio.

Para finalizar, no se pretende desconocer el carácter excepcional y restrictivo de los privilegios ni mucho menos que su nacimiento es de índole legal y no judicial, por lo que debe existir una ley que los reconozca expresamente (14)(15), pero lo que se pretende es sostener que el sentido del privilegio, en este caso, sí está expresamente reconocido en leyes de derecho interno (Ley 26.061) y, por sobre todo, en el reconocimiento privilegiado, preferencial y prioritario que los derechos subjetivos de los niños poseen de acuerdo a la Convención sobre los derechos del niño.

Debe entenderse la naturaleza del privilegio como una preferencia excepcional que un determinado sujeto posee en virtud de un derecho valorativamente prioritario frente a otros. Y no existe derecho que pueda valorarse más que los derechos fundamentales. La restricción legal, además, está dirigida a evitar la creación de privilegios a dedo por parte del deudor. (16)

Si nos remontamos a la etimología del privilegio, vemos que deriva de privilegium, voz latina que se compone por privus (privado, particular) y lex, legis (ley). Es decir que un privilegio era, originariamente, una suerte de "ley privada". (17)

Por su parte, preferencia deriva de praeferere, que era la forma bárbara de praeferre, voz compuesta por prae (delante) y ferre (llevar) y, a su vez, en latín praelatus, que significa prelacía o prelación. (18)

En el fallo en análisis, la decisión tomada por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial respeta el espíritu y la finalidad de la existencia de privilegios legales, interpretando, a tal efecto, con flexibilidad a la ley 24.522 e indicando que son las condiciones específicas de cada caso las que posibilitan una lectura flexible de la normativa legal, excluyendo así la aplicación de un criterio amplio en cualquier circunstancia y apelando a la razonabilidad en las decisiones: "(...) cabe dejar aclarado que la solución aquí adoptada nada predica para aquellos casos que, con cierta similitud fáctica, puedan presentarse en el futuro. Por el contrario, la particular situación aquí juzgada demuestra que la decisión que se postula se ajusta a la plataforma fáctica de este caso, se enmarca en el derecho aplicable a los hechos específicamente probados y se enfrenta a la particular crisis de solvencia de la obra social condenada (...)".

 (1) Véase Fallos: 200:320; 290:03; 202: 100; 301:962

 (2) Véase Fallos: 300: 1087; 301:1681; 302:457; 316:2624 y otros.

 (3) COLOMBO, Carlos y KIPER, Claudio, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2006, Tomo I, pág. 278 con cita a LA LEY, 50-546.

 (4) Ibíd. Pág. 278, con cita a Fallos: 151:359.

 (5) "No se trata de desconocer la palabra de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y la jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basado exclusivamente en la liberalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de hermenéutica, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o la consecuencia sea notoriamente contradictoria" (Dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema de Justicia. Fallos 327:4201).

 (6) Ver, también, RAWLS, J., "Justice and Equality", en POJMAN, L. y WESTMORELAND, R., Equality. Selected Readings, Oxford University Press, 1997, pág. 183

 (7) "Interpretar un texto normativo o una regla equivale —como indica Schauer— afrontar un dilema. Vale decir, afrontar una situación en la que las reglas —hasta entonces criaturas inertes— cobran vida y presionan una actividad interpretativa como punto de partida para una decisión. En la medida en que una cuestión interpretativa deja de ser abstracta y reclama una decisión pasa a ser realmente espinosa y tiende a perderse claridad acerca de qué significan realmente las reglas" (PUCEIRO, E., Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 38).

 (8) Véase, también: SCHAUER, F., Le regole del gioco. Un' analisis filosofico delle decisioni presse secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana, Bolonia, Il Mulino, 2000.

 (9) En una de las conclusiones del trabajo "Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal", el Dr. Alegría, Héctor sostiene: "Las circunstancias de cada caso llevarán a graduar la decisión para ubicarla en el punto adecuado de flexibilidad (o no), prefiriéndose la solución más amplia si así se atienden mejor los fines de la legislación" (ALEGRÍA, Héctor, "Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal", Suplemento Concursos y Quiebras 2004 (septiembre) 13, Derecho Comercial, Concursos y Quiebras, Doctrinas Esenciales, Tomo I, 741, La Ley, Buenos Aires, 2004).

 (10) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

 (11) Fallos: 328:2056; 315: 1492 y otros.

 (12) "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" (art. 3º).

 (13) "Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" (art. 5º).

 (14) RIVERA, J. C., ROITMAN, H., VÍTOLO, D., Ley de Concursos y Quiebras, Cuarta edición actualizada, Tomo IV, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

 (15) Ver también en la obra anterior las citas a fallos: CCom. De Mar del Plata, sala II, 22/08/1982, ED 101-74 y CSJ de Santa Fe, 23/12/1998, "Weiss, Federico Carlos Antonio s/Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad s/Concurso preventivo).

 (16) Art. 3876 del Código Civil: "El privilegio no puede resultar, sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores".

 (17) CÁMARA, H., El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 24.522 y sus modificatorias 25.563 y 25.589, actualizado bajo la dirección de MARTORELL, E., Tomo V, pág. 156, LexisNexis, Buenos Aires, 2007. Con cita a la Dra. Kemelmajer de Carlucci.

 (18) Ibíd. Pág. 157.

Voces: QUIEBRA ~ PRIVILEGIOS ~ CREDITO FISCAL ~ CREDITO LABORAL ~ TRABAJADOR ~ DERECHOS DEL TRABAJADOR ~ PROTECCION DEL TRABAJADOR ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ SINDICO ~ PROYECTO DE DISTRIBUCION DE FONDOS ~ PRIVILEGIO FISCAL ~ PRIVILEGIO LABORAL

Título: Desplazamiento del privilegio general del fisco por el crédito laboral en la quiebra: Percepción preferente y sin limitación de la acreencia del trabajador por aplicación de convenio internacional

# Ferro Ilardo, Carlos A. - Desplazamiento del privilegio general del fisco por el crédito laboral en la quiebra: Percepción preferente y sin limitación de la acreencia del trabajador por aplicación de convenio internacional - AR/DOC/4237/2014

Publicado en: LLGran Cuyo2014 (diciembre), 1183

Fallo comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2014-03-26 ~ Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra

Sumario: I. Introducción a la génesis del caso. — II. La protección del crédito laboral frente a la insolvencia del deudor. — III. Operatividad y ejecución de los convenios internacionales por el juez como director del proceso. — IV. Alcance del privilegio laboral y confección del proyecto de distribución por el síndico a partir del fallo. — V. Conclusión.

Síntesis:

Mediante la aceptación del recurso extraordinario de Queja el Superior Tribunal de la Nación reconoce en el fallo bajo análisis que el crédito laboral, en este caso originado en una indemnización por accidente de trabajo (art. 246 LCQ), goza de privilegio sin limitación en la percepción sobre los créditos del Fisco y de la Seguridad Social (art. 246 LCQ) en virtud de la aplicación operativa del Convenio de la OIT N° 173 sobre:" protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador", ratificado por Ley Nº24285 que se incorpora al sistema jurídico por imperio del art. 75 inc. 22 CN con un rango superior a las leyes nacionales; por consiguiente, no es posible aplicar la limitación del 50% establecida por el art. 247 LCQ y conferírsele al crédito laboral igual rango de cobro en el prorrateo que al crédito del fisco.

I. Introducción a la génesis del caso

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial había confirmado la sentencia de primera instancia, mediante la cual se había rechazado la impugnación de un acreedor laboral (1) al proyecto de distribución presentado por la sindicatura (art. 218 LCQ) en el proceso falencial de "Pinturerías y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra"; según el cual al crédito laboral insinuado debía aplicársele la limitación del 50% establecida por el art. 247 LCQ (2) y conferírsele a los efectos del pago del dividendo concursal, igual rango y tratamiento que al crédito detentado por la AFIP.

Contra el pronunciamiento de Cámara, el incidentista dedujo recurso Extraordinario, planteó la cuestión federal y, denegado respecto de la tacha de arbitrariedad que articula, motivó la interposición de la queja cuyo resultado es el fallo bajo análisis.

La impugnación al proyecto de distribución y luego basamento de la queja por parte del acreedor laboral, es que el a quo y luego la Cámara, interpretan el régimen legal de privilegios previsto en la ley 24.522 en forma contraria a la garantía establecida para los trabajadores en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en el convenio citado de la OIT (3) y en la Recomendación N° 180 emanada del mismo organismo internacional (4).

Para decidir del modo indicado el juez a quo consideró y la Cámara confirmo, que no resultaba aplicable al caso lo dispuesto por el art. 268 de la ley de contrato de trabajo (LCT) (5) sobre privilegios especiales, dado que tras el dictado de la ley 24.522 quedó suprimida la disposición de la ley 19.551 (art. 265) que admitía la vigencia de los privilegios consagrados en leyes especiales.

Entendió asimismo la Cámara, que las directivas del Convenio n° 173 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por la ley 24.285, "sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador" e invocado por el impugnante, carecen de operatividad sobre el ordenamiento concursal "...pues lo cierto es que no se han armonizado aún aquellas regulaciones dispositivas con las normas nacionales, de naturaleza legal, reglamentaria o administrativa que permitan efectivizar los derechos de los trabajadores de empresas en insolvencia a percibir las acreencias correspondientes."

Sobre los elementos expuestos y avocado el Superior Tribunal que admitió el Recurso de Queja interpuesto, se analizan los fundamentos del mismo.

II. La protección del crédito laboral frente a la insolvencia del deudor

A partir de las consideraciones del fallo en estudio, el acreedor laboral verificado por cualquiera de las vías de insinuación al pasivo concursal, tiene derecho en la quiebra a la percepción "sin limitaciones" y de manera "preferente" de su crédito por sobre las acreencias del Fisco y de la Seguridad Social, art. 246 (6) y 247 (LCQ); provocando de esta manera el desplazamiento normativo de la ley Nº 24522 de Concurso y Quiebras y sus modificatorias por el mencionado convenio.

¿De dónde proviene el desplazamiento normativo? El origen del desplazamiento normativo proviene por imperio supralegal del instrumento internacional, ratificado por el Congreso de la Nación Argentina, el cual lo incorporó al sistema jurídico argentino con un rango superior al de las leyes nacionales (art. 75, inc. 22 de la CN). Se coloca de ésta manera al crédito laboral para la percepción del dividendo en un plano superior al de los demás créditos privilegiados, en especial a los del Estado y a los de la Seguridad Social (art. 246 inc. 2 y 247 LCQ) por Recomendación Nº 180 de la OIT que complementa y facilita la interpretación y aplicación del convenio citado.

El fallo señala que el juez como director del proceso tiene amplias facultades para aplicar operativamente un convenio de las características mencionadas y debe interpretar las recomendaciones que el organismo Internacional dicta al efecto en su caso (7), que como tal no tiene rango de convenio, pero resulta de indispensable guía para el juzgador, al momento de interpretar la realidad económica del proceso y tutelar los intereses de los acreedores involucrados.

¿En qué consiste la protección al crédito laboral verificado en la quiebra según los parámetros del fallo bajo análisis? La tutela crediticia proviene de la preferencia de cobro ilimitada del crédito laboral incorporado al proyecto de distribución. Preferencia superior a los demás créditos privilegiados y especialmente, a aquellos que no tienen privilegio alguno (créditos quirografarios); en cuanto a la oportunidad procesal por parte del acreedor laboral para observar el alcance del dividendo concursal y su rango de cobro, es al momento en el cual se deja a disposición de los acreedores verificados la presentación del informe final y proyecto de distribución que realiza el síndico en los términos del art. 218 LCQ (8) y que debe publicar por dos días en el boletín oficial.

Vencido el plazo de observación, el acreedor pierde el derecho de impugnación debiendo percibir el dividendo concursal en la medida que lo establece el proyecto que adquiere firmeza luego del plazo señalado.

En el caso de autos la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial había confirmado la sentencia de la instancia anterior y en consecuencia no hizo lugar a la oportuna impugnación del proyecto de distribución por parte del acreedor laboral, sobre la "base" de considerar que solo se le reconocía privilegio general (art. 246 LCQ) y no el especial invocando el art. 268 LCT y Convenio de la OIT Nº 173 (ampliado por Res., Nº 180) que prevé que los créditos de los trabajadores deben ser preferentes en cuanto al cobro a los del Fisco (9).

Se plantea en la litis un conflicto normativo entre la validez del art. 268 LCT (Ley de contrato de trabajo de naturaleza general frente a la insolvencia del empleador/empresa ) y el art. 246 y 247 LCQ (Ley de concursos y quiebras, de naturaleza especial frente a la norma laboral); Los tribunales intervinientes de instancia inferior consideraron que no resultaba de aplicación la ley de contrato de trabajo sobre privilegios especiales que ese cuerpo normativo contiene, por cuanto la ley concursal dispone de un sistema propio por la supresión que se hiciera del art. 265 de la ley 19551 LCQ.

Sin embargo, el tribunal examinador considera que la ley Nº 24522, no derogó expresamente el artículo mencionado, como sí lo hizo respecto de otros artículos. Por ello en concordancia con el contenido del convenio y la supremacía legal que el mismo contiene, se produce un desplazamiento normativo que posibilita la aplicación de la ley general de contrato de trabajo sobre la ley especial concursal, en lo que a privilegio general y percepción del crédito se refiere (10).

El artículo referido fundado en la protección de la naturaleza alimentaria de la acreencia, establece una amplitud y preferencia de cobro ilimitada de alcance sobre el bien tutelado (11); esto es, se amplía el asiento del privilegio no solo a lo establecido en la ley concursal (art. 241 inc.2 LCQ) sino a lo contenido en la ley de contrato de trabajo (art. 268, LCT); Así expuesto el crédito laboral tiene privilegio no solo sobre mercadería, materia prima e instalaciones sino, sobre el precio de fondo de comercio, títulos de créditos, o depósitos en cuenta bancarias o de otro tipo que sean directo resultado de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros.

III. Operatividad y ejecución de los convenios internacionales por el juez como director del proceso

El contexto del fallo referencia el llamado "derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos" -ius inter iura- que podría sintetizarse brevemente en que el derecho internacional continúa en los derechos internos, propios de cada Estado; y a su vez, los derechos internos de cada Estado, continúan en el derecho internacional (12).

La resolución del caso a partir del recurso de queja interpuesto, demuestra que los jueces nacionales se encontraran frecuentemente llamados a resolver y decidir sobre temas de derecho internacional y de relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos vinculados. Esta situación alcanza un contexto especial en materia comercial, por la dinámica propia del comercio entre los Estados en un contexto globalizado.

Es principio de derecho internacional que un Estado no puede invocar su derecho interno como excusa o justificación alguna de una violación del derecho internacional (13) o la vulneración de un convenio, que goza como en el caso, de jerarquía supralegal (art. 75 inc. 22 CN).

El convenio bajo análisis y de implicancia en el caso (14), no tiene carácter meramente programático, sino que puede y debe ser directamente aplicado al caso concreto por él juez, para dar respuestas al interés del acreedor y a la tutela de su crédito, fin último de la ley de concursos. No se requiere por lo tanto, y conforme consideraciones vertidas en el fallo, de una medida "legislativa adicional" o complementaria a la "ratificación del Congreso Nacional" para la operatividad del convenio internacional en el caso concreto; la eficacia del convenio, en tanto se encuentre ratificado ésta en el propio hecho del acto Legislativo que así lo decide (15).

Conforme resolución del fallo, ningún tribunal podría priorizar la norma interna -Ley Concursal o Ley de Contrato de Trabajo - frente al imperio supralegal de un convenio, como lo es en este caso el de la OIT; instrumento jurídico que una vez ratificado por el Congreso de la Nación se inscribe en la categoría de tratados a los que el art. 75, inc. 22 de la CN confiere rango superior a las leyes nacionales (16).

La ratificación de un convenio con arreglo al art. 19.5.d de la Constitución de la OIT, genera para los Estados la obligación de hacer efectivas sus disposiciones (17) y esto por atribución y derivación obliga a los jueces y a los síndicos concursales a hacer efectivo un "principio evidente" que encierra el precepto señalado.

Queda expuesto a la luz de los considerandos y antecedentes jurisprudenciales de la Corte, que es el juez a quo en todo caso quien siendo director del proceso, debería explicar con precisión técnica en el caso concreto porque los preceptos internacionales que se invoquen, no resultan directamente aplicables en el ámbito local para dar respuesta a la realidad económica de la situación llevada a resolver. En su caso, debería el juez indicar cuales serían las medidas necesarias para que el Estado confiriera al convenio la "operatividad necesaria" que permitiera su aplicación al caso; aspectos que en el caso de marras no se realizaron por parte de los tribunales inferiores intervinientes para fundar su decisión.

IV. Alcance del privilegio laboral y confección del proyecto de distribución por el síndico a partir del fallo

Las sumas a distribuir en el proyecto de distribución de un quiebra, son resultado de la liquidación del activo falencial; resulta evidente a la luz del convenio analizado y del fallo dictado, que esos fondos deben atender a las necesidades del crédito laboral aun, por sobre los créditos del fisco y la seguridad social, entre otros privilegios. La liquidación de la empresa, importa la liquidación del fondo de comercio y de sus instalaciones (18), que son asiento de la empresa y lugar donde en el caso examinado tuvo lugar el accidente de trabajo del acreedor laboral, y sobre el cual recae el privilegio objeto de tutela legal.

Mediante el fallo, al admitirse el recurso extraordinario interpuesto, se desplazó como se expusiera anteriormente la aplicación del art. 246, 247 y 249 LCQ por el Convenio Nº 173 de la OIT, junto con la recomendación Nº 180 sobre protección de los créditos laborales ante la insolvencia del empleador; a partir del mismo el síndico en la confección del proyecto de distribución y para el caso de concurrencia de acreedores laborales con privilegio general no puede hacer efectiva la limitación del 50% dispuesta por el art. 247 LCQ a éstos créditos, ni la norma del prorrateo consiguiente para el caso de insuficiencia de fondos (art. 249, LCQ).

En su caso debería imputar sin límites los fondos obtenidos a las acreencias laborales (art. 246 inc 1 LCQ), para luego una vez satisfechas, distribuir el remanente si lo hubiere, entre los siguientes créditos enumerados en el art. 246 LCQ con el alcance del art. 247 LCQ. Cabe recordar que el prorrateo es la regla del reparto concursal en los casos de insuficiencia de producto distribuible a acreedores de igual rango (19).

El fallo otorga un superprivilegio a las acreencias laborales en la quiebra casi sin límite alguno; mediante lo cual el saldo disponible en razón de la subasta debe agotarse primero en la reserva de gastos (art. 244, LCQ), privilegios especiales (art. 241 LCQ) y gastos de conservación y justicia (art. 240LCQ) para luego distribuir el resto a los acreedores laborales conforme el fallo en un 100% (art. 246 y 247 LCQ) y de quedar un remanente, imputarlo al resto de los acreedores privilegiados con la limitación del art. 247 LCQ y quirografarios (art. 248 LCQ).

Como se aprecia sufre una limitación el contenido y alcance del art. 249 LCQ (20), por cuanto no alcanzando los fondos correspondientes para satisfacer íntegramente los créditos con privilegio general, la distribución no se hará a prorrata entre ellos; sino que primero debe darse preferencia ilimitada en el cobro a la acreencia laboral verificada con privilegio general. La norma queda así esterilizada por el pronunciamiento bajo análisis cuando de acreencias laborales se trate, o en otros términos, se restringe la norma del prorrateo — como regla de reparto concursal- cuando en el proyecto de distribución hubieren acreencias laborales privilegiadas reconocidas como tal.

La situación en cuanto al alcance del privilegio laboral es donde presenta mayores disyuntivas la sentencia; porque las disposiciones supralegales citadas no discriminan aparentemente entre privilegio especial y general (21); expresamente se establece: "... en caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponde (art. 5)".

El asiento del privilegio reseñado por el Convenio y su Reglamento en su parte pertinente, tendría alcance omnímodos y comprendería tanto lo especial detallado en el art. 241 LCQ, como así también lo dispuesto en el art. 268 LCT (22) que ahora resulta aplicable a las quiebras en un todo de acuerdo al alcance conferido por la ley 19.551, que en su vigencia otorgaba a estas acreencias (23). Son claros los términos expuestos, el crédito del trabajador debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al resto de los demás créditos privilegiados, en especial, a los del Estado y seguridad social, en la oportunidad del cobro del dividendo concursal (24).

V. Conclusión

En los términos expuestos consideramos el fallo favorable en cuanto al reconocimiento y protección de las acreencias laborales con privilegio general (art. 247, LCQ) y su satisfacción de manera ilimitada por sobre las demás acreencias privilegiadas, en especial las del fisco y de la seguridad Social, ante la insolvencia del empleador. La sentencia impone en la elaboración del proyecto de distribución el desplazamiento normativo - por aplicación del convenio supralegal de la OIT Nº 173 y su recomendación Nº 180- de lo expresamente dispuesto en los arts. 247 y 249 LCQ; produciendo la esterilización de esta última norma, por cuanto no rige ni la limitación del pago del 50% de estas acreencias, ni tampoco la norma del prorrateo, para cuando no resulten suficientes los fondos correspondientes. Sin embargo, el fallo genera cierta confusión en cuanto al alcance y determinación del asiento del privilegio especial y general de éstas acreencias por la yuxtaposición normativa, regresando a la aplicación del régimen de la ley Nº 19551 (art. 268 LCQ) en su parte pertinente, lo que provoca un aspecto regresivo en términos jurisprudenciales.

Notas finales. Anexo Normativo

1) Principio del formulario

C173 - Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173); Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador (Entrada en vigor: 08 junio 1995) Adopción: Ginebra, 79ª reunión CIT (23 junio 1992) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).Preámbulo: La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 de junio de 1992, en su septuagésima novena reunión; Subrayando la importancia de la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y recordando las disposiciones al respecto del artículo 11 del Convenio sobre la protección del salario, 1949, y del artículo 11 del Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925; Observando que, desde la adopción del Convenio sobre la protección del salario, 1949, se ha atribuido una mayor importancia a la rehabilitación de empresas insolventes y que, en razón de los efectos sociales y económicos de la insolvencia, deberían realizarse esfuerzos, siempre que sea posible, para rehabilitar las empresas y salvaguardar el empleo; Observando que, desde la adopción de dichas normas, la legislación y la práctica de muchos Miembros han experimentado una importante evolución en el sentido de una mejor protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, y considerando que sería oportuno que la Conferencia adoptara nuevas normas relativas a los créditos laborales; Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, tema que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión; Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha veintitrés de junio de mil novecientos noventa y dos, el presente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992: PARTE I. DISPOSICIONES GENERALES. Artículo 1 1. A los efectos del presente Convenio, el término insolvencia designa aquellas situaciones en que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores. 2. A los efectos del presente Convenio, todo Miembro podrá extender el término "insolvencia" a otras situaciones en que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador, por ejemplo cuando el monto del activo del empleador sea reconocido como insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia. 3. La medida en la que los activos de un empleador están sujetos a los procedimientos mencionados en el párrafo 1 será determinada por la legislación o la práctica nacionales; Artículo 2 Las disposiciones del presente Convenio deberán aplicarse por vía legislativa o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional; Artículo 3 1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá aceptar, ya sea las obligaciones de su parte II, relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, ya sea las obligaciones de la parte III, relativa a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía, o bien las obligaciones de las partes II y III. Su elección deberá consignarse en una declaración que acompañará a la ratificación. 2. Todo Miembro que sólo haya aceptado inicialmente las obligaciones de la parte II o de la parte III del presente Convenio podrá extender ulteriormente su aceptación a la otra parte, mediante una declaración comunicada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. 3. Todo Miembro que acepte las obligaciones de las dos partes precitadas del presente Convenio podrá limitar, después de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, la aplicación de la parte III a ciertas categorías de trabajadores y a ciertos sectores de actividad económica; esta limitación deberá ser especificada en la declaración de aceptación. 4. Todo Miembro que haya limitado su aceptación de las obligaciones de la parte III de conformidad con el párrafo precedente deberá, en la primera memoria que presente de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, exponer los motivos por los cuales ha limitado su aceptación: En las memorias ulteriores deberá proporcionar informaciones relativas a la extensión eventual de la protección dimanante de la parte III del Convenio a otras categorías de trabajadores o a otros sectores de actividad económica. 5. Todo Miembro que haya aceptado las obligaciones de las partes II y III del presente Convenio podrá, después de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, excluir de la aplicación de la parte II los créditos protegidos en virtud de la parte III. 6. La aceptación por un Miembro de las obligaciones de la parte II del presente Convenio pondrá término de pleno derecho a las obligaciones dimanantes para él del artículo 11 del Convenio sobre la protección del salario, 1949. 7. Todo Miembro que haya aceptado únicamente las obligaciones de la parte III del presente Convenio podrá, mediante una declaración comunicada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, poner término a las obligaciones dimanantes para él del artículo 11 del Convenio sobre la protección del salario, 1949, en lo que concierne a los créditos protegidos en virtud de la parte III; Artículo 4 1. A reserva de las excepciones previstas en el párrafo siguiente, y llegado el caso, de las limitaciones establecidas de conformidad con el artículo 3, párrafo 3, el presente Convenio se aplica a todos los trabajadores asalariados y a todos los sectores de actividad económica. 2. Después de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, la autoridad competente podrá excluir de la parte II o de la parte III, o de ambas partes del presente Convenio, a categorías determinadas de trabajadores, en particular a los empleados públicos debido a la índole particular de su relación de empleo, o si existen otras garantías que les ofrezcan una protección equivalente a la que dimane del Convenio. 3. Todo Miembro que se acoja a las excepciones previstas en el párrafo precedente deberá proporcionar, en las memorias que presente de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, informaciones sobre dichas excepciones y explicar sus motivos. PARTE II: PROTECCION DE LOS CREDITOS LABORALES POR MEDIO DE UN PRIVILEGIO. CREDITOS PROTEGIDOS Artículo 5 En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda. Artículo 6 El privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes: (a) a los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; (b) a las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior; (c) a las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo, y (d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo. LIMITACIONES. Artículo 7 1. La legislación nacional podrá limitar el alcance del privilegio de los créditos laborales a un monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable. 2. Cuando el privilegio de los créditos laborales esté limitado de esa forma, aquel monto se deberá reajustar cuando proceda, para mantener su valor. RANGO DEL PRIVILEGIO Artículo 8 1. La legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social. 2. Sin embargo, cuando los créditos laborales están protegidos por una institución de garantía, de conformidad con la parte III del presente Convenio, se podrá atribuir a los créditos así protegidos un rango de privilegio menos elevado que el de los créditos del Estado y de la seguridad social. PARTE III. PROTECCION DE LOS CREDITOS LABORALES POR UNA INSTITUCION DE GARANTIA PRINCIPIOS GENERALES Artículo 9 El pago de los créditos adeudados a los trabajadores por sus empleadores, en razón de su empleo, deberá ser garantizado por una institución de garantía, cuando no pueda ser efectuado por el empleador debido a su insolvencia. Artículo 10 A los efectos de la puesta en aplicación de esta parte del Convenio, todo Miembro podrá adoptar, después de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, las medidas apropiadas para evitar posibles abusos. Artículo 11 1. Las modalidades de organización, gestión, funcionamiento y financiación de las instituciones de garantía deberán ser determinadas de conformidad con el artículo 2. El párrafo precedente no obsta a que un Miembro, de conformidad con sus características y necesidades, permita que las compañías de seguros proporcionen la protección mencionada en el artículo 9, siempre que ofrezcan garantías suficientes. CREDITOS PROTEGIDOS POR UNA INSTITUCION DE GARANTIA Artículo 12 Los créditos laborales protegidos en virtud de esta parte del Convenio deberán cubrir, al menos:(a) los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; (b) las sumas adeudadas en concepto de las vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en un período determinado, que no deberá ser inferior a seis meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;(c) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo, y (d) las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo. Artículo 13 1. Los créditos laborales protegidos en virtud de esta parte del Convenio podrán ser limitados a un monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable. 2. Cuando los créditos protegidos estén limitados en esa forma, aquel monto se deberá reajustar cuando proceda, para mantener su valor. DISPOSICIONES FINALES Artículo 14 El presente Convenio revisa, en la medida precisada en el artículo 3, párrafos 6 y 7, que anteceden, el Convenio sobre la protección del salario, 1949, el que permanece no obstante abierto a la ratificación de los Miembros. Artículo 15 Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. Artículo 16 1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General. 2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General. 3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación. Artículo 17 1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado. 2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo. Artículo 18 1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización. 2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio. Artículo 19 El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes. Artículo 20 Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial Artículo 21 1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario: (a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 17, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor; (b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros. 2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor. Fuente:www.ilo.org/dyn/normlex/es

2. R180 - Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 180); Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador Adopción: Ginebra, 79ª reunión CIT (23 Jun 1992). La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 de junio de 1992, en su septuagésima novena reunión; Subrayando la importancia de la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y recordando las disposiciones al respecto del artículo 11 del Convenio sobre la protección del salario, 1949, y del artículo 11 del Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925;Observando que, desde la adopción del Convenio sobre la protección del salario, 1949, se ha atribuido una mayor importancia a la rehabilitación de empresas insolventes y que, en razón de los efectos sociales y económicos de la insolvencia, deberían realizarse esfuerzos, siempre que sea posible, para rehabilitar las empresas y salvaguardar el empleo; Observando que, desde la adopción de dichas normas, la legislación y la práctica de muchos Miembros han experimentado una importante evolución en el sentido de una mejor protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, y considerando que sería oportuno que la Conferencia adoptara nuevas normas relativas a los créditos laborales; Reconociendo que las instituciones de garantía, si han sido adecuadamente concebidas, ofrecen una mayor protección a los créditos laborales; Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, tema que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión; Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación que complemente el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992, adopta, con fecha veintitrés de junio de mil novecientos noventa y dos, la presente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992. I. DEFINICIONES Y METODOS DE APLICACIÓN: 1. 1) A los efectos de la presente Recomendación, el término insolvencia designa aquellas situaciones en que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores. 2) A los efectos de la presente Recomendación, los Miembros pueden extender el término "insolvencia" a otras situaciones en que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador, en particular las siguientes: (a) cuando haya cerrado la empresa o hayan cesado sus actividades, o sea objeto de una liquidación voluntaria;(b) cuando el monto de los activos del empleador sea insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia;(c) cuando las sumas que se adeudan al trabajador, en razón de su empleo, estén en vías de cobro y se constate que el empleador carece de activos o que éstos no bastan para pagar la deuda en cuestión;(d) cuando haya fallecido el empleador, se haya puesto su patrimonio en manos de un administrador y no puedan saldarse las sumas adeudadas con el activo de la sucesión:3) La medida en que los activos de los empleadores estarán sujetos a los procedimientos establecidos en el subpárrafo 1) debería ser determinada por la legislación o la práctica nacionales.2. Las disposiciones de la presente Recomendación pueden aplicarse por vía legislativa o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional. II. PROTECCION DE LOS CREDITOS LABORALES POR MEDIO DE UN PRIVILEGIO CREDITOS PROTEGIDOS 3. 1) La protección conferida por un privilegio debería cubrir los siguientes créditos: (a) los salarios, las primas por horas extraordinarias, las comisiones y otras modalidades de remuneración, correspondientes al trabajo efectuado durante un período determinado, inmediatamente anterior a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; este período debería fijarse en la legislación nacional y no debería ser inferior a doce meses;(b) las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior;(c) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, las primas de fin de año y otras primas establecidas en la legislación nacional, los convenios colectivos o los contratos individuales de trabajo, correspondientes a un período determinado que no debería ser inferior a los doce meses anteriores a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;(d) todo pago adeudado en sustitución del preaviso de despido; (e) las indemnizaciones por fin de servicios, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo;(f) las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador. 2) La protección conferida por un privilegio podría cubrir los siguientes créditos: (a) las cotizaciones adeudadas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores; (b) las cotizaciones adeudadas a los regímenes privados de protección social, sean profesionales, interprofesionales o de empresa, que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores; (c) las prestaciones a que tuviesen derecho los trabajadores antes de la insolvencia, en virtud de su participación en regímenes de protección social de la empresa y cuyo pago incumba al empleador. 3) Los créditos enumerados en los subpárrafos 1) y 2) que hayan sido reconocidos a un trabajador por fallo judicial o laudo arbitral pronunciado en los doce meses precedentes a la insolvencia deberían ser cubiertos por el privilegio independientemente de los límites de tiempo mencionados en dichos subpárrafos: LIMITACIONES: 4. Cuando el monto del crédito protegido por medio de un privilegio esté limitado por la legislación nacional, para que no sea inferior a un mínimo socialmente aceptable, dicho monto debería tener en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones a la seguridad social o el salario medio en la industria.; CREDITOS VENCIDOS DESPUES DE LA FECHA DE INICIACION DEL PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA: 5. Cuando, en virtud de la legislación nacional, se autorice la continuación de las actividades de una empresa que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, los créditos laborales correspondientes al trabajo efectuado a partir de la fecha en que se decidió esa continuación deberían quedar excluidos del procedimiento y saldarse a sus vencimientos respectivos con los fondos disponibles. PROCEDIMIENTOS DE PRONTO PAGO: 6. 1) Cuando el procedimiento de insolvencia no permita asegurar el pago rápido de los créditos laborales protegidos por un privilegio, debería existir un procedimiento de pronto pago para que dichos créditos sean pagados, sin aguardar a que concluya el procedimiento de insolvencia, con los fondos disponibles o tan pronto como queden disponibles, a menos que el pronto pago de los créditos laborales esté asegurado por una institución de garantía. 2) El pronto pago de los créditos laborales podría asegurarse como sigue: (a) la persona o la institución encargada de administrar el patrimonio del empleador debería pagar dichos créditos, una vez verificada su autenticidad y su exigibilidad; (b) en caso de impugnación, el trabajador debería estar habilitado para hacer reconocer la validez de sus créditos por un tribunal o cualquier otro organismo competente en la materia, a fin de obtener entonces el pago de conformidad con el apartado a). 3) El procedimiento de pronto pago debería amparar a la totalidad del crédito protegido por un privilegio, o por lo menos a una parte del mismo, fijada por la legislación nacional. III. PROTECCION DE LOS CREDITOS LABORALES POR UNA INSTITUCION DE GARANTIA CAMPO DE APLICACIÓN 7. La protección de los créditos laborales por una institución de garantía debería ser lo más amplia posible. PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO: 8. Las instituciones de garantía podrían funcionar con arreglo a los siguientes principios: (a) deberían tener autonomía administrativa, financiera y jurídica con respecto al empleador;(b) los empleadores deberían contribuir a su financiación, a menos que ésta esté asegurada íntegramente por los poderes públicos;(c) deberían asumir sus obligaciones para con los trabajadores protegidos, independientemente de que el empleador haya cumplido o no con sus obligaciones eventuales de contribuir a su financiación;(d) deberían asumir con carácter subsidiario las obligaciones de los empleadores insolventes, en lo referente a los créditos protegidos por la garantía, y poder subrogarse en los derechos de los trabajadores a los que hayan pagado prestaciones;(e) los fondos administrados por las instituciones de garantía que no provengan del Erario público no podrían ser utilizados sino para los fines para los cuales fueron recaudados. CREDITOS PROTEGIDOS POR LA GARANTIA: 9. 1) La garantía debería proteger los siguientes créditos:(a) los salarios, primas por horas extraordinarias, comisiones y otras formas de remuneración correspondientes al trabajo efectuado durante un período determinado, que no debería ser inferior a los tres meses que preceden a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; (b) las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como en el año anterior; (c) las primas de fin de año y otras primas previstas por la legislación nacional, los convenios colectivos o los contratos individuales de trabajo, correspondientes a un período determinado, que no debería ser inferior a los doce meses precedentes a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; (d) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no debería ser inferior a los tres meses precedentes a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; (e) todo pago adeudado en sustitución del preaviso de despido; (f) las indemnizaciones por fin de servicios, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo;(g) las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando estén directamente a cargo del empleador. 2) La garantía podría proteger los siguientes créditos: (a) las cotizaciones adeudadas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores; (b) las cotizaciones adeudadas en virtud de regímenes privados de protección social, sean profesionales, interprofesionales o de empresa, que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores;(c) las prestaciones a que tuvieran derecho los trabajadores antes de la insolvencia, en virtud de su participación en los regímenes de protección social de la empresa y cuyo pago incumba al empleador;(d) los salarios o cualquier otra forma de remuneración compatible con este párrafo reconocidos a un trabajador por fallo judicial o laudo arbitral pronunciado en los tres meses precedentes a la insolvencia. LIMITACIONES: 10. Cuando el monto del crédito protegido por una institución de garantía esté limitado, para que no sea inferior a un mínimo socialmente aceptable, debería tener en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones de la seguridad social o el salario medio en la industria. IV. DISPOSICIONES COMUNES A LAS PARTES II Y III: 11. Los trabajadores o sus representantes deberían recibir información en tiempo oportuno y ser consultados en relación con los procedimientos de insolvencia que hayan sido abiertos y que sean relativos a los créditos laborales. Fuente:www.ilo.org/dyn/normlex/es

 (1) En cuanto a la causa del crédito del acreedor referido en el proceso, el mismo emana de una sentencia laboral firme que reconocía la indemnización por accidente de trabajo sufrido por el acreedor en el establecimiento de la fallida.

 (2) Art. 247 LCQ: Extensión de los créditos con privilegio general: Los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto liquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del art. 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el art. 246 inc 1 LCQ. En lo que excedan esa proporción, los demás créditos enumerados en el art. 246 participan a prorrata con los comunes o quirografarios, por la parte que no perciban como privilegiados. Nota: Los privilegios generales son aquellos que recaen sobre la totalidad del producto liquido obtenido en subasta de los bienes que conforman el activo falencial; No tienen como asiento, un bien determinado, como si ocurre con los privilegios especiales (art. 241 LCQ); por ello estas acreencias reconocidas con privilegio general en la sentencia de verificación respectiva, perciben dentro del proyecto de distribución presentado por el síndico (art. 218LCQ) los dividendos concursales una vez hayan sido cancelados los créditos preferentemente señalados, esto es: (Art. 244LCQ) Reserva de Gastos; (Art. 241, LCQ) Créditos con Privilegio especial y (art. 240 LCQ) Gastos de Conservación y Justicia.

 (3) Sigla de la Organización Internacional del Trabajo, Organismo especializado del sistema de las NACIONES UNIDAS dedicado a mejorar las condiciones de trabajo y el nivel de vida en todo el mundo. Creada en 1919 por el tratado de Versalles como dependencia de la SOCIEDAD DE NACIONES, la OIT se convirtió en el primer organismo especializado afiliado a las NACIONES UNIDAS en 1946. Sus actividades abarcan la recopilación de estadísticas laborales, la protección de los inmigrantes y la salvaguardia de los derechos de los sindicatos. Sus delegados provienen de los Estados miembros (50%), trabajadores (25%) y empleadores (25%). Cerca de 175 países están representadas en la OIT. Fuente: Enciclopedia Universal Británica ilustrada Tomo 14 ed. 2007; Respecto del Convenio Nº 173 de la OIT, ver anexo normativo al final del trabajo.

 (4) Para la Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 180) Adopción: Ginebra, 79ª reunión CIT (23 Jun 1992) ver anexo normativo al final del trabajo.

 (5) LEY DE CONTRATO DE TRABAJO (Nº 20744)/CAPITULO II: DE LAS CLASES DE PRIVILEGIOS. Privilegios especiales: Art. 268.- Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, gozan de privilegio especial sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que integren el establecimiento donde haya prestado sus servicios, o que sirvan para la explotación de que aquél forma parte. El mismo privilegio recae sobre el precio del fondo de comercio, el dinero, títulos de créditos o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que sean directo resultado de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros. Las cosas introducidas en el establecimiento o explotación, o existentes en él, no estarán afectadas al privilegio, si por su naturaleza, destino, objeto del establecimiento o explotación, o por cualquier otra circunstancia, se demostrase que fuesen ajenas, salvo que estuviesen permanentemente destinadas al funcionamiento del establecimiento o explotación, exceptuadas las mercaderías dadas en consignación.

 (6) ARTICULO 246 LCQ.- Créditos con privilegios generales. Son créditos con privilegio general: 1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de DOS (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso; 2) El capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo; 3) Si el concursado es persona física: a) los gastos funerarios según el uso; b) los gastos de enfermedad durante los últimos SEIS (6) meses de vida; c) los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los SEIS (6) meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras.4) El capital por impuestos y tasas adeudados al fisco nacional, provincial o municipal. 5) El capital por facturas de crédito aceptadas por hasta veinte mil pesos ($ 20.000) por cada vendedor o locador. A los fines del ejercicio de este derecho, sólo lo podrá ejercitar el libramiento de las mismas incluso por reembolso a terceros, o cesionario de ese derecho del librador. (Inciso incorporado por art. 7° de la Ley N° 24.760 B.O. 13/1/97.

 (7) En este caso la Recomendación Nº 180 de de la OIT.

 (8) Art. 218 Informe Final. En su parte pertinente referido a las observaciones dice:... El fallido y los acreedores pueden formular observaciones dentro de los diez días siguientes, debiendo acompañar tres ejemplares. Son admisibles solamente aquellas que se refieran a omisiones, errores o falsedades del informe, en cualquiera de sus puntos...

 (9) Se considera que la impugnación u observación al proyecto en los términos del art. 218 LCQ no tramita por incidente sino en el mismo expediente principal de la quiebra y es en la medida de la observación que el juez debe resolverlas.

 (10) La protección crediticia reconocida a la acreencia laboral verificada en el proceso falencial, determina que dicho privilegio alcanza a las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedades profesionales cuando corran a cargo del empleador insolvente, también resultan alcanzadas las indicadas expresamente en el convenio Nº 173 de la OIT y la recomendación Nº 180.

 (11) Ver Recomendación Nº 180 OIT en anexo normativo éste trabajo, referido a la PROTECCION DE LOS CREDITOS LABORALES POR MEDIO DE UN PRIVILEGIO CREDITOS PROTEGIDOS donde se establece el alcance y protección de las acreencias laborales.

 (12) Ver la obra de Antonio Boggiano, "Teoría del Derecho Internacional", "Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos", ed. La Ley, 1996, pag. 1 y ss.

 (13) Antonio Boggiano, ob. cit., p. 3.

 (14) Se hace referencia al Convenio Nº 173 y la Recomendación Nº 180 de la OIT.

 (15) La Recomendación N° 180 de la OIT, complementa las disposiciones del Convenio, y es la normativa, que determina que el privilegio del crédito laboral debe alcanzar a las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales cuando corran directamente a cargo del empleador (fallido); y aunque las recomendaciones de la OIT carecen de contenido propiamente normativo como lo expresa el fallo, tienen un inapreciable valor interpretativo que determina el alcance y significado de los convenios a los que se refieren y que el juez como director del proceso no puede ni omitir ni ignorar.

 (16) Fallos: "Pérez" (332:2034) "Fermin" (Fallos 331:1664) y "Milone" (Fallos 327:4607).

 (17) D.485.XLIV "Diaz, Paulo c/ Cervezeria y Malteria Quilmes SA 4/6/2013.

 (18) Art. 1 ley 11687 de Transferencias de fondos de Comercio.

 (19) Rouillon, Adolfo, "Régimen de Concursos y Quiebras", ed. Astrea, 9na edición. El autor señala en el comentario al artículo 249 LCQ: "...La distribución a prorrata entre varios créditos quiere decir que se paga a cada crédito un porcentaje igual establecido, dividiendo el producto repartible por la suma total de los créditos con derecho a concurrencia sobre el mismo...".

 (20) ARTICULO 249.- Prorrateo. No alcanzando los fondos correspondientes, a satisfacer íntegramente los créditos con privilegio general, la distribución se hace a prorrata entre ellos. Igual norma se aplica a los quirografarios. Así desde un punto de vista ejemplificativo, en el caso de que realizada la distribución entre la reserva de gastos (art. 244, LCQ); Privilegios especiales (art. 241, LCQ) y Gastos de conservación y Justicia (art. 240, LCQ) quedase un saldo a imputar entre los acreedores con Privilegio General de $100.000: acreencia laboral verificada de $ 80.000 y acreencia fiscal verificada de $ 250.000, en vez de aplicar la norma del prorrateo del art. 249 LCQ de reparto del dividendo en proporción al monto del crédito verificado, el síndico deberá imputar ilimitadamente del saldo disponible, esto es: $80.000 al crédito laboral y el resto, la suma de $20.000, al crédito de la AFIP en un 50%; el remanente de los fondos líquidos ( $ 10.000 ) se imputará a los quirografarios que hubiere en proporción (art. 249, LCQ).

 (21) Los créditos con privilegio general no ejercen su preferencia sobre el producto de la liquidación de bienes determinados, como si ocurre con los privilegios especiales (art. 241 LCQ), sino sobre la generalidad del producido de la liquidación del activo falencial, después de satisfecho el resto de los privilegios en los términos expuestos en el apartado Nº 19.

 (22) En los autos "Barreiro SA s. quiebra" fallo del 14/6/82 la Cámara de Apelaciones de Junín ha dicho que, a la luz de las normas laborales (LCT 268) el asiento del privilegio está constituido por ciertos bienes que integran el -establecimiento-concepto, este, que implica unidad técnica de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa. Mas el establecimiento, concedido como unidad dinámica, cesa con la quiebra, salvo que se continúe con su giro; de modo que en ella quedan solo los elementos aislados que han perdido su unidad dinámica, al dejar de ser parte de ese centro de ejecución de los fines de la empresa, que es aquel establecimiento que ya no existe. De esta suerte los alquileres de los silos, consecuencia de una operación concretada luego del concurso, no quedan comprendidos en el art 268 LCQ.

 (23) Régimen Legal de concursos y quiebras que rigió en la República Argentina desde el año 1972 hasta el año 1995.

 (24) El Convenio de la OIT Nº 173, en su art 6º inc. a-d señala que el privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes a salarios, vacaciones, indemnización por fin de servicios adeudados con motivos de la conclusión de la relación de empleo y con la recomendación Nº 180 se amplió dicha protección en cuanto al interés del caso examinado, a las indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cuando corran directamente a cargo del empleador (punto 11, 3.1.f); las cuales expresamente son reconocidas por el art. 246 inc. 1 LCQ.

Voces: QUIEBRA ~ CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ VIVIENDA ~ DERECHO DE RETENCION ~ CONSORCIO DE PROPIETARIOS ~ COMPRAVENTA ~ BOLETO DE COMPRAVENTA ~ VENDEDOR ~ SOCIEDAD CONYUGAL ~ DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ~ COMPENSACION ~ OBLIGACIONES ~ PERSONA JURIDICA ~ PRIVILEGIOS

Título: Código Civil y Comercial unificado: impacto en materia concursal

# Di Lella, Nicolás J. - Código Civil y Comercial unificado: impacto en materia concursal -: AR/DOC/3573/2014

Publicado en: DJ05/11/2014, 1

Sumario: 1. Introducción. — 2. Régimen de afectación de la vivienda. — 3. Derecho de retención. — 4. Personalidad del Consorcio de Propietarios. — 5. Boleto de compraventa ante el concurso preventivo y la quiebra del vendedor. — 6. El "concurso" como causal de disolución de la comunidad de bienes en el matrimonio. — 7. Obligaciones a plazo en materia falencial y concursal. — 8. Compensación en materia concursal. — 9. Concurso o quiebra del patrimonio del fallecido. — 10. Implicancias en el ámbito de la persona jurídica. — 11. Cuestiones sobre materia de privilegios. — 12. Conclusión.

1. Introducción.

Presidencia de la Nación, mediante el decreto n° 191/2011 de fecha 23/02/2011 y considerando que el sistema de Derecho Privado en su totalidad había sido afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y legislativas, creó la "Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación"(1), para avocarse al estudio de las reformas al Código Civil y al Código de Comercio que resultasen necesarias a fin generar un texto homogéneo "para consolidar la institucionalización y la seguridad jurídica para la presente y las futuras generaciones de argentinos".

La Comisión sostuvo que para la realización del cometido expuesto, había tenido a la vista los antecedentes más significantes del Derecho Comparado (en especial, la legislación italiana y holandesa), doctrina de autores nacionales y extranjeros con mayor prestigio académico, opinión de congresos de juristas y criterios jurisprudenciales, cimentándose sobre los siguientes proyectos de reforma: (a) Anteproyecto de 1926 realizado por Juan Antonio Biblioni y el Proyecto de 1936; (b) Anteproyecto de 1954 redactado bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías; (c) Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación; (d) Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993 elaborado por la "Comisión Federal" de la Cámara de Diputados de la Nación; (e) El Proyecto de reforma de 1993 de la Comisión creada por el Poder Ejecutivo mediante decreto n° 468/92 y (f) El Proyecto de Unificación de 1998 preparado por la Comisión creada por el Poder Ejecutivo mediante decreto n° 685/95.

La norma proyectada, que tenía media sanción del Senado, se convirtió en ley en Diputados el pasado 1° de Octubre, con vigencia a partir del 1° de Enero de 2016.

Seguidamente, se analizará, en líneas generales, el impacto que el proyecto produciría, al entrar en vigencia, en el régimen concursal argentino.

2. Régimen de afectación de la vivienda.

El sistema legal reformado sustituye al del bien de familia de la ley 14.394, impartiendo las siguientes modificaciones:

(a) se autoriza la afectación a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges;

(b) la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida;

(c) se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente; y,

(d) se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que 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.

En lo que a la materia concursal involucra, el régimen vigente de la ley 14.394 establece que "El bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en el caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca" (cf. art. 38).

Consecuencia de ello, es que el bien de familia no es desapoderable (cf. art. 108 LCQ), salvo que se tratara de una deuda contraída con anterioridad a su constitución como tal.

Entonces, cuando se hubiera subastado el bien de familia para satisfacer a un crédito anterior a su constitución, no es pacífica la doctrina y la jurisprudencia respecto al destino del saldo de esa liquidación, originándose diversas corrientes de opinión, a saber:

(i) por el principio de la igualdad de los acreedores, la inoponibilidad respecto de los acreedores de fecha anterior produce igual resultado respecto de los de fecha posterior, quedando el inmueble desafectado del régimen e integrando el conjunto de bienes desapoderados del deudor fallido.

Con este sentido, el bien se incluye directamente en el concurso y cobran todos los acreedores -anteriores y posteriores- por igual (2).

(ii) el bien se desafecta y se liquida forzosamente para satisfacer a él o los acreedores titulares de créditos anteriores a la constitución de aquél como bien de familia y en caso de existir remanente:

(ii).1. conformaría la masa concursal (3); o

(ii).2. integraría la masa concursal, siempre y cuando el deudor no se encontrare ya rehabilitado, porque en ese caso, le pertenecerían al mismo siendo ajenos al proceso falimentario (4).

(iii) una posición más moderna y más comprensiva de la institución del bien de familia afirma que se debería formar una masa separada para el cobro de los créditos por parte de los acreedores de fecha anterior a la afectación y el remanente:

(iii).1. debe ser reintegrado directamente al fallido (cf. art. 1266 CCiv.) (5)(6), configurándose una subrogación real a favor del constituyente, pues los acreedores de fecha posterior no contaban con esa garantía y la limitación al principio de igualdad de los acreedores surgiría de una ley especial que justifica la oponibilidad del bien de familia a su respecto; o,

(iii).2. debe procederse al "reempleo" de los fondos por aplicación del principio de subrogación real. El remanente del precio que ingresa al patrimonio en reemplazo del bien afectado al régimen de "bien de familia", entonces, será utilizado para la adquisición de otro a iguales fines bajo control judicial (7).

La reforma adopta el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación y, si hay remanente, debe ser entregado al propietario.

Así, dispone que "La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto: a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo siguiente; c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, se entrega al propietario del inmueble (...)" (art. 249) y que "La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden: a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente; b) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos; c) a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior; d) a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios; e) en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el artículo 249" (art. 255).

Por otro lado, y con relación a la legitimación activa para incoar la desafectación del bien en cuestión, existe actualmente divergencia jurisprudencial, atento que se advierten fallos que la conceden al Síndico (8) (cf. art. 252, párr. 2°, LCQ), pues no hay participación individual que se acuerde a algún acreedor para ello y otros, que consideran que la legitimación de aquél no se extiende a la actuación sobre bienes que no han sido objeto de desapoderamiento y porque tal posibilidad sólo pertenece a los acreedores que pueden agredir el inmueble inscripto como bien de familia (9).

La reforma adopta esta última postura, atento lo dispuesto por el párrafo final del art. 249: "En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo".

3. Derecho de retención.

Como es sabido, el derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que es debido por razón de esa misma cosa, siendo necesario que exista (i) posesión de la cosa de otro por un tercero; (ii) obligación de parte del propietario respecto del poseedor y (iii) conexión entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene.

En el escenario de la insolvencia, actualmente, el art. 3946 del CCiv. establece que "El derecho de retención no impide el ejercicio de los privilegios generales. El derecho de retención prevalece sobre los privilegios especiales, inclusive el hipotecario, si ha comenzado a ejercerse desde antes de nacer los créditos privilegiados".

Por su parte, en materia falencial, la quiebra suspende el ejercicio del derecho de retención sobre bienes susceptibles de desapoderamiento, los que deben entregarse al síndico, sin perjuicio del privilegio dispuesto por el art. 241, inciso 5°, LCQ. Cesada la quiebra antes de la enajenación del bien continúa el ejercicio del derecho de retención, debiéndose restituir los bienes al acreedor, a costa del deudor (cf. art. 131 LCQ).

Ahora bien, existe un vacío legal para tratar la cuestión del concurso preventivo del dueño de la cosa retenida, por cuanto las disposiciones del art. 131 LCQ son inaplicables por analogía a ese proceso (10).

Al respecto, la reforma sancionada dispone que "La facultad de retención: a) se ejerce sobre toda la cosa cualquiera sea la proporción del crédito adeudada al retenedor; b) se transmite con el crédito al cual accede; c) no impide al deudor el ejercicio de las facultades de administración o disposición de la cosa que le corresponden, pero el retenedor no está obligado a entregarla hasta ser satisfecho su crédito; d) no impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida, por otros acreedores o por el propio retenedor. En estos casos, el derecho del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente; e) mientras subsiste, interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede; f) en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, la retención queda sujeta a la legislación pertinente" (cf. art. 2592).

Conforme ha sido sostenido por la doctrina (11), la reforma en nada soluciona el tratamiento del derecho de retención en materia concursal preventiva, manteniéndose el vacío legal que impera actualmente.

4. Personalidad del Consorcio de Propietarios.

Recibe la denominación de Consorcio de Propietarios el conjunto de propietarios de los pisos y departamentos del mismo edificio para que actúen reunidos en el desempeño de las diversas funciones que la misma ley les encomienda (12).

La única disposición en la ley 13.512 vigente que se refiere a esta figura es el art. 9 en cuanto dispone que "Al constituirse el consorcio de propietarios, deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración, por acto de escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad...".

Este supuesto configura un caso atípico por cuanto la ley que lo regula no establece expresamente si cuenta con personalidad jurídica.

Se advierten, entonces, en la doctrina y en la jurisprudencia dos posturas encontradas respecto si el consorcio de propietarios es o no un ente distinto de los copropietarios y, en su caso, si estaría o no dotado de personalidad jurídica, a saber:

(i) negativa (13), que sostiene que el consorcio de propietarios carece de toda personalidad jurídica propia, argumentando que no existe como ente diferenciado de sus componentes con aptitud de contraer per se derechos y obligaciones.

El argumento principal de esta corriente de opinión está basado en la inexistencia de patrimonio del consorcio de propietarios al no aparecer como titular de derechos, ya que las prerrogativas que emanan del sistema se encuentran en cabeza de cada uno de los copropietarios.

(ii) afirmativa (14), que considera que el consorcio de propietarios tiene personalidad jurídica para el ejercicio de los derechos relacionados con la subsistencia, conservación y funcionamiento del consorcio, personalidad ésta que es distinta de la de cada uno de sus componentes, atento a que posee los atributos de toda persona jurídica: nombre, capacidad, domicilio y patrimonio (v. gr. órgano de administración -administrador-; órgano de gobierno -asamblea de copropietarios-; patrimonio propio distinto al de cada uno de sus integrantes, constituido por los fondos aportados por los consorcistas y por los créditos por expensas comunes).

Delineadas las corrientes de opinión, cabe advertir que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria se han volcado por admitir la personalidad jurídica del consorcio cuando interviene en función de la comunidad, constituyéndose en el centro común de imputación de las relaciones inherentes al conjunto de los copropietarios.

Actualmente, la reforma viene a solucionar esta discusión al reconocer expresamente, compartiendo la opinión de la postura mayoritaria, personalidad jurídica al consorcio de propietarios.

Al respecto dispone que "Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las mutuales; f) las cooperativas; g) el consorcio de propiedad horizontal; h) las comunidades indígenas; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento" (cf. art. 148).

5. Boleto de compraventa ante el concurso preventivo y la quiebra del vendedor.

La ley 24.522 permite oponer al concurso o quiebra del enajenante la obligación de escriturar resultante de un boleto de compraventa inmobiliaria, habilitando al comprador para exigir, verificación mediante, que el juez ordene la escrituración a su favor. Todo ello, cumpliendo los siguientes recaudos (cf. art. 146, parte 2°, LCQ):

(i) boleto definitivo y escrito;

(ii) el objeto sea un inmueble;

(iii) buena fe del adquirente;

(iv) pago mínimo del veinticinco por ciento del precio.

De la literalidad del texto legal, no resultaría necesario que el adquirente por boleto se encontrara en posesión del inmueble o que el instrumento fuera de fecha cierta.

Al respecto, una posición argumentativa mayoritaria (15), se ha volcado en este sentido al sostener la no exigencia de fecha cierta en el boleto de compraventa para ser oponible en el proceso concursal del vendedor, siempre que existiesen elementos probatorios idóneos que posibilitaran admitir sin esfuerzos la oportunidad y la sinceridad del acto.

Desde otro costado, se alza un corriente de opinión (16) que postula que para verificar la existencia real de la compraventa concertada con anterioridad a la apertura concursal y, por ende, que el adquirente del inmueble mediando boleto triunfe en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso concursal (preventivo o liquidativo), resulta necesario que:

(a) el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior a la apertura del concurso (la posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica);

(b) que el boleto tenga publicidad (registral o posesoria) (17);

(c) que el peticionante en el concurso haya adquirido de quien es titular registral o esté en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes (como ocurre en los casos de cesión del boleto de compraventa);

(d) que el peticionante en el concurso sea de buena fe (que ignore que le compraba a alguien que se encontraba en estado de cesación de pagos); y,

(e) que el adquirente por boleto haya pagado el mínimo del 25% del precio con anterioridad a la apertura del proceso universal.

El texto reformado adopta esta última postura, al disponer que "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 veinticinco por ciento (25%) del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio" (art. 1171).

De ese modo, reproduciendo de manera casi textual el segundo párrafo del art. 146 LCQ vigente -excepto en lo que se refiere a la fecha cierta- dispone, ante todo, que el boleto de compraventa de un inmueble, que tenga fecha cierta, es oponible al concurso o quiebra del vendedor, requiriéndose que el comprador sea de buena fe y que haya pagado el veinticinco por ciento del precio.

6. El "concurso" como causal de disolución de la comunidad de bienes en el matrimonio.

Los principales rasgos del régimen de bienes en el matrimonio en el derecho argentino vigente son los siguientes (18):

a) existe un sistema patrimonial-matrimonial legal, forzoso, único, inmutable, que encuadra en el régimen de comunidad de gananciales.

b) se trata de un régimen que no hace nacer una nueva persona jurídica, es decir, la denominada "sociedad conyugal" no configura una persona jurídica distinta a la de cada uno de los cónyuges (de allí, la imposibilidad de concursamiento).

c) la administración de esos bienes es separada; cada uno de los cónyuges administra libremente los bienes que adquiere (cualquiera sea la calificación, es decir, sean propios o gananciales) y para determinar quién adquiere, basta remitirse al título. No obstante, hay un control del otro cónyuge para los actos de mayor significación económica.

d) los bienes se distribuyen sólo después que haya operado la disolución de la comunidad conyugal por alguna causa legal, siendo en ese momento cuando el derecho "a la ganancialidad" se convierte en un derecho "sobre los bienes gananciales".

Al respecto, el Código vigente dispone que "Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge" (art. 1294).

De la literalidad del texto legal no se desprende claramente si la norma comprende a ambos procesos universales (concurso preventivo y quiebra), o a uno solo; y en su caso, si la causal exige igual requisito que la mala administración.

A fin de solucionar esta situación la reforma establece que "La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges: a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales; b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge; c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse; d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero" (art. 477).

Entonces, la norma aclara que (19):

(i) los dos procesos universales (preventivo y liquidativo) autorizan la petición de separación judicial de bienes; y,

(ii) la mala administración y el concurso son dos casos distintos; en el primero hay que acreditar que esa mala administración acarrea al otro el peligro de perder su eventual derecho sobre los gananciales; en cambio, esa prueba no es necesaria si se ha declarado el concurso o la quiebra, situaciones que presumen ese riesgo.

Por otro lado, también se zanja la cuestión existente en la actualidad en torno a quién es competente en esta acción: si el juez de familia (20) o el magistrado concursal (21), al ordenar que "En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta. Si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competente el juez del proceso colectivo" (art. 717).

7. Obligaciones a plazo en materia falencial y concursal.

Como es sabido, el Código Civil vigente determina que el pago no puede anticiparse (arts. 750 y 570 in fine) salvo cuando estuviere establecido a favor del deudor que lo renunciare.

En supuestos especiales la regla tiene excepciones en las cuales la caducidad anticipada del plazo pivotea sobre el subyacente común denominador de la idea premonitoria del incumplimiento futuro (22):

(i) por insolvencia del deudor (arts. 572 y 753 CCiv.);

(ii) a instancia del acreedor cuando el tercero ejecuta la garantía real del crédito (art. 154, LCQ);

(iii) cuando el deudor hipotecario o prendario realiza actos en perjuicio de la garantía real (arts. 3157 y 3165 CCiv.);

(iv) cuando el acreedor prendario de cosa ajena, creyéndola del deudor la restituye con derecho a exigir otra, en hipótesis de negativa por parte de éste en cuya circunstancia está facultado para exigir el cumplimiento de la obligación principal aún pendiente el plazo (art. 3215 CCiv.).

Esta temática se encuentra regulada por la primera parte del art. 128 de la LCQ al establecer que "Las obligaciones del fallido pendientes de plazo se consideran vencidas de pleno derecho en la fecha de la sentencia de quiebra".

El fundamento que sustenta esta disposición se evidencia, por una lado, en la exigencia de una organización del proceso liquidatorio y la consiguiente formación homogénea de una masa concursal pasiva y, por el otro, en la tutela del interés de los acreedores.

En el ámbito falimentario, la reforma no produce innovaciones al disponer 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..." (art. 353, primera parte) al reiterar las disposiciones vigentes tanto en el CCiv. (arts. 572 y 753) como en la LCQ (art. 128).

En materia concursal preventiva, no es pacífica la doctrina en torno a si le es aplicable la solución falencial del art. 128 LCQ, advirtiendo una posición que lo niega (23) y otra que sí lo admite (24).

Al respecto, la reforma da luz a esta cuestión, disponiendo 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" (art. 353, segunda parte).

Al entrar en vigencia el texto unificado, a pesar de la no caducidad del plazo de la obligación con la apertura del concurso preventivo, resultará imperativo que la obligación sea cuantificada a la fecha de presentación concursal a fin de poner a todos los acreedores en pie de igualdad, cristalizar el pasivo a un día determinado y posibilitar la conformación de la base de cálculo de las mayorías legales para arribar a la conformación del acuerdo.

Y homologado que fuera el acuerdo, los créditos a plazo, como todas las acreencias involucradas, quedan alcanzados por los efectos novatorios del art. 55 LCQ.

8. Compensación en materia concursal.

Conforme lo dispone el art. 818 del CCiv., la compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir.

La idea subyacente de la compensación es evitar el intercambio superfluo de cosas o dinero, satisfaciéndose cada acreedor a través de la liberación total o parcial de su propia deuda, cumpliendo de esta forma la misma función que el pago.

Asimismo, sirve de garantía a favor del acreedor y lo protege ante una eventual insolvencia de la otra parte, al evitar el riesgo de tener que pagar la totalidad de su propia deuda pudiendo al mismo tiempo tan solo cobrar, en caso de insolvencia del deudor, una parte de su crédito.

En materia falencial, se encuentra vigente la norma que dispone que "La compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de la quiebra" (art. 130 LCQ).

Tal dispositivo se apoya en las siguientes consideraciones (25):

(i) protección de la par condicio creditorum;

(ii) siendo una especie de pago la compensación, éste no puede ser realizado por el fallido después de su declaración en quiebra por el desapoderamiento que sufre;

(iii) el activo del fallido queda indisponible por la quiebra, lo que es un impedimento para que proceda la compensación;

(iv) la exigibilidad determinada por la quiebra en el art. 128 LCQ no equivale a la exigibilidad producida por el vencimiento del término, pues importa un simple decaimiento consagrado al solo efecto de la liquidación forzosa, excluyendo a la compensación.

Al encontrarse regulado en la legislación falimentaria y ante la ausencia de norma similar en el proceso concursal preventivo, se ha planteado el interrogante si la compensación también se encontraría prevista este último, encontrándonos, mayoritariamente, con una respuesta afirmativa (26).

El texto reformado adopta este criterio al ordenar expresamente que "No son compensables: (...) f) los créditos y las deudas en el concurso y quiebra, excepto en los alcances en que lo prevé la ley especial" (art. 930).

Entonces, cabe tener presente diversas situaciones fácticas:

(a) deudas y créditos generados con anterioridad a la presentación concursal, será válida la compensación por aplicación de lo dispuesto por el art. 130 del régimen falencial siempre que fuere realizada antes del día de la presentación concursal (27).

(b) deudas y créditos generados con posterioridad a la presentación concursal, será válida la compensación que se realice.

(c) deuda del concursado posconcursal con crédito preconcursal, será válida la compensación; siendo requisito presentarse a verificar y solicitarla ante el órgano concursal pertinente (28).

(d) deuda del concursado preconcursal con crédito postconcursal, la compensación está prohibida (art. 16 LCQ), debiendo el acreedor (como deudor del concursado) pagarle íntegramente la deuda y por su parte (como acreedor del concursado) presentarse a verificar en el pasivo concursal (art. 32 LCQ).

9. Concurso o quiebra del patrimonio del fallecido.

El sistema de concursabilidad establecido en la ley 24.522 permite a una amplia gama de sujetos, de existencia visible o ideal, ingresar a los procedimientos regulados por dicha legislación, ya sean éstos preventivos o liquidatorios, incluyendo dentro de su previsión, la susceptibilidad de concursamiento del patrimonio del fallecido mientras se mantuviera separado del patrimonio de sus sucesores.

En este orden de ideas, el inciso 1º del art. 2 de la LCQ regula la única excepción vigente a la necesaria personalidad que debe tener el sujeto concursable, es decir, a la regla "no puede existir un proceso concursal sin sujeto concursado".

Se trata de la posibilidad legal de que la universalidad de bienes y derechos que constituye la herencia pueda ser sometida a un proceso concursal, supuesto denominado concursamiento de la sucesión, en tanto se mantuviera la separación entre el patrimonio del causante y el de sus sucesores.

De ese modo, y siempre que se mantuviera la separación patrimonial entre el patrimonio del causante y el de sus sucesores, todos o algunos de los herederos podrá solicitar el concurso preventivo o la quiebra en relación al patrimonio del fallecido en estado de insolvencia, sin importar si la misma se ha producido antes o después de la muerte de su titular.

Con relación a los presupuestos (subjetivo y objetivo) reseñados precedentemente, la reforma se refiere a ellos en el art. 2360 "Masa indivisa insolvente".

(i) En lo que hace al recaudo objetivo, dispone que "En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden peticionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal..." (cf. art. 2360, primera parte).

Se ha sostenido que con este precepto se estaría instituyendo un nuevo presupuesto objetivo para la apertura de los procesos concursales (preventivo y liquidativo) con relación al patrimonio del fallecido en crisis (29), más amplio que el que rige actualmente.

Ello, por cuanto las nociones de "desequilibrio patrimonial" como "insuficiencia de activo" no se identifican con el término cesación de pagos al que definimos como "estado patrimonial de impotencia en el que convergen los caracteres de generalidad y permanencia -cualquiera sea la causa que lo motive- dentro del cual su titular se encuentra imposibilitado de satisfacer, a través de vías normales o regulares, obligaciones -cualquiera sea la naturaleza de ellas- ciertas, líquidas e inmediatamente exigibles que le conciernen, el que puede revelarse exteriormente mediante múltiples actos o hechos materiales empíricamente verificables"(30).

Al analizar esta definición, no resulta acertado asociar esta expresión a una hipótesis de desequilibrio aritmético o nominal entre la faz activa y la faz pasiva del patrimonio, por cuanto la cesación de pagos no es un fenómeno exclusivamente contable.

Al respecto, cabe tener presente que un mero déficit por sí solo no determina el estado de cesación de pagos de un sujeto, incluso éste puede subsistir aún sin advertirse el desequilibrio aludido.

En este escenario, el desequilibrio aritmético tiene lugar cuando los pasivos contraídos por una persona son mayores a los activos de los que es titular, siendo un concepto puramente contable que puede no coincidir con la verdadera situación de crisis patrimonial y, por ende, resultar absolutamente irrelevante a los efectos del proceso concursal, debido a que (31):

a). puede estar en equilibrio económico una persona cuyo activo inventariado sea inferior al pasivo, pero que éste se encuentre razonablemente especiado en su exigibilidad temporal y pueda disponer de medios de pago o crédito regular para afrontarlo.

Asimismo, una hacienda empresaria activa, en marcha, puede generar activos futuros que sean suficientes para atender el pasivo a sus vencimientos (32).

b). puede estar en desequilibrio económico una persona cuyo activo superase al pasivo, pero el primero se encontrara integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, mientras que las obligaciones que conformaran el segundo fueran exigibles en el corto plazo (33).

(ii) Respecto al recaudo subjetivo, se establece que "...Igual derecho [que el previsto en la primera parte de la norma], y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores" (cf. art. 2360, segunda parte).

La redacción de esta parte del articulado puede traer complicaciones interpretativas, por cuanto podría entenderse que los acreedores están facultados para solicitar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa.

De llegarse a esa interpretación, se estaría derogando el tradicional principio en materia concursal mediante el cual sólo el deudor se encuentra legitimado para instar la apertura de su concurso preventivo, más no sus acreedores.

Resulta a todas luces razonable pensar que la interpretación correcta, armónica y sistémica de este dispositivo es que los acreedores sólo están legitimados para solicitar la quiebra del patrimonio insolvente del fallecido (quiebra directa necesaria), atento a que la segunda parte del art. 2360 del código civil y comercial unificado enmarca este derecho de acuerdo a la normativa concursal, la cual no concede la facultad a los acreedores de pedir el concurso preventivo de su deudor.

10. Implicancias en el ámbito de la persona jurídica.

Conforme se desprende del art. 94 de la LSC vigente, la sociedad se disuelve por su declaración en quiebra, quedando sin efecto si se celebrara avenimiento o concordado resolutorio.

Ante la desaparición del concordato resolutorio y la introducción de nuevos institutos en materia concursal con la sanción de la ley 24.522, la reforma actualizada normativamente esta cuestión al disponer que la persona jurídica se disuelve por la declaración de quiebra; quedando sin efecto si aquel proceso concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial (la legislación concursal) prevé un régimen distinto (cf. art. 163, inciso e).

11. Cuestiones sobre materia de privilegios.

Como es sabido, el principio de igualdad de los acreedores o "par conditio creditorum", constituye uno de los clásicos principios generales y fundamentales del derecho concursal.

Al respecto, se ha sostenido, que este principio actúa en protección del interés general, que indirectamente recae sobre el interés individual de los acreedores, como medio de preservación ética en los procesos concursales (34), tendiendo a asegurar a todos los acreedores -de la misma especie- un trato igualitario en la distribución de las pérdidas (35) y que ninguno obtenga ventajas de parte del deudor (36) y/o en las relaciones entre acreedores, uno o algunos se vean perjudicados por otro u otros.

Ahora bien, la aplicación soberana y/o absoluta del principio de la igualdad, es decir, su carácter basilar y su primacía en el derecho concursal, muy probablemente conllevaría a que la totalidad de los intereses comprometidos en el concurso no puedan verse debidamente atendidos y resultarían relegados frente a una paridad formal ausente de contenido sustantivo (37).

Con ese sentido, ha sido sostenido que la igualdad de trato tiene su razón de ser únicamente entre acreedores que, en función de su posición personal, hubieran sufrido un idéntico sacrificio frente a la insolvencia del concursado, por lo que si el grado de sacrificio fuera distinto ningún motivo existiría para impartirles un trato paritario (38).

En ese escenario, se puede advertir un tratamiento diverso de los acreedores del deudor común cuando la ley otorga privilegio a algunos créditos (39), es decir, les concede una prerrogativa de ser satisfechos con preferencia a otros (sea por razones de índole fiscal; alimentaria; crediticia; seguridad jurídica; social; etc.).

Dentro de este contexto, se destacan:

a). créditos con privilegio especial (art. 241 LCQ). (40)

b). créditos originados en la conservación y administración de justicia (cf. art. 240 LCQ). (41)

c). créditos con privilegio general (cf. art. 246 LCQ). (42)

(i) Sobre la materia de los privilegio especiales, la reforma extrae, en parte, de la Ley 24.522 ("LCQ") el régimen que esta prevé y dispone que "Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: a) los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre esta. Se incluye el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal; b) los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación. Cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre estos; c) los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre estos; d) lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre esta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla; e) los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante; f) los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería" (art. 2582).

La principal diferencia que se advierte es con relación al cambio de orden de los incisos, puesto que en la LCQ el "crédito real" aparece primero (inciso 4°) que el "retenedor" (inciso 5°), mientras que en el CCiv. y Com., el retenedor va primero que el real. Aunque considero que esto no afectaría directamente al régimen concursal, atento lo dispuesto por el nuevo art. 2592 del CCiv. y Com., al disponer que "f) en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, la retención queda sujeta a la legislación pertinente".

Incluye, además, en el inciso 1° el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal, cuestión no contemplada expresamente por la LCQ, aunque considerada por la jurisprudencia (43).

(ii) Respecto al instituto de la subrogación real, el que supone la sustitución de un bien por otro quedando sometido este último al régimen jurídico que sujetaba al primero (v. gr. precio de la venta; el bien recibido en cambio o la indemnización por el siniestro ocurrido); el art. 2584 del texto reformado dispone que "El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogacion real".

Este artículo no mantiene una relación directa con el vigente Código Civil, pues no existe disposición análoga en el Código de Vélez Sarsfield, mientras que sí encuentra concordancias con el art. 24.5 (44) de la LCQ.

(iii) Vinculado al tema de la renuncia al privilegio, se advierte que el art. 2575 del texto reformado dispone que "El acreedor puede renunciar a su privilegio. El acreedor y el deudor pueden convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas presentes o futuras; en tal caso, los créditos subordinados se rigen por las cláusulas convenidas, siempre que no afecten derechos de terceros. El privilegio del crédito laboral no es renunciable, ni postergable".

Dicha norma resulta claramente distinta a las previsiones contempladas por la legislación concursal, la que sí faculta al acreedor laboral, mediando ciertos recaudos, a renunciar a parte de su privilegio (art. 43 LCQ). (45)

12. Conclusión.

A lo largo de este artículo se ha intentado brindar un breve panorama sobre la influencia que tendría en materia concursal el Código Civil y Comercial Unificado al entrar en vigencia.

En términos generales, se comparte la opinión (46) que el Derecho Comercial aparece en la reforma realizada con contenidos mínimos, puesto que no se evidencia un estatuto del comerciante; no se reconoce a la empresa como sujeto de relaciones jurídicas mercantiles, no aparece una disciplina de la registración mercantil; que no altera su autonomía científica y dogmática y que la unificación legislativa es parcial, dada la subsistencia de estatutos especiales (sociedades comerciales; concursos y quiebras; seguros; tarjetas de crédito; derechos de la navegación y la aeronáutica; entre otros).

 (1) Integrada con los Señores Ministros de la CSJN, doctores Ricardo L. LORENZETTI y Elena HIGHTON DE NOLASCO y la Profesora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI.

 (2) SCBA, 09/05/1995, "Kloster, Luis Leopoldo s/ Concurso Preventivo", LLBA, 1995-685; PORCEL, Roberto J., "El bien de familia y la quiebra (Alcance del régimen de amparo en el procedimiento concursal)", LL, 1989-B, 734.

 (3) CSJN, 25/02/2003, "Khanis Pablo s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de créditos promovido por Consorcio de Propietarios Paraná 982/84/88", LL, 2003-D, 713; CNCom., Sala A, 24/08/2004, "Rosito, Roberto O. s/ Quiebra", LL, 2005-A, 139: "Corresponde confirmar la sentencia que declaró inoponible respecto de la quiebra la afectación de un inmueble del fallido como bien de familia ante la existencia de acreedores anteriores a dicha afectación y aun cuando el producido del bien debe ser distribuido entre dichos acreedores, sin que ello implique que el eventual remanente de la venta una vez satisfechos sus créditos deba quedar excluido del activo distribuible en la quiebra pues el fallido se halla desapoderado de sus bienes desde la declaración de falencia"; CNCom., Sala B, 26/06/2003, "Massera, Emilio E.", LL, cita online: AR/JUR/6337/2003: "Una vez producida la desafectación del inmueble del deudor como bien de familia debido a la declaración de quiebra, el bien queda incluido en el desapoderamiento y conforme con las reglas generales responderá por todas las deudas de su titular, pues la pérdida de la inembargabilidad e inejecutabilidad es total y plena y no sólo relativa a los créditos de causa o título anterior a la afectación"; CNCom., Sala D, 12/03/2001, "Horigian, Alberto G. s/ Quiebra s/ Incidente de desafectación y eventual realización de bien inmueble", LL, 2001-E, 247: "Producida la desafectación de un inmueble del fallido sujeto al régimen de bien de familia, el mismo queda incluido en el desapoderamiento y responde por todas las deudas de su titular, sin que corresponda discriminar entre créditos de causa o título anterior a la afectación o posterior a ella, pues la pérdida del beneficio favorece a todos los acreedores verificados en la quiebra"; CCiv. y Com., Sala I, Bahía Blanca, 10/07/2008, "Galmarini, Raúl Vicente", LL, cita online: AR/JUR/4997/2008: "Realizada la subasta luego de la desafectación de un inmueble del régimen de bien de familia, ha desaparecido la protección de la ley 14.394, por ello, el remanente pasa a integrar la garantía común, pudiendo ser embargado por acreedores de fecha posterior que concurren a la quiebra del instituyente"; BOUZAT, Luis F., "El bien de familia y el desapoderamiento en el concurso civil y la quiebra", Jus, 1967-9-5; TRUFFAT, E. Daniel, "El bien de familia y la quiebra. Brevísima reseña sobre diversas posturas doctrinarias y, también, alguna opinión personal", ED, 155-117; CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., "Bien de familia y quiebra: apartándonos de la doctrina de la Corte Suprema", LLBA, 2008 (diciembre), 1191; GRAZIABILE, Darío J., "Bien de familia y quiebra. Una saludable doctrina judicial para una laguna legal", DJ, 2001-3, 587: "ante la desafectación forzosa del bien de familia en la quiebra, desinteresados los acreedores a los cuales originariamente no les era inoponible el bien de familia, ingresa al activo concursal el remanente; quedándole la posibilidad al deudor fallido, de requerir voluntariamente la desafectación del inmueble para hacer frente a las deudas anteriores y sustituirlo por otro para ser constituido como bien de familia con efecto retroactivo a la inscripción primitiva".

 (4) FRAGAPANE, Héctor R. - MAUNA DE FRAGAPANE, Patricia, "El remate del bien de familia en la quiebra y la distribución del producido", LLGranCuyo, 1998-40.

 (5) Art. 1266 CCiv.: "Los bienes que se adquieren por permuta con otro de alguno de los cónyuges, o el inmueble que se compre con dinero de alguno de ellos, y los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación, u otra cualquier causa, pertenecen al cónyuge permutante, o de quien era el dinero, o a quien correspondía la especie principal".

 (6) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Protección Jurídica de la Vivienda Familiar, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 139; GUASTAVINO, Elías P., "Concurrencia de acreedores anteriores y posteriores a la inscripción del bien de familia en la quiebra del titular del dominio. El tema en la Corte Suprema de la Nación", ED, 169-243; SAJON, Jaime V., "El bien de familia y la quiebra", ED, 95-923; VILLANUEVA, Julia, Concurso Preventivo, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2003, p. 21; CNCom, Sala C, 18/07/1975, "Francke Boruki, Mariano s/ Quiebra", LL, 1975-D, 177.

 (7) DI LELLA, Pedro, "Bien de familia y quiebra", LL, 2003-D, 713; OTTAVIANO, Guillermo D., "Bien de familia y quiebra", DJ, 12/07/2006, 759.

 (8) CNCom., Sala A, 20/03/2001, "Sleiman, Roberto s/ Quiebra"; CNCom., Sala C, 12/04/2005, "Alava, José F. s/ Quiebra"; CNCom., Sala D, 23/11/2001, "Levy, Mirta M. s/ Quiebra"; CNCom., Sala E, 10/07/1995, "Solessio Copantsidis, Haydeé".

 (9) CSJN, 10/04/2007, "Baumwohlspiner de Pilevski, Nélida s/ Quiebra", LLO: AR/JUR/691/2007: "La sentencia que confirmó la desafectación de un inmueble como bien de familia de acuerdo a lo peticionado por el síndico de la quiebra con base en la existencia de acreedores verificados, de causa o título anterior a la afectación, a pesar de ser manifiesta su falta de interés en sustentar el pedido, importa una exégesis irrazonable del art. 38 de la ley 14.394 que lo desvirtúa y lo torna inoperante, en el marco de un instituto que tiene respaldo mediato en el art. 14 de la Constitución Nacional" (...) "La sentencia que confirmó la desafectación de un inmueble como bien de familia de acuerdo a lo pedido por el síndico de la quiebra con base en la existencia de acreedores verificados, de causa o título anterior a la afectación, pese a ser manifiesta su falta de interés en sustentar el pedido, traduce un nítido apartamiento del art. 38 de la ley 14.394 en cuanto declara la inoponibilidad del bien de familia aun en caso de concurso o quiebra, ya que la tutela legal, de base constitucional, sólo cede frente a los acreedores con derecho a obtener la desafectación" (...) "Siendo disponible el derecho que la ley 14.394 atribuye a los acreedores para agredir el inmueble inscripto como bien de familia, el síndico de la quiebra del constituyente carece de atribuciones para enervar los efectos de una renuncia u omisión en la que no se encuentra comprometido el orden público" (...) "El ejercicio por el síndico de las acciones individuales que competen a los acreedores para agredir el inmueble inscripto como bien de familia, autorizada por la sentencia recurrida fuera del marco fijado por la ley de concursos y sin base normativa para subrogarse en los derechos de terceros, contraviene la solución del art. 38 de la ley 14.394 y la torna inoperante, al privar de todo efecto a la expresa subsistencia del beneficio frente a la ejecución universal" (...) "Es procedente el recurso extraordinario por el cual se cuestiona la sentencia que confirmó la desafectación de un inmueble como bien de familia de acuerdo a lo pedido por el síndico de la quiebra con base en la existencia de acreedores verificados, de causa o título anterior a la afectación, pese a ser manifiesta su falta de interés en sustentar dicho pedido, ya que desvirtúa la esencia de la institución y neutraliza su fin tuitivo al ampliar la categoría de sujetos legitimados, en apartamiento de los principios rectores de la normativa específica y formulando una indebida extensión del sistema legal, con severa lesión del art. 14 bis de la Constitución Nacional" (...) "Si la inscripción de un inmueble como bien de familia es anterior al período de retroacción establecido por el art. 116 de la ley 24.522, la legitimación del síndico no puede extenderse a la actuación respecto de ese bien que no ha sido objeto de desapoderamiento por estar excluido por una ley especial -art. 108, inc. 7, ley 24.522-".

 (10) TONÓN, Antonio, Derecho Concursal, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 187; CNCom., Sala C, 05/07/1990, "Pesquera Constanza S.A. s/ Concurso".

 (11) HEREDIA, Pablo D., "Aspectos del Código Civil y Comercial de 2012 con repercusión en materia de derecho concursal", en RIVERA, Julio C. (Dir.) - MEDINA, Graciela (Coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 1352.

 (12) SALVAT, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, T. II, "Derechos Reales", Tea, Buenos Aires, 1966, p. 497.

 (13) CNCom., Sala D, 26/12/2005, "Consorcio de Propietarios de Edificio Carlos Calvo 869/75 s/ Pedido de Quiebra por Álvarez, Egues N.", RSC, 37-176; CNCiv., Sala A, 05/06/1984, "Consorcio de Propietarios de la calle Marcelo T. de Alvear 1275/77 c/ Arminfé S.A.", ED, 120-405; CNCiv., Sala B, 18/09/1990, "Consorcio de Edificios Vicente López c/ Aslan y Ezcurra", LL, 1990-E, 429; LAQUIS, Manuel A. - SIPERMAN, Arnoldo, La propiedad horizontal en el Derecho argentino, Buenos Aires, 1966, ps. 96/97; MOLINARIO, Alberto D., "Inexistencia de personalidad del consorcio creado por ley nacional 13.512", ED, 120-405; SILVESTRE DE AIMO, Norma — QUINTANA, Teresa R., "La pretendida personalidad jurídica del consorcio de propietarios en la ley 13.512", ED, 113-999; ADROGUÉ, Manuel I. — ROMANELLI, Horacio I., "Reflexiones en torno a la Ley de Propiedad Horizontal", JA, 1969-382; HIGHTON, Elena I., Derechos Reales, vol. 4, "Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad", Hammurabi, Buenos Aires, 2000, ps. 563/4.

 (14) SCBA, 10/08/1971, "Fiorentini Luis e Hijos c/ Consorcio de Propietarios Dormar IV", ED, 39-792; CCiv. y Com., Sala I, Mar del Plata, 22/04/1969, "Consorcio de Propietario Edificio 9 de Julio", JA, 1970, 5-649; CNCiv., Sala B, 27/07/1963, "Consorcio de Propietarios de la calle Rivadavia 1273/83 c/ Biggio, Eduardo", ED, 6-110; CNCiv., Sala C, 29/06/1961, "Dulom, Carlos A. c/ Consorcio de Propietarios de la calle Juncal 2371/9", ED, 1-211; CNCiv., Sala D, 02/09/1969, "Consorcio de Propietarios de la calle Sarmiento 2342/44 c/ Consorcio de Propietarios de la calle Sarmiento 2334/36/38", ED, 32-504; CNCiv., Sala C, 29/05/1990, "Torres, Aída y otra c/ Consorcio de propietarios de la calle Paraguay 4188", LL, 1990-D, 461; CNCom., Sala A, 30/10/1996, "Consorcio de Propietarios de la calle Perú 1724 s/ Pedido de Quiebra por Ramírez, Eva M.", ED, 171-600; CNCom., Sala C, 20/05/1970, "Consorcio de Propietarios Bartolomé Mitre 2274/76 c/ Vega, Jorge A.", LL, 141-621 (25.182-S-I); ANESTRINI, Ana M. — COSTANTINO, Juan A., FORTINI, Patricia — GIMÉNEZ BAUER, Marceloa, "Quiebra del consorcio de propietarios y de los propietarios por deudas concursales. Su factibilidad", ED, 174-1006; ROITMAN, Horacio — DI TULLIO, José A., "Los concursos y la propiedad horizontal", RDPyC, 2002-2-401; MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los derechos del consorcio de copropietarios ¿sobre qué bienes puede hacerse efectivos?, ED, 45-865; CURUCHET, Julio E., "Naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en la propiedad horizontal", JA, 1961-III-528; MARTORELL, Tratado de concursos..., T. I, p. 414; GURFINKEL DE WENDY, Lilian, "Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios", LL, 2013-C, 1052.

 (15) CNCom., Sala A, 15/03/1979, "Giallorenzi, Arnaldo c/ Chalita, Elías J."; CNCom., Sala B, 30/03/2001, "Integral Servicios SRL s/ Quiebra s/ Incidente de escrituración por Parra, Juan Carlos y otra"; CNCom., Sala C, 12/12/1974, "Casa León S.A. c/ Flamo S.A. s/ Quiebra", LL, 1975-A, 191; CNCom., Sala D, 16/05/2000, "Iglesias, Juan s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación por Hyung Hae Sook", JA, 2001-IV-163; CNCom., Sala E, 13/06/1990, "Terrones, Jorge c/ Arminfe S.A. s/ Incidente de escrituración".

 (16) CS, Mendoza, plenario, 30/05/1996, "Fernández Ángel En J: Coviram Ltda. s/ Institucionalidad - Revision — Plenario", JA, 1997-I-83.

 (17) "...El art. 146 de la ley concursal forma parte de un sistema normativo y, por tanto, no puede ser interpretado aisladamente. En ese sistema normativo, la oponibilidad de los derechos (sean personales o reales), exige siempre algún grado de publicidad (por imperfecta que sea); de otro modo, la inseguridad reinaría por doquier y el crédito, motor de la economía capitalista, habría sufrido un golpe mortal. En tal sentido, recuerdo que la doctrina más jerarquizada sostiene que los derechos ya no deben clasificarse en personales y reales sino en oponibles y no oponibles... Ahora bien, la oponibilidad exige publicidad, más o menos perfecta según los casos, pero siempre requiere algún sistema por el cual ese derecho tenga aptitud para ser conocido, desde que no se puede exigir el respeto de algo que no se tiene posibilidad de conocer; de otro modo, la oponibilidad resultaría una trampa contra la que no hay defensas..." (...) "...La oponibilidad irrestricta contradice de manera palmaria las soluciones de las legislaciones a las que nos une una tradición común. Ni en el derecho concursal, ni en la ejecución individual se admite el derecho de separación en términos tan indiscriminados como los que llevaría la oponibilidad irrestricta; por el contrario, o la posesión, o el registro, deben acompañar a quien "adquiere" por instrumento privado... la oponibilidad del boleto requiere la publicidad posesoria o la registral si la legislación local admitiera el emplazamiento registral de los boletos; ello así pues, la oponibilidad requiere siempre alguna forma de publicidad -la registral o posesoria- y además de ese modo se evitan enajenaciones fraudulentas que se pueden concluir por instrumento privado pocas horas antes de la quiebra..." (Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI).

 (18) Se sigue a KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio", Academia Nacional de Derecho, 2001, p. 385.

 (19) Comp. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos", LL, 2012-F, 1309.

 (20) CNCom., Sala A, 21/11/2000, "A. Patanian e Hijos S.A.".

 (21) CNCom., Sala B, 23/06/2000, "Ardite, Elías R.".

 (22) DASSO, Ariel A., "El porqué de la caducidad de plazos en el concurso preventivo -en ocasión del caso Fargo-", LL, 2005-D, 1024.

 (23) MAFFÍA, Osvaldo J., "Efectos del concordato", RDCO, 1986-724; del mismo autor: ¿Por qué la caducidad de los plazos en el concurso preventivo?, LL, 1986-E, 895.

 (24) TONÓN, Derecho Concursal, p. 134; CÁMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 456; HEREDIA, Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, T. I, Ábaco, Buenos Aies, 1998, p. 475; DASSO, "El porqué de la caducidad...", LL, 2005-D, 1024; GRAZIABILE, Darío J., Derecho Concursal, 2ª edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 313/317; MARTORELL, Ernesto E., Tratado de Concursos y Quiebras, T. II-B, Depalma, Buenos Aires, 2001, ps. 3/4; JUNYENT BAS, Francisco — MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Ley de concursos y quiebras, T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 179; CNCom., Sala C, 02/04/2004, "Max Dan S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de revisión por Guilford Argentina S.A.", LL, 2004-D, 354.

 (25) Expuestas por HEREDIA, "Aspectos del Código...", en RIVERA (Dir.) - MEDINA, (Coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial..., p. 1345.

 (26) HEREDIA, Tratado exegético, T. I, p. 495; TONÓN, Derecho Concursal, p. 141; VAISER, Lidia, "¿Opera la compensación legal en el concurso preventivo?", ED, 182-63.

 (27) CNCom., Sala A, 24/02/1977, "Cababie Hnos", ED, 74-299; CNCom., Sala B, 21/03/1975, "Bosch Motors S.A.", LL, 1975-D, 451.

 (28) CNCom., Sala A, 28/03/2003, "Díaz Cisneros, Adriano c/ Aguas Argentinas S.A.", LL, 2003-F, 1037.

 (29) Comp. HEREDIA, "Aspectos del Código...", en RIVERA (Dir.) - MEDINA, (Coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial..., p. 1352.

 (30) DI LELLA, Nicolás J., "Imposibilidad del concurso de las UTE en Tucumán", LLNOA, 2014 (julio), p. 604 y LLO: AR/DOC/1675/2014.

 (31) Comp ROUILLÓN, Adolfo A.N., Régimen de Concursos y Quiebras, 16ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 48.

 (32) ALEGRÍA, Héctor, "Los presupuestos objetivos de la quiebra", en integración de la obra de PAJARDI, Piero, Derechos Concursal, T. I, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 291.

 (33) CNCom., Sala A, 06/06/2003, "Ombú Automotores S.A. s/ Quiebra", LL, 2003-F, 766.

 (34) GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto A., Derecho Concursal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 31/32. En el mismo sentido: MARTORELL, Tratado..., T. I, p. 253.

 (35) Cfr. TONÓN, Derecho concursal, T. I, ps. 28/29.

 (36) CNCom., Sala A, 31/05/1985, "Roberto Despresbiteris s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación de créditos por Ibarra, José S.", ED, 115-398.

 (37) ALEGRIA, Héctor, "Reflexiones sobre la concursalidad", LL, 2007-A, 678.

 (38) HEREDIA, Tratado exegético..., T. I, p. 232.

 (39) Bibliografía Específica: ALEGRIA, Héctor, "Los privilegios en la ley concursal. Aspectos generales", RDPyC, 2011-2, "Privilegios", ps. 11/52; VILLANUEVA, Julia, Privilegios, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2004; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Los privilegios en el proceso concursal, Astrea, Buenos Aires, 1975; IGLESIAS, José A., Los privilegios en la ley de concursos y los créditos del concurso, Depalma, Buenos Aires, 1988.

 (40) Art. 241 LCQ: Créditos con privilegio especial. "Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: 1) Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta, mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron los gastos; 2) Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad, del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación; 3) Los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos; 4) Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante; 5) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida a la fecha de la sentencia de quiebra. El privilegio se extiende a la garantía establecida en el Artículo 3943 del Código Civil; 6) Los créditos indicados en el Título III del Capítulo IV de la Ley N° 20.094, en el Título IV del Capítulo VII del Código Aeronáutico (Ley N. 17.285), los del Artículo 53 de la Ley N. 21.526, los de los Artículos 118 y 160 de la Ley N. 17.418".

 (41) Art. 240 LCQ: Gastos de conservación y de justicia. "Los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso, son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor salvo que éstos tengan privilegio especial. El pago de estos créditos debe hacerse cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación. No alcanzando los fondos para satisfacer estos créditos, la distribución se hace a prorrata entre ellos".

 (42) Art. 246 LCQ: Créditos con privilegios generales. "Son créditos con privilegio general: "1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de dos años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso; 2) El capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo; 3) Si el concursado es persona física: a) los gastos funerarios según el uso; b) los gastos de enfermedad durante los últimos seis meses de vida; c) los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los seis meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras. 4) El capital por impuestos y tasas adeudados al fisco nacional, provincial o municipal. 5) El capital por facturas de crédito aceptadas por hasta veinte mil pesos por cada vendedor o locador. A los fines del ejercicio de este derecho, sólo lo podrá ejercitar el libramiento de las mismas incluso por reembolso a terceros, o cesionario de ese derecho del librador".

 (43) CNCom., Sala C, "23/05/2006, "Trepat Automotores S.A. s/ Incidente de verificación tardía por Consorcio de Propietarios Av. Belgrano 1364/70", LL, 2006-E, 489; íd., 30/06/1998, JA, 2002-I-89; CNCom., Sala D, 27/02/1998, "Yaski, Silvia y otro s/ Quiebra s/ Incidente de verificación tardía por Herrera, María E.", JA, 1998-IV-111; CCiv. y Com., Sala II, Mar del Plata, 25/09/1997, LL, 1998-B, 213;

 (44) Art. 245 LCQ: "El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recaía, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. En cuanto exceda de dichos importes los créditos se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos, salvo lo dispuesto en el Artículo 246 inciso 1".

 (45) Art. 43 LCQ: "...el privilegio que proviene de la relación laboral es renunciable, debiendo ser ratificada en audiencia ante el juez del concurso, con citación a la asociación gremial legitimada. Si el trabajador no se encontrare alcanzado por el régimen de Convenio Colectivo, no será necesaria la citación de la asociación gremial. La renuncia del privilegio laboral no podrá ser inferior al veinte por ciento (20%) del crédito, y los acreedores laborales que hubieran renunciado a su privilegio se incorporarán a la categoría de quirografarios laborales por el monto del crédito a cuyo privilegio hubieran renunciado. El privilegio a que hubiere renunciado el trabajador que hubiere votado favorablemente el acuerdo renace en caso de quiebra posterior con origen en la falta de existencia de acuerdo preventivo, o en el caso de no homologarse el acuerdo".

 (46) RIVERA, Julio C., "La recodificación del derecho privado argentino", RDPyCO, 2012-2, p. 38.

Voces: PROYECTOS DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL ~ CODIGO CIVIL ~ REFORMA DEL CODIGO CIVIL ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CONCURSO PREVENTIVO ~ QUIEBRA ~ CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ VIVIENDA ~ VIVIENDA FAMILIAR ~ BIEN DE FAMILIA ~ INEMBARGABILIDAD DE BIENES ~ DESAFECTACION DEL BIEN DE FAMILIA ~ SUBROGACION REAL ~ OPONIBILIDAD ~ SEPARACION DE BIENES ~ BIEN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ~ CONCUBINATO ~ CARGA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ~ RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ~ CONYUGE ~ FRAUDE ~ PROHIBICION DE CONTRATAR ~ SOCIEDAD ENTRE CONYUGES ~ DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ~ RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES ~ ADMINISTRACION DE BIENES ~ ADMINISTRACION DE LOS BIENES DE LOS HIJOS ~ ADMINISTRADOR DE BIENES ~ PATRIA POTESTAD ~ USUFRUCTO DE LOS PADRES ~ SUCESION ~ ACREEDOR DE LA HERENCIA ~ PRIVILEGIOS ~ DERECHO DE RETENCION ~ PERSONA JURIDICA ~ LIBRO DE COMERCIO ~ PLAZO DE CADUCIDAD ~ CADUCIDAD DE INSTANCIA ~ COMPENSACION ~ DECLARACION DE QUIEBRA ~ CLAUSURA DE LA QUIEBRA ~ BOLETO DE COMPRAVENTA ~ BOLSA DE COMERCIO ~ FIDEICOMISO ~ TIEMPO COMPARTIDO ~ INSCRIPCION REGISTRAL ~ CONTRATO DE COLABORACION EMPRESARIA ~ UNION TRANSITORIA DE EMPRESAS ~ AGRUPAMIENTO DE COLABORACION EMPRESARIA ~ CONSORCIO DE COOPERACION ~ FIANZA ~ BENEFICIO DE EXCUSION ~ CESION DE DERECHOS ~ LEASING ~ MANDATO ~ CONCESION ~ CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Título: El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos

# Kemelmajer de Carlucci, Aída - El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos - AR/DOC/5219/2012

Publicado en: Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 13/12/2012, 13/12/2012, 1 - LA LEY2012-F, 1309

La resistencia al cambio se revela en la mala acogida que, generalmente, reciben algunas novedades legales. En Francia, la incapacidad de la mujer casada fue suprimida en 1942, pero según comenta Ripert, en 1951 los notarios persistían en exigir la firma del marido. (1)

1. Objetivo de estas líneas. Metodología de trabajo de la Comisión. Alcances de la unificación. Una regla básica

Como es sabido, en la Argentina, al igual que en el resto de los países a los que estamos vinculados por una tradición jurídica común, el Código de Comercio sufrió el proceso de descodificación de modo más agudo que el Civil. En efecto, de ese código se desgajaron una importante serie de materias, hoy reguladas por leyes especiales, como son las sociedades, los seguros, la navegación marítima, los títulos valores, etc. También la insolvencia está regulada, desde hace muchos años, en una ley especial (hoy ley 24.522 y sus modificatorias). Todas estas leyes configuran verdaderos estatutos, más o menos cerrados, que integran el sistema del derecho privado argentino.

Dado ese fenómeno, la Comisión redactora del proyecto de 2012 tomó la decisión de mantener esas leyes especiales, y modificarlas sólo en aquellos puntos en los que la reforma proyectada las impacta directa y sustancialmente. Así surge del anexo que contiene las leyes derogadas y modificadas. La revisión y modificación de todos los estatutos particulares, además de no estar incluida en la tarea encomendada por el decreto 191/2011, hubiese sido materialmente imposible dentro del plazo de un año establecido en ese acto emanado de la presidencia de la Nación.

Adelanto que la ley 24.522 no se encuentra mencionada entre las que se derogan o modifican, pero este silencio no significa que no existan puntos de contacto.

La Comisión intentó evitar incongruencias, razón por la cual, en algunos casos, el proyecto incorpora la solución de la ley especial, por ej., en materia de privilegios (art. 2579) oponibilidad del boleto (arts. 1170 y 1171), etc., operándose, en cierto sentido, una "comercialización del derecho civil"; en otras, remite directamente a ese ordenamiento para la regulación de la situación de insolvencia, por ej., en materia de mandato (art. 375 inc. i) o de masa sucesoria insolvente (art. 2360), todo ello independientemente del impacto que ciertos cambios en el régimen civil pueden producir en las situaciones de insolvencia (por ej., el relativo al régimen de bienes en el matrimonio).

Estas líneas son una especie de informe, lo más conciso posible (en algún caso limitado a la transcripción del artículo respectivo) sobre el impacto que el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 puede llegar a producir en el régimen concursal argentino y, a su vez, sobre la influencia que ese ordenamiento ha tenido en las soluciones proyectadas en algunas materias específicas.

2. Régimen de afectación de la vivienda

2.1. Los fundamentos

La vivienda ha merecido un tratamiento especial en el Proyecto. Los fundamentos explican: "El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un Capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14.394. Las modificaciones son importantes, en tanto: (a) se autoriza la afectación a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges; (b) la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; (c) se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente; (d) se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que 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; (e) se resuelven problemas discutidos en la doctrina, entre otros: la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario; la admisión de la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley registral que así lo autorizan; la inoponibilidad a los créditos por expensas en la propiedad horizontal y a los créditos alimentarios, etcétera".

2.2. Los problemas existentes en el régimen vigente.

El art. 38 de la ley 14.394 dispone: "El bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en el caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca".

La norma fue objeto de muchas interpretaciones jurisprudenciales referidas a la situación concursal, especialmente en torno a la posibilidad de subrogación real y a los efectos en los supuestos en los que la afectación resulta oponible a unos acreedores pero no a otros. (2)

Ambos problemas (subrogación real y efectos de la inoponibilidad) están vinculados, desde que, no aceptándose la subrogación real, si el inmueble se liquida, se afirma que se ha extinguido el asiento, aun cuando quede un sobrante a favor del propietario; por lo tanto, el resto de los acreedores puede agredir ese sobrante a través de la actuación del síndico. Por el contrario, si se admite la subrogación real, no hay impedimento en sostener que la afectación pasa el monto liquidado.

2.3. La solución del Proyecto.

La primera cuestión (subrogación real) ha sido expresamente resuelta por el proyecto en dos normas: por un lado, el art. 244 admite afectar un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esto significa que, liquidado o subastado el bien, el sobrante queda fuera de la acción de los acreedores que antes de la liquidación no podían agredir ese bien, o sea, los posteriores a la afectación no incluidos entre las excepciones; por el otro, el art. 248, bajo el título "Subrogación real" dispone: La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.

La segunda cuestión (inoponibilidad) fue aclarada por la Corte Federal al decidir que, por ser un derecho disponible, compete exclusivamente al acreedor y no puede ser invocada por el síndico. En efecto, el 10/04/2007, en la causa Baumwohlspiner de Pilevski , Nélida s/ quiebra (3), la máxima autoridad judicial del país decidió que "la sentencia que confirmó la desafectación de un inmueble como bien de familia de acuerdo a lo peticionado por el síndico de la quiebra con base en la existencia de acreedores verificados, de causa o título anterior a la afectación, a pesar de ser manifiesta su falta de interés en sustentar el pedido, importa una exégesis irrazonable del art. 38 de la ley 14.394, que lo desvirtúa y lo torna inoperante en el marco de un instituto que tiene respaldo mediato en el art. 14 de la CN".

La legitimación del síndico —que la Corte rechaza— es la consecuencia ineludible de la posición asumida por varias salas de la Cámara Nacional de Comercio que sostiene que, subastado el inmueble por ser inoponible a cualquier acreedor, el monto se incluye en el concurso y cobran todos los acreedores por igual (anteriores y posteriores). Esta posición, aunque fundada en el art. 49 de la ley 14.394 que entre las causas de desafectación menciona la expropiación, reivindicación o ejecución autorizada, implica confundir la desafectación con la inoponibilidad. Ambas figuras abren el camino a la ejecución del bien, pero tienen distintos presupuestos y producen efectos diferentes. Los supuestos del artículo 38 de la ley 14.394 son de inoponibilidad, y en cuanto tales, proceden sólo respecto al acreedor peticionante, manteniéndose la inscripción del bien de familia respecto a las restantes deudas a las cuales continúa siendo oponible. En cambio, en los casos de desafectación previstos en el artículo 49, el bien de familia queda extinguido, de modo que la totalidad de los acreedores pueden embargarlo y ejecutarlo y, por eso, el síndico está legitimado para reclamar, por la vía correspondiente, la producción de tal efecto.

El proyecto se inclina por la posición más protectora de la vivienda; en este sentido, distingue claramente inoponibilidad y desafectación, resuelve la cuestión de la legitimación y de los efectos, y dispone:

"ARTICULO 249.- Efecto principal de la afectación. La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto:

a) obligaciones por expensas comunes (4) y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;

b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo siguiente;

c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;

d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. (5)

Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva.

Si el inmueble se subasta y queda remanente, se entrega al propietario del inmueble.

En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo". (6)

La desafectación está prevista en el art. 255 que dice:

"Artículo 255.- Desafectación y cancelación de la inscripción. La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden:

a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;

b) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos;

c) a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior;

d) a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios;

e) en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el artículo 249".

Los supuestos de ejercicio abusivo de protección del bien de familia (por ej., inmueble que excede notoriamente las necesidades del deudor y su familia) encontraron respuesta adecuada en la jurisprudencia; el paradigma puede ser individualizado en el caso "Cuenca, Daniela", decidido por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, 14/4/2004 (7); con razón, ese tribunal decidió que los supuestos de ejercicio abusivo no deben ser resueltos eliminando el derecho, sino el abuso, por lo que dispuso: (i) subastar el inmueble; (ii) destinar el 20% de lo liquidado a los efectos de adquirir uno nuevo que responda a las necesidades actuales de la deudora; (iii) otorgar a la deudora el plazo de 60 días para informar sobre el bien adquirido; (iv) afectar el nuevo inmueble al régimen de bien de familia desde la fecha del primer inmueble (v) reenviar el excedente a la quiebra.

Al admitir la subrogación real, y al incorporar el abuso del derecho como una figura aplicable a todo el ordenamiento (ver. Art. 10 en el capítulo 3 del título preliminar (8)) el Proyecto da pie a esta misma solución, aún para los supuestos en los que, tal como ocurrió en el conflicto resuelto por la SC de Buenos Aires, todos los acreedores sean posteriores a la afectación; en aquel caso, la afectación era oponible a todos ellos, pero el abuso era manifiesto, por lo que se admitió la desafectación con los alcances antes reseñados.

3. Régimen patrimonial de bienes en el matrimonio y el pasivo en la unión convivencial

Las implicancias del régimen matrimonial de bienes en el concursal no siempre han sido bien comprendidas. Varios cambios del Proyecto impactan en la ley de concursos y tratan de aclarar algunos puntos discutidos. (9)

3.1. La posibilidad de optar por el régimen de comunidad o el de separación de bienes (art. 446 inc. d y 463) y la solidaridad de las deudas domésticas.

Si el Proyecto se aprueba, el síndico se encontrará con deudores casados por el régimen de comunidad o por el régimen de separación de bienes. En ninguno de los dos, como regla, un cónyuge responde por las deudas del otro.

De todas maneras, cualquiera sea el régimen, los acreedores titulares de las denominadas "deudas domésticas" pueden presentarse al concurso a verificar su crédito, sea o no la contratante la persona concursada o fallida.

El art. 6º de la ley 11.357 determina una obligación concurrente que puede ejecutarse solo sobre los frutos del no contratante; en cambio, el arts. 461, en consonancia con la legislación francesa, dispone:

"Artículo 461. Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes. ...".

Además, para el régimen de comunidad, el 467, 2° párrafo dice:

"Artículo 467. Responsabilidad... Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales".

Esto significa que, a diferencia del régimen vigente, el acreedor de estas deudas puede presentarse al concurso del cónyuge no contratante y pedir verificación al síndico sin la limitación de que su crédito solo puede ser percibido sobre los frutos.

3.2. La solidaridad en las deudas domésticas en la unión convivencial

Uno de los fundamentos de la responsabilidad solidaria por las deudas domésticas de ambos cónyuges frente a los acreedores es el deber de asistencia material existente entre ambos miembros de la pareja. Por eso, no debe extrañar que igual régimen rija para la unión convivencial.

En efecto, el art. 521 dice: "Responsabilidad por las deudas frente a terceros. Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461".

3.3. Eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges

A diferencia del régimen actual, el Proyecto no prohíbe los contratos entre cónyuges. Además, se amplía la posibilidad de constituir sociedades, al permitir el nuevo texto del art. 27 de la LS que integren entre sí sociedades de cualquier tipo, y las reguladas en la Sección IV (sociedad no constituida regularmente). La regla de la validez de estos contratos no implica que no puedan ser atacados por las vías comunes del fraude y la simulación si han sido hechos en perjuicio de los acreedores, circunstancia que los síndicos deberán tener muy especialmente en cuenta.

3.4. Reglas específicas sobre el fraude entre cónyuge

El artículo 473 resuelve la debatida cuestión del fraude entre cónyuges y dispone:

"Fraude. Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo".

Esta norma también puede ser invocada por el síndico y por los acreedores en el concurso o quiebra del cónyuge defraudado.

4. El concurso como causal de disolución de la comunidad de bienes en el matrimonio

El art. 1294 vigente dice:

"Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales..."

Se discute si la norma comprende ambos procesos universales, concurso y quiebra, o uno solo; asimismo, si la causal exige igual requisito que la mala administración.

El Proyecto soluciona ambos problemas y se inclina por la solución mayoritaria. En este sentido dispone:

"ARTICULO 477.- Separación judicial de bienes. La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:

a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;

b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge;

c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse...".

La norma aclara, entonces, que:

(i) Los dos procesos universales (concurso y quiebra) autorizan la petición de separación judicial de bienes.

(ii) La mala administración y el concurso son dos casos distintos; en el primero hay que acreditar que esa mala administración acarrea al otro el peligro de perder su eventual derecho sobre los gananciales; en cambio, esa prueba no es necesaria si se ha declarado el concurso o la quiebra, situaciones que presumen ese riesgo.

Por otro lado, doctrina y jurisprudencia discutieron en torno a quién debe ser el juez competente en esta acción: si el juez de familia o el concursal.

El Proyecto también zanja la cuestión (10) y dice:

"Artículo 717.- Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio. En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta.

Si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competente el juez del proceso colectivo".

5. El régimen de responsabilidad parental

El Código Civil vigente dispone:

Art. 301. — Los padres perderán la administración de los bienes de sus hijos, cuando ella sea ruinosa al haber de los mismos, o se pruebe la ineptitud de ellos para administrarlos, o se hallen reducidos a estado de insolvencia y concurso judicial de sus acreedores. En este último caso podrán continuar con la administración, si los acreedores les permiten y no embargan su persona. (11)

Art. 302. — Los padres, aún insolventes, pueden continuar en la administración de los bienes de sus hijos, si dieren fianzas o hipotecas suficientes.

El Proyecto abandona la expresión patria potestad y recoge la de responsabilidad de los padres, receptada por la ley 26.061. (12)

Además, resuelve de modo parcialmente diferente la situación de insolvencia de los padres; en efecto, la solución no está sujeta a lo que sostengan los acreedores, ni a la inhibición que importa el proceso de quiebra, ni a que ofrezcan fianzas o hipotecas suficientes, sino a lo que decida el tribunal, teniendo en miras el interés superior del niño. En tal sentido, el art. 694 dispone:

"ARTÍCULO 694.- Pérdida de la administración. Los progenitores pierden la administración de los bienes del hijo cuando ella sea ruinosa, o se pruebe su ineptitud para administrarlos.

El juez puede declarar la pérdida de la administración en los casos de concurso o quiebra del progenitor que administra los bienes del hijo".

La solución es más acorde con la situación real (desde que puede ocurrir que no exista otra persona del entorno más apta que el padre) y con el derecho comparado que, en general, no prevé la quiebra como un supuesto específico de pérdida automática de la administración. (13)

6. La eliminación del derecho de usufructo paterno

En el régimen vigente, el usufructo paterno sobre los bienes de los hijos menores puede servir para engrosar la masa a liquidar en la quiebra de uno o ambos padres. En efecto, el art. Art. 287 dispone: Los padres tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales o extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes:... A su vez, el Art. 291 enumera las cargas del usufructo.

La cuestión es importante. En función de este articulado, la Corte Federal ha resuelto que "Los intereses devengados como consecuencia de la demora en el pago de una indemnización a favor de un menor son de propiedad de sus padres". (14)

El proyecto, más acorde con la defensa de los derechos del niño, elimina el usufructo paterno. En la Exposición de motivos se lee: "Se deroga la figura del usufructo paterno porque si los hijos son sujetos de derechos diferentes a sus padres, los frutos de sus bienes no deben ingresar al patrimonio de sus progenitores, sino que deben ser conservados y reservados para ellos. De este modo, la regla es que la renta de los bienes de los hijos le corresponde a éstos, no debiéndose confundir con los bienes de los progenitores; sólo de manera excepcional, los progenitores pueden disponer de ellas previa autorización judicial y por razones fundadas en beneficio de los hijos, debiéndose rendir cuenta. Esta autorización no es necesaria cuando las rentas se destinen para gastos para la subsistencia y educación del hijo, los gastos derivados de la administración de estos fondos y gastos de enfermedad o entierro de los hijos".

La norma proyectada dice:

"Artículo 698.- Utilización de las rentas. Los progenitores pueden utilizar las rentas de los bienes del hijo sin autorización judicial pero con la obligación de rendir cuentas, cuando se trata de solventar los siguientes gastos:

a) de subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir esta responsabilidad a su cargo por incapacidad o dificultad económica;

b) de enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo;

c) de conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo".

Queda claro que las rentas no pertenecen a los padres (por eso deben rendir cuentas) y que sólo pueden ser usadas por éstos con los fines establecidos. Por lo tanto, en el régimen proyectado el síndico nunca podrá solicitar que ingresen a la masa los frutos de los bienes de los hijos del deudor fallido o concursado.

En este sentido, el Proyecto va más allá del Código español, que después de la reforma de 1981, suprimió la figura del usufructo legal, pero permite el levantamiento de las llamadas cargas familiares sin obligación de rendir cuentas, lo que ha hecho decir a algunos autores que "la reforma es más nominal que real, aunque en algunos casos puede conducir a resultados importantes". (15) El artículo 165 del Código Civil español dispone: "Pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria. No obstante, los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones".

7. Los acreedores en el proceso sucesorio. Régimen de los privilegios

Regular la situación de los acreedores en el proceso sucesorio nunca ha sido fácil. (16)

El Proyecto avanza en esta cuestión armonizando el sistema de ese juicio universal (el sucesorio) con el concursal. En este sentido, los arts. 2358 y 2360 disponen:

"Artículo 2358.- Procedimiento de pago. El administrador debe pagar a los acreedores presentados según el rango de preferencia de cada crédito establecido en la ley de concursos".

"Artículo 2360.- Masa indivisa insolvente. En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden peticionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal. Igual derecho, y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores".

Además, en un nuevo intento de unificar el régimen de los privilegios, el Proyecto dispone:

"Artículo 2579.- Procesos universales. Régimen aplicable. En los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos".

O sea, en la sucesión, aún solvente, se paga a los acreedores según el orden establecido en la ley de concursos.

"Artículo 2580.- Privilegios generales. Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales. Se rigen siempre por la ley aplicable a los concursos".

De este modo, se adhiere al criterio mayoritario según el cual en las ejecuciones individuales sólo pueden oponerse privilegios especiales. (17)

A su vez, la regulación de los privilegios especiales es la trasposición al código civil de los arts. 241/245 de la ley de concursos.

Además, en protección de las costas del juicio en la ejecución individual, incluidos los honorarios de los abogados, a la manera de la reserva de gastos prevista en el art. 244 de la L.C., el art. 2585 dispone:

"Artículo 2585.- Reserva de gastos. Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización.

En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor".

8. Derecho de retención

A diferencia de la metodología utilizada por el controvertido art. 3946 (18), a los efectos de dar un tratamiento armonioso al derecho de retención en los supuestos de insolvencia, el Proyecto se remite a la ley de concursos. En tal sentido, dispone

"Artículo 2592. Efectos. La facultad de retención:

a) se ejerce sobre toda la cosa cualquiera sea la proporción del crédito adeudada al retenedor;

b) se transmite con el crédito al cual accede;

c) no impide al deudor el ejercicio de las facultades de administración o disposición de la cosa que le corresponden, pero el retenedor no está obligado a entregarla hasta ser satisfecho su crédito;

d) no impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida, por otros acreedores o por el propio retenedor. En estos casos, el derecho del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente;

e) mientras subsiste, interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede;

f) en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, la retención queda sujeta a la legislación pertinente".

9. Implicancias en el ámbito de la persona jurídica

En todos los ordenamientos (19), la quiebra tiene implicancias en la vida de las personas jurídicas generándose especiales efectos respecto de los acreedores.

En este sentido, la ley de sociedades dispone:

Articulo 94. - La sociedad se disuelve:

...6) Por declaración en quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o concordado resolutorio;

Como es sabido, la ley 24.522 hizo desaparecer la figura del concordato resolutorio contenida en la ley 19.551. El proyecto, concordantemente con esa reforma, dispone:

"Artículo 163.- Causales. La persona jurídica se disuelve por:...

e) la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto".

10. Libros de comercio

El Proyecto avanza sobre la actual regulación de los libros de comercio. En lo que a este tema interesa, el art. 331 dispone:

"ARTÍCULO 331.- Investigaciones. Excepto los supuestos previstos en leyes especiales, ninguna autoridad, bajo pretexto alguno, puede hacer pesquisas de oficio para inquirir si las personas llevan o no registros arreglados a derecho...

La exhibición general de registros o libros contables sólo puede decretarse a instancia de parte en los juicios de sucesión, todo tipo de comunión, contrato asociativo o sociedad, administración por cuenta ajena y en caso de liquidación, concurso o quiebra. Fuera de estos casos únicamente puede requerirse la exhibición de registros o libros en cuanto tenga relación con la cuestión controvertida de que se trata, así como para establecer si el sistema contable del obligado cumple con las formas y condiciones establecidas en los artículos 323, 324 y 325".

De este modo, el concurso o quiebra es uno de los casos de excepción en los que puede decretarse la exhibición general de registros o libros contables. En este sentido, la norma transcripta concuerda con lo dispuesto por los arts. 11 inc. 6 y 88 inc. 4 de la LC.

11. Representación. Forma

También en esta materia, el Proyecto deja a salvo lo dispuesto por la ley concursal. En este sentido, el art. 375 dice:

"Artículo 375.- Poder conferido en términos generales y facultades expresas. Las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. El poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución.

Son necesarias facultades expresas para:...

i) renunciar, transar, someter a juicio arbitral derechos u obligaciones, sin perjuicio de las reglas aplicables en materia de concursos y quiebras".

12. Materia obligacional

12.1. Caducidad de los plazos

Un tema muy discutido en la doctrina es si el concurso preventivo hace caducar los plazos o solo la quiebra produce este efecto. (20)

El debate proviene de la terminología utilizada, tanto por el código civil vigente cuanto por la ley concursal.

En efecto, el Código Civil dispone:

Art. 572.— El deudor constituido en insolvencia y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación.

Art. 753.— Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible contra los codeudores solidarios, que no hubiesen provocado el concurso.

Por su parte, la ley de concursos prevé la caducidad en el caso de quiebra, pero guarda silencio en caso de concurso preventivo

El artículo 128 dispone:

Vencimiento de plazos. Las obligaciones del fallido pendientes de plazo se consideran vencidas de pleno derecho en la fecha de la sentencia de quiebra.

Descuentos de intereses. Si el crédito que no devenga intereses es pagado total o parcialmente antes del plazo fijado según título, deben deducirse los intereses legales por el lapso que anticipa su pago.

En un intento de solucionar estos conflictos, sin perjudicar los derechos del acreedor del deudor concursado, el art. 353 del Proyecto regula:

"Caducidad del plazo. 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. 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".

Además, para los créditos con garantía real el art. 2197 dispone: "Realización por un tercero. Si el bien gravado es subastado por un tercero antes del cumplimiento del plazo, el titular de la garantía tiene derecho a dar por caduco el plazo, y a cobrar con la preferencia correspondiente".

De este modo, se ha intentado no perjudicar los arreglos a los que el deudor concursado pueda llegar con sus acreedores, aclarando que la solución no impide ni la verificación del crédito ni el resto de los derechos acordados por el ordenamiento concursal (por ej., el funcionamiento de la resolución contractual previsto en el art. 20 de la LC).

12.2. Compensación (21)

La compensación en el proceso concursal ha sido siempre materia difícil de resolver.

El art. 130 de la ley 24.522 dispone:

"La compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de la quiebra".

En esta materia también se ha intentado no regular en paralelo, por lo que el art. 930 del proyecto remite a la legislación concursal y dice:

"No son compensables:... f) los créditos y las deudas en el concurso y quiebra, excepto en los alcances en que lo prevé la ley especial".

13. Materia contractual

Mucho se discute, en el derecho nacional y comparado, sobre si existe un derecho contractual de la crisis empresarial. (22) La pregunta es si la insolvencia de uno o de ambos contratantes hace nacer un plano jurídico diferente del derecho contractual clásico o común.

No intento dar una respuesta a tema tan complejo, sino, simplemente, reseñar algunas normas proyectadas que vinculan el derecho de los contratos a la situación de insolvencia.

13.1. Una regla de clausura en la Ley de concursos

El art. 159 (23) de la LC proporciona una regla general de interpretación e integración para aquellos supuestos no regulados:

"Articulo 159.- Casos no contemplados: reglas. En las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general".

En los puntos siguientes analizaré los casos previstos expresamente.

13.2. El boleto de compraventa

El conflicto entre el adquirente por boleto frente a los acreedores del titular registral ha dado lugar a un amplio debate. (24) La cuestión ha sido solucionada en el ámbito concursal, pero no en el de la ejecución individual.

En la Argentina, se pueden visualizar dos tendencias opuestas y varias intermedias.

En un extremo están quienes aplican estrictamente los arts. 2505 del CC y 2º de la ley 17.801 y otorgan prioridad al embargante; razonan del siguiente modo: no hay transmisión del dominio al adquirente y, por lo tanto, éste nada puede oponer al embargante. (25) Dentro de esta posición, algunas sentencias aclaran que la prioridad del embargante requiere ser de buena fe, o sea, no haber conocido, antes de embargar, que el inmueble había sido vendido. (26)

Una tendencia intermedia da prioridad al adquirente por boleto que tuvo acceso registral antes del embargo; se funda en que, en este caso, el embargante sabía o debía saber cuál era la situación del inmueble. (27)

Finalmente, otra da prioridad al adquirente por boleto, siempre que se cumplan ciertos requisitos (28); entre los argumentos esgrimidos se invoca la aplicación a fortiori del art. 1185 bis del CC. Si el adquirente por boleto puede oponer su derecho al concurso, no hay razón para que no se pueda oponer al embargante individual. (29) Esta motivación no ha sido reprochada por la Corte Suprema; en efecto, en un caso decidió que "es improcedente el recurso extraordinario que dio prioridad al boleto de compraventa de fecha cierta anterior al embargo, ya que si bien no puede afirmarse que se trate de un criterio compartido por todos los tribunales, no es menos cierto que ha recibido numerosas adhesiones en el sentido de que si bien el art. 1185 del CC se refiere al concurso o quiebra del vendedor, puede aplicarse la norma frente al acreedor en un proceso ejecutivo, en tanto queden acreditados los recaudos legales y el crédito del comprador sea anterior al del embargante". (30)

El Proyecto se ha inclinado por esta segunda posición.

Recuérdese que el 146 de la ley de concursos dice:

"Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25 %) del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio".

En total paralelismo, el Proyecto dice:

"ARTICULO 1170.- Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si:

a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos;

b) el comprador pagó el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del precio con anterioridad a la traba de la cautelar;

c) el boleto tiene fecha cierta;

d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria".

Por su parte, el artículo 1171, conservado en el Proyecto para respetar la larga historia del art. 1185 bis, dice:

"Artículo 1171.- Oponibilidad del boleto en el 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 veinticinco por ciento (25%) del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio".

13.3. Contratos con prestación personal del fallido, de ejecución continuada o normativos. Una regla de la ley 24.522.

El art. 147 de la LC dispone: "Los contratos en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irreemplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y los normativos, quedan resueltos por la quiebra. Los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución, quedan comprendidos en esta disposición". (31)

El Proyecto contiene varias normas concordantes con la transcripta

a) Para el mandato (32)

"Artículo 380. Extinción. El poder se extingue:... g) por la quiebra del representante o representado..."

b) Para la cuenta corriente bancaria (33)

"Artículo 1404.- Cierre de cuenta. La cuenta corriente se cierra:

b) por quiebra, muerte o incapacidad del cuentacorrentista;

c) por revocación de la autorización para funcionar, quiebra o liquidación del banco;

d) por las demás causales que surjan de la reglamentación o de la convención.

c) Para la cuenta corriente. (34)

"Artículo 1441.- Extinción del contrato. Son medios especiales de extinción del contrato de cuenta corriente:

a) la quiebra, la muerte o la incapacidad de cualquiera de las partes..."

d) Para el contrato de agencia (35)

"Artículo 1494.- Resolución. Otras causales. El contrato de agencia se resuelve por:

a) muerte o incapacidad del agente;

b) disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de fusión o escisión;

c) quiebra firme de cualquiera de las partes..."

e) Para el contrato de concesión

"Artículo 1509.- Resolución del contrato de concesión. Causales. Al contrato de concesión se aplica el artículo 1494".

13.4. Otros contratos.

El Proyecto se pronuncia expresamente sobre los efectos del proceso concursal en algunos de los contratos que se incorporan al Código Civil unificado, en algunos casos, trasponiendo el artículo vigente contenido en la ley especial. Así, por ej.

a) Contrato de leasing (36)

"Articulo 1237. Oponibilidad. Quiebra. Son oponibles a los acreedores de las partes los efectos del contrato debidamente inscrito. Los acreedores del tomador pueden subrogarse en los derechos de éste para ejercer la opción de compra.

En caso de concurso o quiebra del dador, el contrato continúa por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opción de compra en el tiempo previsto.

En caso de quiebra del tomador, dentro de los sesenta -60- días de decretada, el síndico puede optar entre continuar el contrato en las condiciones pactadas o resolverlo. En el concurso preventivo, el deudor puede optar por continuar el contrato o resolverlo, en los plazos y mediante los trámites previstos en el artículo 20 de la Ley 24.522. Pasados esos plazos sin que haya ejercido la opción, el contrato se considera resuelto de pleno derecho, debiéndose restituir inmediatamente el bien al dador, por el juez del concurso o de la quiebra, a simple petición del dador, con la sola exhibición del contrato inscrito y sin necesidad de trámite o verificación previa. Sin perjuicio de ello, el dador puede reclamar en el concurso o en la quiebra el canon devengado hasta la devolución del bien, en el concurso preventivo o hasta la sentencia declarativa de la quiebra, y los demás créditos que resulten del contrato".

b) Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio

"Artículo 1429.- Normas aplicables. Los contratos celebrados en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en tanto éstos sean autorizados y operen bajo contralor estatal, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control. Estas normas pueden prever la liquidación del contrato por diferencia; regular las operaciones y contratos derivados; fijar garantías, márgenes y otras seguridades; establecer la determinación diaria o periódica de las posiciones de las partes y su liquidación ante eventos como el concurso, la quiebra o la muerte de una de ellas, la compensación y el establecimiento de un saldo neto de las operaciones entre las mismas partes y los demás aspectos necesarios para su operatividad".

c) Contrato de fideicomiso (37)

El artículo 9º de la ley 24.441 dispone: "El fiduciario cesará como tal por...

d) Por quiebra o liquidación"

A su vez, la ley 25.284 que regula el fideicomiso de entidades deportivas dispone que el órgano fiduciario debe estar compuesto por tres miembros. (38)

Además, la ley de fideicomisos dispone:

"La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24".

En consonancia, el proyecto establece:

"Artículo 1687.- Deudas. Liquidación. Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo son satisfechas con los bienes fideicomitidos. Tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de éstos.

Lo dispuesto en este artículo no impide la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales, si así corresponde.

La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está 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

d) Derecho real de tiempo compartido. (39)

La ley 26.356 que regula el Sistema de tiempo compartido (STTC) dispone

Artículo 12. - Efectos de la constitución del STTC. La inscripción del título constitutivo en el Registro de la Propiedad del Inmueble competente determinará: ...

b) La oponibilidad de los derechos adquiridos por los usuarios, al acreedor hipotecario que consintiere la constitución del STTC y al que la conociere al tiempo de constituirse el gravamen, como así también a los sucesivos titulares de dominio o de otros derechos de cualquier naturaleza sobre los bienes afectados al STTC;

c) La intangibilidad de los derechos adquiridos por los usuarios, que no podrán ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

El Proyecto dice:

"Artículo 2093.- Efectos del instrumento de afectación. La inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad determina:

b) la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

13.5. Contratos asociativos

La ley de sociedades vigente regula los contratos de la colaboración empresaria (arts. 367 y ss.) y reconoce dos subtipos: las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas

Para la unión transitoria de empresas dispone: Artículo 383. - La quiebra de cualquiera de las participantes o la incapacidad o muerte de los empresarios individuales no produce la extinción del contrato de unión transitoria que continuará con los restantes si éstos acordaren la forma de hacerse cargo de las prestaciones ante el comitente. (40)

El Proyecto incorpora cuatro tipos de contratos asociativos (arts. 1442/78)

- Negocios en participación

- Agrupación de cooperación

- Uniones transitorias

- Consorcios de cooperación

Las normas relativas a las situaciones de insolvencia disponen:

"Artículo 1461.- Extinción. El contrato de agrupación se extingue:

d) por incapacidad, muerte, disolución o quiebra de un participante, a menos que el contrato prevea su continuación o que los demás participantes lo decidan por unanimidad;

En cambio, la solución difiere para el contrato de consorcio de cooperación.

"Artículo 1478.-... La muerte, incapacidad, disolución, liquidación, concurso preventivo, cesación de pagos o quiebra de alguno de los miembros del consorcio, no extingue el contrato, que continúa con los restantes, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente".

La diferencia se justifica en los distintos propósitos perseguidos con una y otra figura; conforme los artículos 1453 y 1454: "hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades"; "la agrupación, en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas. La agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros". La mayor inclinación al aspecto subjetivo de la relación en la agrupación justifica que se extinga, como regla, frente a las situaciones de insolvencia.

13.6. Contrato de fianza (41)

a) beneficio de excusión

El Código Civil vigente dice: Art. 2013. No le es necesaria al acreedor la previa excusión en los casos siguientes... 5) Si el deudor hubiese quebrado, o se hallare ausente de su domicilio al cumplirse la obligación;

El Proyecto dispone:

"Artículo 1584.- Excepciones al beneficio de excusión. El fiador no puede invocar el beneficio de excusión si:

a) el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra..."

b) caducidad del plazo

El código civil vigente dice: Art. 753. Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible contra los codeudores solidarios, que no hubiesen provocado el concurso.

El proyecto dispone:

"Artículo 1586.- Subsistencia del plazo. No puede ser exigido el pago al fiador antes del vencimiento del plazo otorgado al deudor principal, aun cuando éste se haya presentado en concurso preventivo o haya sido declarada su quiebra, excepto pacto en contrario".

13.7. Contrato de cesión de derechos. (42)

El CC vigente dice: Art. 1464. En caso de quiebra del cedente, la notificación de la cesión, o la aceptación de ella, pueden hacerse después de la cesación de pagos; pero sería sin efecto respecto a los acreedores de la masa fallida, si se hiciese después del juicio de la declaración de quiebra.

En un intento de hacer más clara la redacción, el Proyecto dispone:

"Articulo 1623. Concurso o quiebra del cedente. En caso de concurso o quiebra del cedente, la cesión no tiene efectos respecto de los acreedores si es notificada después de la presentación en concurso o de la sentencia declarativa de la quiebra.

"Artículo 1630.- Garantía de la solvencia del deudor. Si el cedente garantiza la solvencia del deudor cedido, se aplican las reglas de la fianza, con sujeción a lo que las partes hayan convenido.

El cesionario sólo puede recurrir contra el cedente después de haber excutido los bienes del deudor, excepto que éste se halle concursado o quebrado".

14. Palabras de cierre

La presentación del articulado proyectado ha pretendido ubicar al lector en los principales temas en los que las situaciones de insolvencia tienen puntos de contacto con el derecho común. Espero que estas líneas sirvan, al menos, para facilitar su mejor comprensión.

 (\*) Comunicación de la Académica, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 9 de agosto de 2012.

 (1) PEDRALS, Antonio, "La innovación jurídica", Valparaíso, Ed. Edeval, 1976, p. 17.

 (2) Compulsar, de mi autoría, "Protección jurídica de la vivienda familiar", Buenos Aires, Hammurabi, 1995; "La vivienda en el Proyecto de Código único de 1998", en Revista Derecho de Familia, Abeledo Perrot, N° 18, 2001, p. 9; "Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar", en "Protección Jurídica de la Persona, Homenaje al Dr. Julio César Rivera", Buenos Aires, La Ley, 2010-243.

 (3) LA LEY, 2007-D, 18. La sentencia fue comentada por CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., "Bien de familia en la quiebra: facultades del síndico en la interpretación de la CSJN", en LA LEY, 2007-C, 469 y por ANCHAVAL, Hugo, "Concursos. Bien de familia. Sindicatura Legitimación. El síndico tullido, en Rev. Doc. Societaria y concursal", Errepar n° 236/7, 2007, p. 684.

 (4) La mención expresa de las deudas por expensas comunes de la propiedad horizontal soluciona un problema vigente en la jurisprudencia; se inclina por la posición mayoritaria, que entiende que la afectación no puede perjudicar un régimen que encuentra en el pago puntual de las expensas su propia supervivencia (Ver, entre otros, Cám. Nac. Civ. sala K, 24/4/2009, Doc. Jud. , n° 43, 28/10/2009, p. 3071).

 (5) El conflicto entre el crédito alimentario y la afectación del bien de familia ha sido objeto de numerosos estudios (Ver, entre muchos, HERRERA, Marisa, "Bien de Familia y crédito alimentario. Cuando la ley está en deuda" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Bien de Familia, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 281 y sus citas). Se trata de un tema difícil de solucionar en tanto en el inmueble pueden estar viviendo otros titulares de prestaciones alimentarias que se verían privados de vivienda por la ejecución solicitada por uno de ellos. El Proyecto adopta una solución intermedia; si se trata de créditos posteriores a la afectación, el inmueble sólo puede ser agredido por algunos acreedores de alimentos, los más vulnerables, o sea, los menores de edad, los incapaces y aquellos con capacidad restringida.

 (6) En todos los casos, las bastardillas marcadas en el texto no responden al original; tienen por único propósito subrayar o llamar la atención sobre los puntos modificados.

 (7) LA LEY, 2004-F, 822 y Lexis Nexis, Buenos Aires 2007/1/9.

 (8) "Artículo 10. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

 (9) Ver, de mi autoría, "Primeras aproximaciones al tema Insolvencia y Régimen de bienes en el Matrimonio", Anales de la Academia Nacional de Derecho Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLVI, N° 39, 2002; compulsar también, entre otros, FERRER, Francisco, "Régimen patrimonial y concurso del cónyuge", en Libro homenaje al Prof. Dr. Ricardo S. Prono, Santa Fe, Ed. Universidad Nacional del Litoral, 2010, p. 165; en la misma obra (p. 233 y ss.), MENDEZ COSTA, M. Josefa, "Protección del derecho conyugal a los gananciales ante el concurso del cónyuge".

 (10) Ver, por ej., CNCom.,, sala D, 26/10/2001, y sus citas, JA, 2002-II-125: "Corresponde radicar el proceso de disolución de la sociedad conyugal, concluido en sede civil, ante el juez de la quiebra, si la cuestión pendiente puede afectar los intereses del juicio concursal".

 (11) La terminología del código civil no se adecua a la del derecho procesal. Evidentemente, el artículo transcripto en el texto se refiere a la inhibición.

 (12) Los fundamentos explican: "El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario remplazar la expresión "patria potestad" por la de "responsabilidad parental", denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra "potestad", de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la "potestas" del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo "responsabilidad" implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente. Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo: algunos ordenamientos han cambiado la denominación de "patria potestad" por la de "autoridad parental"; otros por "responsabilidad parental" como acontece, por ejemplo, en el Reglamento del Consejo Europeo nº 2201/03 del 27/03/2003 -también denominado "Nuevo Bruselas II"- se refiere a la "Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental"; la ley 26.061 y varias legislaciones locales receptan de manera genérica la expresión "responsabilidad familiar" al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al Código Civil".

 (13) Para el derecho italiano ver, por ej., MONTECCHIARI, Tiziana, "La potestà dei genitori", Milano, Giuffrè, 2006, p. 241 y ss.; RUSCELLO, Francesco, "La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali", arts. 320-323, Milano, Giuffrè, 2007.

 (14) CSN, 5/3/2002, Rev. D. de Familia, 2003-I-123.

 (15) Para el tema, ver, LLAMAS POMBO, Eugenio, "El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad", Madrid, Trivium, 1993, p. 38.

 (16) Compulsar, de mi autoría, "Los acreedores quirografarios del causante", en Sucesiones, Libro homenaje a la Dra. María J. Méndez Costa, Santa Fe, Rubinzal, 1991, pp. 57/93.

 (17) Compulsar, de mi autoría, "Los privilegios en el proceso concursal", Buenos Aires, Astrea, 1975; Comentario a los artículos 3845 a 3946, en Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. "Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles", obra dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci, Claudio Kiper y Félix Alberto Trigo Represas, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006.

 (18) Para el tema ver, de mi autoría, "Comentario a los artículos 3845 a 3946, en Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles", obra dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci, Claudio Kiper y Félix Alberto Trigo Represas, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006.

 (19) Para amplios datos de la jurisprudencia italiana, ver, entre muchos, SPERANZINI, Marco, "Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche", en Giurisprudenza commerciale, anno VVVII, 2000, Parte Seconda, pp. 285/II.

 (20) Para el tema y las diferentes posiciones ver GRANADOS, Ernesto, "La exigibilidad de los privilegios en el derecho concursal", Santa Fe, Rubinzal, 2003 y la doctrina allí citada, en especial, capítulo II, III y IV. Compulsar también PRÍNCIPE, Silvina, "Efectos de la apertura del concurso preventivo sobre las obligaciones no vencidas", en Rouillon, Adolfo (director), Derecho concursal, Buenos Aires, La Ley, 2004-631, y sus citas.

 (21) Compulsar la antigua tesis de COTTANCE, Francis, "De la compensation des créances dans la faillite ou la liquidation judiciaire", Paris, Ed. L. Marpon, 1899. Para el derecho argentino ver ALONSO, Daniel F., "La compensación y el concurso preventivo", en ROUILLON, Adolfo (director), Derecho concursal, Buenos Aires, La Ley, 2004-1 y ss.; para el uruguayo, MANTERO MAURI, E. y SANZ, Laura Chalar, "Compensación en la quiebra", Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 2006; para el italiano, SCALINI, Paolo, "La compensazione nel fallimento", Milano, Giuffrè, 1998.

 (22) Compulsar en el derecho nacional, entre muchos, ROITMAN, Horacio, "Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes", Buenos Aires, Rubinzal, 2005; del mismo autor, "Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes", 2° ed., Buenos Aires, Ed. Rubinzal, 2005; para el derecho italiano, que tanta influencia tiene sobre el argentino en la materia, entre otros, BONSIGNORI, Angelo ed altri, "I contratti nelle procedure concorsuali", Milano, Giuffrè, 1992; BLANDINI, Mario e DE COSTANZO, Marta, "Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza", Milano, Giuffrè, 2005; GUGLIELMUCCI, Lino, "I contratti nel fallimento", en Cendon, Paolo (a cura di), "I contratti in generale", Torino, Utet, 2000, p. 159 y ss.; SPARANO, Vincenzo y SPARANO, Biancamaria, "La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali", Padova, Cedam, 2002. Para el moderno derecho español concursal, MORENO SÁNCHEZ MORALEDA, Ana, "Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales", Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; para el derecho francés, JOUFFIN, Emmanuel, "Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective", Paris, LGDJ, 1998.

 (23) Ver, entre otros, HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de derecho concursal", Buenos Aires, Ábaco, 2005, t. 5, p. 620 y ss.

 (24) Ver, de mi autoría, Comentario al art. 2º de la ley 17.801, en ZANNONI-KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Código civil comentado, anotado y concordado", Buenos Aires, Astrea, 2012, t. 13, p. 76 y ss.

 (25) Cám. 5° Civ. y Com. de Córdoba, 19/8/2005, La Ley Córdoba, 2006-64; Conf. voto de la minoría (Dr. Butty), CNCom., sala B, 28/6/2002, JA, 2003-I-75.

 (26) TSJ Córdoba, sala civil y comercial, 3/4/2009, Foro de Córdoba, n° 131, año XIX, mayo 2009, pág. 183 y La Ley Córdoba, 2009-954.

 (27) CNCom.,, sala B, 28/6/2002, JA, 2003-I-75; CSTucumán, sala civil y penal, 12/3/2004, elDial - AA1F43; La Ley Noroeste, 2004-1092.

 (28) Ver Suprema Corte de Mendoza en pleno, 30/5/1996, Voces Jurídicas 1996-3-197, JA, 1997-I-83 y reseñado en RDC y Comunitario 2002-2-489. Esta Corte resolvió la situación del adquirente de inmuebles por boleto, sin escrituración, desde la perspectiva de la acción de oponibilidad o de la tercería de mejor derecho. Igual criterio había tenido en el plenario anterior del 6/12/1991 (J. de Mza. 41-5, Foro de Cuyo n° 4-99, LA LEY, 1992-B, 160; DJ, 1992-1-1093, Rev. Notarial n° 912-409 y ED, 147-437); conf. CJ Catamarca, 12/8/2005, La Ley Noroeste 2005-1405. Compulsar, asimismo, PUERTA de CHACON, Alicia, "Algunos conflictos actuales entre posesión y registro", JA, 2007-I-1084.

 (29) Los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales relativos a la aplicación del 1185 bis a la ejecución individual han sido reseñados cuidadosamente en la sentencia de la CNCom., sala D, 3/8/2011, JA 2012-I-94. Un amplio panorama doctrina y jurisprudencial puede verificarse en HERNANDEZ, Carlos A. y SOZZO, Gonzalo, "Adquirente por boleto de compraventa y acreedor embargante. Balance del conflicto en la doctrina y jurisprudencia argentina en Homenaje a los congresos nacionales de derecho civil", Córdoba, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. II, p. 1225. Los autores destacan que la ley 26.631 de reforma a la ley de protección de los consumidores ha significado un nuevo hito en la protección del adquirente por boleto.

 (30) CSN 26/9/2006, LA LEY, 2007-F, 499, con nota de VAZQUEZ, Gabriela, "Poseedor de boleto y embargo. La Corte hizo suyo el dictamen de la Procuradora fiscal".

 (31) Compulsar HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de derecho concursal", Buenos Aires, Ábaco, 2005, t. 5, p. 232 y ss.

 (32) Compulsar MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Mandatos", Buenos Aires, Rubinzal, 1996, p. 409. Para el tema en Italia, ver MOSCO, Luigi, "La representación voluntaria", trad. por F. Cerrillo Quilez, Barcelona, Nereo, 1963, capítulo XX, p. 559 y ss; BALDINI, Gianni, "Mandato e fallimento dei contraenti", en Alcaro, Francesco (a cura di), "Il mandato", Milano, Giuffrè, 2000, p. 617 y sus citas bibliográficas; del mismo autor, "Il mandato, Camerino", Halley, 2006, p. 252 y ss.; CARPINO, Brunetto, "I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione", Torino, Giappichelli, p. 174; MANZO, Domenico, "La disciplina del mandato, della commissione e della spedizione nel fallimento", en Fauceglia e Panzani (diretto da) "Fallimento e altre procedure concorsuali", Torino, Utet, 2009, t. 2, p. 817; BRAN, Enrico, "Mandato, commissione e spedizione", en GUGLIELMUCCI, Lino (a cura di), "I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali", Padova, Cedam, 2006, p. 115.

 (33) Ver, HEREDIA, Pablo, "La cuenta corriente bancaria frente al concurso preventivo y la quiebra", en Rouillon, Adolfo (director), Derecho concursal, Buenos Aires, La Ley, 2004-313. Compulsar, además, GOMEZ LEO, Osvaldo, "El contrato de cuenta corriente bancaria frente al concurso y la quiebra del cuentacorrentista", en Gómez Leo (director) y Negre de Alonso, L. (vicedirectora), "Derecho concursal", Buenos Aires, Ed. Universidad Austral/Rubinzal, 2002, p. 199; para el tema en Italia, ver STESURI, Aldo, "Rapporti tra contratti bancari e concordato preventivo", Padova, Cedam, 2004, p. 113 y ss.; POLACCO, Paolo, "Il conto corrente ordinario e il conto corrente bancario", en GUGLIELMUCCI, Lino (a cura di), "I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali", Padova, Cedam, 2006, p. 191.

 (34) Compulsar, TRUJILLO DIEZ, Iván J., "Los efectos del concurso sobre el contrato de cuenta corriente", Navarra, Aranzadi, 2003. Para la situación en Italia, BLANDINI, Mario e DE COSTANZO, Marta, "Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza", Milano, Giuffrè, 2005, capítulo XVI, p. 253 y ss.

 (35) Ver ESPARZA, Gustavo, "El leasing y los procesos concursales", JA, 2012-I-1208; GRISPO, Jorge D., "Algunas consideraciones sobre el contrato de agencia en la quiebra", en Gómez Leo (director) y Negre de Alonso, L. (vicedirectora), "Derecho concursal", Buenos Aires, Universidad Austral/Rubinzal, 2002, pág. 211. En la misma obra (p. 349 y ss.) ver MARZORATI, Osvaldo, "Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes". Para el tema en Italia, ver BURSCHETTA, Ernestino, "Contratto di agencia e fallimento del preponente", Milano, Giuffrè, 2004; GUGLIELMUCCI, Enrico, "Agenzia e mediazione", en Guglielmucci, Lino (a cura di), "I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali", Padova, Cedam, 2006, p. 165. Para la cuestión en España y las sucesivas reformas, ver MARTINEZ FLOREZ, Aurora, "Reforma de la ley sobre contrato de agencia", en Rojo, A. y Beltrán, E. (directores) "Comentario de la ley concursal", Madrid, Thomson-Cívitas, 2004, t. II, p. 3319 y en Rev. de Derecho Mercantil, Madrid, n° 222, Oct-Dic. 1996, p. 1143; LARA GONZALEZ, Rafael, "Las causas de extinción del contrato de agencia", Madrid, Civitas, 1998, capítulo V, p. 335 y ss.

 (36) Ver MAFFIA, Osvaldo, "Aspecto de la nueva ley de concursos. El régimen del leasing y su incidencia en la verificación de créditos", LA LEY, 1996-A, 1472; GAMES, Luis y ESPARZA, Gustavo, "Aspectos concursales de la nueva ley de leasing (ley 25.248)", ED, 189-539; WALKER, María C., "Leasing y falencia de las partes", en Libro homenaje al Prof. Dr. Ricardo S. Prono, Santa Fe, Ed. Universidad Nacional del Litoral, 2010, p. 415; MEDICI, Rubén, "El contrato de leasing frente al concurso o quiebra de alguna de las partes", en Rouillon, Adolfo (director), "Derecho concursal", Buenos Aires, La Ley, 2004-483. Para la situación en Italia, BASTIANON, Stefano, "Il leasing nel fallimento", Milano, Giuffrè, 1999; APICE, Umberto, "Il contratto di leasing nelle procedure concorsuali", Padova, Cedam, 1991; MANENTE, Diego, "Leasing", en Guglielmucci Lino (a cura di), "I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali", Padova, Cedam, 2006, p. 697; BLANDINI, Mario e DE COSTANZO, Marta, "Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza", Milano, Giuffrè, 2005, capítulo VIII, p. 155 y ss.

 (37) Compulsar GAMES, Luis y ESPARZA, Gustavo, "Fideicomiso y Concursos", Buenos Aires, Depalma, 1997; ARAYA, Miguel, "Fideicomiso y concursos", en Libro homenaje al Prof. Dr. Ricardo S. Prono, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2010, p. 89; GRAZIABILE, Darío, "Insolvencia y fideicomiso", LA LEY, 2005-A, 1363; FAVIER DUBOIS, E. (padre e hijo), "El contrato de fideicomiso frente al régimen concursal: cuestiones generales y particulares, en Doctrina Societaria y concursal", Buenos Aires, Errepar, n° 294, Mayo 2012, p. 373.

 (38) Ver TRUFFAT, E. Daniel, "La ley 25.284. Fideicomiso de entidades deportivas, y lo que "en sí y para sí dispone"", en Rouillon, Adolfo (director), "Derecho concursal", Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 863; compulsar también JUNYENT BAS, Francisco, "El salvataje de las entidades deportivas y la alternativa del gerenciamiento", ED, 234-803; GRISPO, Jorge D., "Régimen especial de administración de las entidades deportivas con dificultades económicas. Fideicomiso de administración con control judicial. Ley 25.284", Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

 (39) Para el tema, ver Puerta de Chacón, comentario al art. 12 ley 26.356, en ZANNONI-KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Código civil comentado, anotado y concordado", Buenos Aires, Astrea, 2012, t. 13, p. 490.

 (40) Ver MARTORELL, Ernesto E., "Tratado de concursos y quiebras, Buenos Aires", Depalma, 1998, t. I p. 405; CRESPIN, Marina, "La Ute y las Ace ante el concurso y la quiebra", Rev. de las sociedades y concursos, Buenos Aires, Ad Hoc, n° 29, Julio/agosto 2004, p. 101; para el tema en Italia, CENSONI, Paolo F., "Associazione temporanea di imprese e procedure concorsuali", en Giurisprudenza Commerciale, anno XXIX-2002, Milano, Giuffrè, Parte prima, págs. 181/I; D'AIUTO, Daniele, "Gli effetti del fallimento nell'associazione in partecipazione", en Fauceglia e Panzani (diretto da) "Fallimento e altre procedure concorsuali", Torino, Utet, 2009, t. 2, p. 817; GUGLIELMUCCI, Lino, "L'associazione in partecipazione", en Guglielmucci, Lino (a cura di), "I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali", Padova, Cedam, 2006, p. 111; y en España, GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio, "Contratos sobre la comunidad de bienes y figuras afines", Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 184.

 (41) Compulsar PERDICES HUETOS, Antonio, "Fianza y concurso. Las garantías personales en la ley concursal, Navarra", Civitas, 2005; CARRASCO PERERA, Ángel, "Los derechos de garantía en la ley concursal", 3ª ed., Pamplona, Civitas/Thomson, 2009, p. 281 y ss.

 (42) Ver RICHARD, Efraín H., "El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos", en Alferillo, Pascual y otros (coordinadores) Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Luis Moisset de Espanés, Córdoba, Advocatus, 2010, t. I, p. 515; compulsar también, GIATTI, Gustavo y ALONSO, Juan I., "Cesión de créditos en garantía y concurso preventivo", en Rev. de Derecho Privado y comunitario, 2011-2, p. 205.

# Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 18/05/2004 “González, Feliciana c. Microómnibus General San Martín S.A.C.” AR/JUR/865/2004

Publicado en: Sup. CyQ 2004 (septiembre) , 30, con nota de Jorge Mosset Iturraspe; IMP2004-B, 2883 - LLBA 2004 , 818, con nota de Darío J. Graziabile; Sup. CyQ 2004 (noviembre) , 38, con nota de Edgardo D. Truffat; LA LEY 2004-E , 740, con nota de Jorge Mosset Iturraspe;

Cita Online: AR/JUR/865/2004

Hechos:

La Cámara de Apelaciones confirmó la resolución de primera instancia que, haciendo lugar a un incidente de pronto pago, ordenó pagarle a una mujer de 78 años de edad, el 60% del monto obtenido en una sentencia respecto de los daños causados por la empresa de colectivo concursada, pese a existir un concordato que establecía una quita del 40% y que el mismo iba a ser cancelado en 17 años.

Sumarios:

1 . Si bien el acuerdo al que llegó el concursado con sus acreedores es ley para las partes, esta ley es inconstitucional para la víctima del accidente de tránsito que obtuvo sentencia favorable en un proceso por daños y perjuicios -en el caso, verificó su crédito tardíamente, cuando el concordato ya estaba homologado-, ya que atenta contra su derecho a la vida teniendo en cuenta su avanzada edad y que el acuerdo se terminará de cumplir en diecisiete años, lo que implicaría que su crédito se transformaría en un crédito para sus herederos de aplicarse a ultranza el principio de igualdad de los acreedores.

2 . Corresponde confirmar la resolución que ordena adelantar el pago de un crédito concursal por indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito -en el caso, la actora concurrió a la verificación tardía-, teniendo en cuenta la avanzada edad de la víctima -78 años- y el tipo de crédito que ejecuta, pese a no ajustarse al acuerdo homologado, ya que el principio de igualdad frente a los acreedores no es aplicable cuando está comprometido el derecho a la vida de un acreedor, mientras que a los demás sólo les menoscaba el derecho de propiedad.

3 . Cuando por razones económicas se limita un derecho humano básico hasta hacerlo inexistente o se contraría la esencia de ese derecho, el juez está obligado a declarar la inconstitucionalidad del acto lesivo, sea que este provenga de una norma legislativa o de un acuerdo general concursal -en el caso, se admite el pago adelantado de una indemnización reclamada por una persona de setenta y ocho años porque el acuerdo homologado establece un plazo de diecisiete años para su cumplimiento-, sin que a ello obste que se trate del mismo magistrado que homologa el acuerdo el que lo declara inoponible para el caso concreto, en tanto al homologarlo ignoraba la existencia del acreedor tardío.

Texto Completo:

2ª Instancia.- San Isidro, mayo 18 de 2004.

¿Debe confirmarse la resolución apelada?

La doctora Medina dijo:

I.1. Se alza a fs. 41 (I) la concursada contra lo resuelto a fs. 33/39 por el juez de grado anterior; recurso que se le otorga a fs. 42. El memorial corre a fs. 46/62 y corrido traslado del mismo a la parte apelada por auto de fs. 63, la incidentista lo contesta a fs. 64/65vta.

2. La empresa concursada se agravia porque el Juzgador hizo lugar a lo pedido por González ordenando el pago de $34.548 en 24 cuotas, cancelación esta -dice- que resulta improcedente por no tratarse de un crédito laboral y contrariar la novación y cosa juzgada que emanan de la homologación brindada al acuerdo oportunamente ofrecido por la concursada en los autos principales. Cuestiona asimismo la imposición de costas.

Por motivos de claridad considero oportuno hacer un relato de los antecedentes del caso.

A ) Antecedentes fácticos.

3. Feliciana González sufrió un accidente en junio de 1992 mientras viajaba en un colectivo de la empresa de transporte "Microómnibus General San Martín, S.C.A.".

4. Al momento del evento dañoso la víctima tenía 65 años y sufrió lesiones que le produjeron una disminución del 40% de su capacidad funcional; entre otros padecimientos sufrió una quebradura de cadera y una operación de artroplastía parcial con prótesis de Thompson y a consecuencia de ellos requiere tratamientos médicos y psicológicos.

5. En octubre de 1998 González obtuvo sentencia de primera instancia que, 6 años después del hecho le reconoce su derecho a ser indemnizada. (ver fs. 339/347 del expediente "González, Feliciana c. Microómnibus General San Martín s/daños y perjuicios" que tengo a la vista en tres cuerpos).

6. El 10 de diciembre del año 2001 se dictó sentencia de segunda instancia en dicha causa y tras -casi- diez años de litigio la actora vio firme el reconocimiento de su derecho a la indemnización (ídem, fs. 426/27).

7. Pero entre el pronunciamiento de primera y el de segunda instancia, con fecha 2 de febrero de 1999 "Microómnibus General San Martín, S.A.C." se presentó en concurso preventivo y logró un acuerdo con sus acreedores que fue homologado en diciembre de 1999. El acuerdo consistió en una quita del 40% y un pago en 18 cuotas anuales venciendo la primera el 30 de diciembre del año 2002 (fs. 4804/4806, cuerpo XVI del concurso que en este acto tengo a la vista).

8. Ante el concursamiento del obligado al pago González se presenta ante el concurso de la compañía de transporte, realiza un incidente de verificación tardía en el año 2003 y se le verifica su acreencia por la suma de $86.371 como quirografaria.

9. La víctima solicita al juez del concurso que se le realice un pronto pago en razón de su edad. Y el a quo valorando la edad de la peticionante quien hoy tiene 78 años; que ha sido víctima de un daño que le produce un 40% de incapacidad y que de estar al acuerdo homologado recién dentro de 17 años podría cobrar el 60% de la indemnización por incapacidad, decide un adelantamiento del pago, basado en las normas constitucionales y supraconstitucionales que obligan el respeto a la salud y al derecho a la propiedad de valor superior.

10. Interpreta el magistrado de la instancia anterior que el pedido tiene basamento en las prerrogativas constitucionales a la salud e integridad física y a la vida, las cuales encuentran expreso reconocimiento en los arts. 14 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

11. Además señala el sentenciante de primera instancia que someter el crédito de Feliciana González que cuenta con 77 años a la espera del acuerdo homologado, importaría afectar el derecho de propiedad amparado por el art. 17 de la Carta Magna, porque al finalizar la espera tendría 96 años y por la expectativa de vida promedio la espera traería como consecuencia la no percepción del crédito.

12. Este es el pronunciamiento apelado por el apoderado de la concursada, quien señala que el adelantamiento del pago a uno de los acreedores quirografarios no está contemplado legalmente y que por tanto carece de fundamento jurídico.

B ) Premisas.

13. Para resolver el presente expediente he de partir de las siguientes premisas.

a) Este tribunal se encuentra ante un caso excepcional y límite.

b) La concursada ha lesionado a la actora en su salud, e integridad física, hace más de doce años y de serle oponible el acuerdo que esta firmó con todos sus acreedores sólo dentro 17 años la víctima podría cobrar completamente el 40% de su acreencia, para lo cual debería vivir hasta los 96 años.

c) Atento a la edad de la mujer a quien se le menguó el 40% de su capacidad, de estarse a los términos del acuerdo jamás podría cobrar su acreencia, ni acceder a los tratamientos médicos adecuados.

d) Está en juego el derecho a la salud y el derecho a la propiedad de la víctima de clara raigambre constitucional, frente al no menos claro derecho a la autonomía de la voluntad y al concurso preventivo del deudor y de los acreedores.

e) Para solucionar el conflicto resulta ineludible tener en cuenta la jerarquía de los derechos constitucionales violados.

14. Partiendo de estas premisas me abocaré al tratamiento de los agravios que básicamente consisten en que al adelantar el pago a González se ha violado la "pars conditio creditori" y que el juez se ha apartado del acuerdo homologado sin ninguna base normativa.

C) Principio de igualdad de los acreedores. Como principio de derecho común no absoluto.

15. Resulta indiscutible que la materia concursal se halla regida por un principio fundamental cual es el de la igualdad de los acreedores (par condictio creditorum). En virtud del cual y por regla general, todos los acreedores han de soportar igualitariamente el efecto del acuerdo preventivo o resolutorio homologado, dando las mismas quitas, esperas u otras estipulaciones al deudor común.

16. En realidad el principio de igualdad de los acreedores no es exclusivo del Derecho concursal sino que constituye un principio de Derecho común que impone al deudor tratar igualitariamente a sus acreedores; de allí que la violación del principio de igualdad pueda hacer viable la acción pauliana tendiente a declarar ineficaces actos que perjudican a los acreedores por violación del principio de igualdad.

17. El principio de igualdad de los acreedores (par condictio creditorum), no es absoluto, pues ciertos acreedores están excluidos de su efecto nivelador; son aquellos cuyos créditos están munidos de privilegio, entendido este concepto en su sentido más amplio, o sea comprendiendo en sí al derecho dado por la ley a ciertos créditos para ser satisfechos con preferencia frente a otros (art. 3875, Cód. Civil), y al complejo de ventajas que emana de los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, etc.).18. Es importante a los fines de la solución de este conflicto enfatizar que el principio de la "par condictio creditorum" no es absoluto; por el contrario reconoce numerosas excepciones fundadas en la valoración que desde el punto de vista social y económico se hace de ciertas acreencias.

19. Por ello la Corte Suprema de Justicia en el caso "Barbarella", en el que se debatió la constitucionalidad del recaudo establecido por el hoy desaparecido inc. 8 del art. 11 para la apertura del concurso preventivo (acompañar la documentación que acredite el pago de las remuneraciones y obligaciones emanadas de leyes sociales), el Alto Tribunal dijo: "El principio 'concursal de la par condictio creditorum no implica necesariamente una mera proporción matemática calculada sobre las relaciones conmutativas previas al estado concursal sino un criterio orientador del reparto basado en una justa distribución de bienes; en ello ha de reconocerse amplitud de acción a la prudencia legislativa, habida cuenta que depende un conjunto de factores que pueden insinuar distintas soluciones posibles, o incluso variar de acuerdo a circunstancias sociales o económicas'...".

20. La no absolutez del principio de igualdad de los acreedores se manifiesta en la posibilidad que otorga el régimen falencial de categorizar a los mismos. Para darles un distinto tratamiento.

21. Es que como señala Rivera "... La 'categorización de los acreedores no significa violar la igualdad de los acreedores sino por el contrario evitar tratar igual a quienes son desiguales, pues es obvio que no puede hacerse la misma oferta a la librería a la que se le deben $200 que a un banco al que se le deben $1.000.000. Esta igualdad absoluta que pretendía la ley 19.551 era absurda, se violaba permanentemente y obligaba a realizar acuerdos a espaldas del tribunal y de los demás acreedores'" (Rivera, Julio Cesar, "Instituciones de Derecho Concursal", t. I, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2003).

D) El principio de igualdad de los acreedores ¿Puede ser dejado de lado por el juez?

22. Tengo para mí que si bien el principio de igualdad de los acreedores no es absoluto, las excepciones al mismo han sido previstas por el legislador y no son facultativas del juez.

23. Entiendo que si bien el juez está obligado a aplicar el acuerdo en forma igualitaria a los acreedores, también se encuentra obligado a aplicar la constitución, e impedir su violación.

24. En el presente el convenio al que llegó el concursado con sus acreedores es ley para las partes, pero esta ley es inconstitucional para la víctima del accidente de tránsito ya que atenta contra su derecho a la vida, al someterla un acuerdo que se terminará de cumplir dentro de 17 años, cuando la víctima tiene hoy 78 años, y lo que reclama es el resarcimiento a su integridad física, y moral y lo necesario para realizar tratamientos, que se transformarían en un crédito para sus herederos de aplicarse a ultranza el principio de igualdad de los acreedores.

25. Por las razones antes expuestas el juez no podía obligar a la víctima a recibir el pago en 18 cuotas anuales y optó por un adelantamiento del pago, en una actitud que considero, correcta, prudente y jurídicamente acertada.

26. Puede decirse que si el juez advirtió esta situación no debió homologar el acuerdo. Entiendo que ello no es así porque se trata de un acreedor posterior a la fecha en que se homologó el acuerdo que no era conocido en tal momento.

E) Inaplicabilidad del acuerdo preventivo cuando compromete el derecho a la vida.

27. Inaplicabilidad del principio de igualdad frente a los acreedores cuando la modalidad adoptada compromete el derecho a la vida de un acreedor mientras que a los demás sólo les menoscaba el derecho de propiedad.

28. Estimo que el derecho de propiedad puede sufrir limitaciones, y que la propiedad no es un derecho absoluto, en tal sentido considero que las "quitas y las esperas" que los acreedores deben soportar en los concursos no por limitativas son inconstitucionales. Estas quitas y esperas pueden producir un empobrecimiento de algunos acreedores, o una disminución de su propiedad, que entra dentro de los parámetros de lo razonable.

29. Pero cuando los bienes materiales están necesariamente destinados a atender de modo urgente o inminente debilidades graves de la salud, o cuando las personas hayan llegado a una edad en que naturalmente se producen debilidades físicas, ya no es el derecho de propiedad el afectado sino, a través de éste, el de la vida misma, puesta en riesgo por aquellas circunstancias. En estos casos, entonces, las normas concursales no afectan equitativamente a sus destinatarios, ni a los acreedores puesto que mientras a unos los empobrece, a otros les pone en riesgo la vida.

30. En este orden de ideas la sentencia que ordena adelantar el pago acordado teniendo en cuenta la edad de la víctima y el tipo de crédito que ejecuta no es arbitraria sino por el contrario es ajustada a derecho.

F) El derecho a la salud y a la integridad física.

31. El derecho a la salud es uno de los derechos humanos básicos que tiene el hombre por su condición de tal. Se encuentra contemplado indirectamente en los tratados de derechos humanos, en las recomendaciones de los organismos comunitarios y directamente en algunas constituciones y Códigos Civiles. A título de ejemplo mencionamos:

- La Asamblea del Consejo de Europa, en su recomendación 779/76 recomendó a los Estados a la adopción de medidas tendientes a garantizar los derechos de los pacientes, en especial el de información.

- La Constitución de Brasil de 1998 en su art. 196 Establece que "La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, que debe ser garantizado por éste, sobre la base de un acceso universal y unitario".

- En igual sentido se orienta la Constitución de Perú de 1993 que específicamente dispone que "todos tienen derecho a la protección de su salud".

32. Sin contar con una norma tan expresa como las establecidas en las Constituciones de México y Perú, los derechos a la salud y a la integridad física son objeto de reconocimiento en la Carta Magna Argentina, y en los diversos tratados a los cuales nuestro ordenamiento jurídico ha acordado jerarquía constitucional a partir de la reforma operada en el año 1994 (art. 75, numeral 22, Constitución Nacional).

33. Por otra parte la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de Derechos Humanos, que ahora gozan de jerarquía constitucional (art. 75 numeral 22 de la Constitución reformada en el año 1994), a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3° y 8°; Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, art. 12 numeral 1 y 2 ap. D; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 4° numeral a, 5° numeral 1 y 26; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24 inc. 2. En suma, dentro de los derechos humanos fundamentales reconocidos en los diversos documentos que tienen aplicación en el ámbito interno del Estado Argentino, se encuentra el derecho a la salud física y mental. Es dable recordar la ya clásica definición del concepto de salud dada por la OMS, interpretando por tal no la simple ausencia de enfermedad, sino ya el "equilibrio físico-psíquico y emocional".

34. En el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) se afirma que "el "beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica" (Ver Giovanni Berligner, "Etica de la Salud", Ed. Lugar, Consejo de Médicos de la Pcia. de Córdoba, 1996, p. 31, citado por Hooft, Pedro F., "in re" "Navas, Leandro v. Instituto de Obra Médico Asistencial", LA LEY, 1991-D, 77 y ED, 144-225).

35. La violación de este derecho era históricamente apreciada mediante las agresiones físicas que causaban una lesión en el cuerpo, y que hoy en día, ha adquirido una nueva dimensión en su faz preventiva, relacionada con el derecho a la calidad y dignidad de vida (Saux, Edgardo I., Responsabilidad por transmisión de enfermedades, en "VV.AA La responsabilidad", ob. cit. N° 5, p. 629 y sigtes. Sobre los alcances y numerosos puntos de vista a partir de los cuales se ha intentado definir el concepto de "calidad de vida", ver Quality of Life. The new medical dilema, Edited by James J. Walter y Thomas A. Shannon, Paulist Press, EE UU, 1990).

36. La concursada ha violado la salud y la integridad física de la actora, quien a la hora de intentar cobrar su indemnización se encuentra con que el obligado al pago ha firmado con sus acreedores un acuerdo que la obliga, con el agregado que por sus modalidades le impide el acceso a la salud y como ya afirme compromete su vida.

37. Por las características del presente caso el no adelantamiento del pago, que se debe ser completado en 18 años implica una negativa absoluta al derecho a la salud de la mujer de 78 años que resulta inadmisible por un Tribunal de Derecho que no se puede desentender del resultado de la sentencia.

38. La víctima tiene derecho a que se le indemnice su integridad y se le permita acceder al tratamiento, para quien sufre la minusvalía no es igual cobrar en unas 24 cuotas como estableció el juez a cobrar en 17 cuotas anuales o lo que es más posible que sus herederos cobren su minusvalía en cuotas pagaderas a su muerte.

G) Los derechos humanos a la vida y a la salud. Limitaciones y desnaturalización.

39. Como en el presente están en juego derechos humanos, cabe conceptualizarlos, ellos son por definición "aquellas facultades que los sujetos adquieren no por el hecho de su establecimiento por una norma estatal, sino en virtud de un principio que trasciende al derecho positivo" (Massini Correa, Carlos Ignacio, El Derecho, "Los derechos humanos y el valor del Derecho", Abeledo - Perrot, Bs. As., 1987, p. 139). En definitiva "son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personalidad de su sujeto o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personalidad y de los que se es titular, los reconozca o no el ordenamiento jurídico y aun cuando éste los niegue" (Massini Correa, Carlos Ignacio, "Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos", Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, p. 140).

40. Es importante destacar que "Los "derechos consagrados en la Constitución Nacional no son absolutos, sino susceptibles de razonable reglamentación de modo tal que su ejercicio puede verse sujeto a las restricciones razonables que determine el legislador, restricciones que derivan de la protección de otros derechos constitucionales o de otros bienes constitucionalmente protegidos" (CSJN, 5/7/96 "G. M. v. Estado nacional", JA, 1997-II-365).

41. En definitiva, el derecho a la salud es susceptible de limitaciones y reglamentaciones como todo derecho humano, siempre que se respete la esencia del derecho (CSJN, mismo fallo citado en párrafo anterior).

42. En el caso traído a resolución, la limitación que se le exige al derecho de la víctima en cuanto a su salud es tan grande que desnaturaliza el derecho hasta hacerlo inexistente, ello hace que no pueda obligársele a respetar los plazos en igualdad de condiciones que otros acreedores que sólo ven limitados derechos de contenido patrimonial.

H) Los casos análogos.

43. Cabe recordar en el tema de las personas ancianas en materia económica ha sido motivo de tratamiento especial por la legislación y la jurisprudencia. Así por ejemplo a partir de la ley 25.561, en particular por la "Comunicación A" 3446 del B.C.R.A. del 24/01/02 se exceptúa a los mayores de 71 años de reprogramación de los depósitos bancarios.

44. Por otra parte la ley 25.587 que limitó las cautelares de los amparos por depósitos bancarios exceptuó a las personas de más de 75 años de esta limitación. La CSJN en múltiples precedentes ha resuelto inaplicables las leyes de limitaciones económicas a las personas ancianas cuando "resulte virtualmente imposible que conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, lleguen a percibir la totalidad del crédito que le reconoció el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de cosa juzgada" (CSJN, "Ihmett, María c. Armada Argentina"). En igual sentido se ha expedido la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso "Pompey, Juan Oscar c. Municipalidad de Coronel Pringles s/indemnización por accidente de trabajo", 5/5/03. JUBA fallo L73744. En este último precedente la Corte Bonaerense no aceptó la propuesta de pago por la Municipalidad del Coronel Pringles con respaldo en los arts. 1°, 2°, 5°, 7°, 11, 15 de la ley 11.756 porque de hacerlo, Pompey finalizaría de percibir el monto de condena a los 86 años. No resulta ocioso remarcar pese a ser un hecho público y notorio que, no obstante el invalorable avance de la ciencia producido en los últimos tiempos, el nivel de esperanza de vida medio de los argentinos es muy inferior al de dicha edad. Ello permite afirmar razonablemente que la aplicación del referido régimen de consolidación al crédito del demandante, atento su edad avanzada, importaría en los hechos no una modificación del modo de cumplimiento de la sentencia, sino lisa y llanamente el incumplimiento de la consecuencia jurídica en ella declarado.

45. Los casos que vengo de enumerar han sido resueltos en supuestos en los cuales la limitación venía impuesta por el Estado, y no por un acuerdo entre particulares. No obstante lo cual considero que analógicamente deben aplicarse iguales principios, cuando como en el presente el acuerdo lesivo le es impuesto a la víctima y es para ella una ley. No advierto cómo cuando el Estado restringe un derecho humano hasta hacerlo inexistente los jueces están obligados a preservarlo y cuando la lesión deviene de un concordato de acreedores, el juez deba mantenerse impávido ante la agresión al derecho a la vida de la víctima.

46. Considero que cuando se limita por razones económicas un derecho humano básico hasta hacerlo inexistente o se contraría la esencia de ese derecho, el juez está obligado a declarar la inconstitucionalidad del acto lesivo sea que este provenga de una norma legislativa o de un acuerdo general concursal, y que el hecho que sea el mismo que homologa el acuerdo el que lo declara inoponible para el caso concreto no le resta eficacia a la resolución ya que como antes afirmé, al homologar ignoraba la existencia del acreedor tardío.

Por lo expuesto y en mérito a las disposiciones legales citadas voto por la afirmativa.

La doctora Cabrera de Carranza dijo:

1) El caso planteado.

47. El interesante fallo recurrido y el no menos interesante voto de mi distinguida colega, la doctora Medina, me enfrentan al dilema más difícil que deben responder los jueces, y es la determinación de cómo y hasta qué punto cabe apartarse de la aplicación estricta de una norma cuando ésta aparece injusta para solucionar el conflicto individual planteado en relación a principios de orden constitucional. En definitiva, como evadirse del aforismo romano "summun jus, summa injuria" sin, a la vez, caer en la arbitrariedad o perjudicar los derechos de terceros.

48. Porque la ley a aplicar al caso de González aparece "prima facie" como perfectamente clara. Nos encontramos en un trámite concursal, frente a un acuerdo homologado el 3 de diciembre de 1999 y el juez de Primera Instancia ha dispuesto un adelantamiento del cumplimiento del mismo en atención a la situación personal de la acreedora.

49. No cabe duda que no es el de autos un crédito sujeto al régimen de pronto pago (arts. 16 párr. segundo y 246 ley 24.522) y los efectos del acuerdo homologado alcanzan a todos los acreedores cuyos créditos se hayan originado en causa anterior al concurso, incluso también a aquellos que obtuvieran tardíamente la verificación de su crédito y, respecto a estos últimos la única facultad que tiene el juez es la de resolver la forma en que se cumplirán a su respecto los pagos ya efectuados (art. 56, LC).

50. Tampoco olvido que en la materia el principio rector es el de la igualdad de los acreedores. En tal sentido, el trato diferencial para los acreedores privilegiados (arts. 240 y 241, LC) no implica en realidad una excepción a esta regla que, en este caso concreto pueda compararse con la que ha pretendido González, ya que no se trata acá de la naturaleza del crédito, que lo tornaría excepcional, sino de las circunstancias de la acreedora. En un sentido estricto, entonces, los agravios expresados por la recurrente a fs. 46 exponen con toda claridad la normativa aplicable en el plano concursal.

51. Por otra parte, tampoco puede, objetivamente ponerse en duda que en la situación de la acreedora González -que se ha analizado en el voto precedente- la aplicación estricta de la normativa referida resultaría objetivamente injusta en tanto vulneraría derechos de raigambre constitucional que constituyen el basamento de nuestro sistema jurídico porque hacen a la dignidad de la persona. Diferir para un plazo de diecisiete años la percepción del 60% de una indemnización por el daño ocasionado por la concursada y a la que la víctima llegó luego de once años de proceso, cuando cuenta 78 años de edad no puede legítimamente sino calificarse como una injusticia, máxime cuando esa demora -sin pronunciarme acerca del proceso de daños, lo que resulta ajeno a este recurso- podría quizás achacarse a la morosidad burocrática del sistema judicial del cual todos somos parte, recordando que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable (CSJN, 14 de junio de 2001, "Anderle, José c. Administración nacional de Seguridad Social", JA, 2002-II, suplemento del fascículo 6, Bs. As., 8/5/02, p. 78).

2) Aplicar la ley con un criterio de equidad.

52. He sostenido que el juez no cumple el papel de una boca a través de la cual habla la ley, el juicio implica una decisión y no una conclusión impersonal y necesaria hecha a partir de premisas indiscutidas, puesto que supone la intervención de una voluntad personal. Y para resolver la aplicación de los principios constitucionales que consagran el derecho a la vida y a la salud (arts. 14 y 75 inc., 22, CN) no puedo sino juzgar la cuestión a través del prisma de la equidad. En efecto, según la clásica definición, la equidad es aquella parte de la justicia legal que nos induce a la no aplicación de aquellas normas que implican consagrar una injusticia grave y evidente (nota a los arts. 2567 a 2570, Cód. Civil).

53. No desconozco que nuestro Superior Tribunal ha alertado a los Jueces estimando que les está prohibido juzgar de la equidad de la ley para separarse de ella (SCBA, Ac. 59.017 16/9/97, DJBA, 153-325), pero ello no implica que no deba juzgar con equidad en los casos concretos sometidos a su decisión, cuando -como en el presente- se trata de resolver sobre la aplicación de normas de distinta jerarquía cuya aplicación llevará a soluciones diferentes.

54. La equidad adquiere toda su importancia como criterio de interpretación ya que es el principio del cual está impregnada toda la reforma de la ley 17.711.

55. Resulta interesante recordar que las leyes predeterminan qué debe considerarse justo o injusto, y que para su aplicación debe seguirse un camino deductivo, mientras que cuando se trata de resolver aplicando un criterio de equidad la solución se busca por un camino inductivo, puesto que se parte de la premisa que la aplicación de ley en forma estricta, sopesando las circunstancias del caso concreto, resulta a priori, injusta. Y lo que no puede soslayarse es la necesidad de satisfacer la necesidad de justicia en las relaciones humanas, así como también los requerimientos del orden social (Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O., "La jurisdicción de equidad o la vuelta del pretor", LA LEY, 1980-B, 937; CNCiv., sala G, 8/7/809, ED, 90-228).

56. Nuestro derecho no es un sistema cerrado de reglas, pertenece al orden de la praxis y debe estar orientado al establecimiento del bien común. Y precisamente para conocer el contenido de este concepto es que el juez debe recurrir en el caso concreto a su verificación según el mismo ha sido plasmado por las normas constitucionales.

3) Arbitrariedad o afectación de los derechos de terceros.

57. ¿Podría tildarse de arbitraria la decisión de no aplicar en este caso las estrictas normas del derecho concursal sino las prioritarias que defienden los derechos de la persona que se verían conculcados con esa aplicación? ¿Podría considerarse que este adelantamiento en el pago afecta los derechos de los restantes acreedores? Obviamente mi respuesta es negativa.

58. La aplicación al caso de principios constitucionales se encuentra justificada por argumentos suficientes que la sustentan, y las razones de equidad por las que se la ha dispuesto son las mismas que se han tenido en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico para disponer excepciones similares en casos de legislación previsional o las actuales leyes de emergencia que ha mencionado mi colega en el voto precedente (Morello, Augusto M., "La discrecionalidad judicial, límites y control en casación", ED, 189-571; CSJN, 9/9/80 "Andrada, Eduardo c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 302-979).

59. En cuanto a la posibilidad de que exista un perjuicio para los restantes acreedores en cuanto el adelantamiento del pago dispuesto pueda perjudicar el cumplimiento del acuerdo homologado, estimo que ello no es así. En primer lugar porque se ha mantenido respecto al crédito de la acreedora González la quita resultante del acuerdo homologado en el concurso y se la ha aplicado sobre el monto que ha aconsejado verificar el síndico, lo que torna al monto poco relevante en relación con la masa. Y además, porque el desembolso también se irá difiriendo en el tiempo, de modo que no afectará el desenvolvimiento de la concursada.

60. En definitiva, rechazar la posibilidad de aplicar en autos los principios que establecen la prioridad del derecho a la vida y a la salud so pretexto de que ello contraría el estricto marco de la normativa concursal equivale, sin más, a resolver que existe en nuestro derecho un ámbito privativo para las relaciones económicas que se encuentra ajeno al orden constitucional.

Por estas consideraciones y compartiendo en un todo los fundamentos dados en el voto precedente, voto también por la afirmativa.

El doctor Arazi votó también por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede y normativa citada, se confirma la resolución apelada, con costas de ambas instancias a cargo de la concursada (arts. 68 y 69, CPCC). - Graciela Medina. - María C. Cabrera de Carranza. - Roland Arazi.