

## El fin de una discusión: el comienzo de las dificultades

Héctor Ricardo Fragapane

### I.- Las posiciones doctrinales que confronta el fallo

El fallo que anoto, emitido recientemente por la Sala I de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, pone en cierto modo fin a una discusión doctrinal que en Mendoza tuvo como adalides a las Dras. Fabiana Martinelli<sup>1</sup> y Dolly Bauzá de Pina<sup>2</sup>.

Pero antes de enunciar las posiciones de ambas, es preciso recordar el supuesto fáctico-jurídico al cual se refiere.

Precisamente, en el fallo de marras, la Ministro Preopinante lo enuncia en el acápite IV. que desarrolla bajo el título “LA CUESTIÓN A RESOLVER”, esto es “que si mediando concurso preventivo, la hipoteca extiende su prioridad en el cobro a todos los intereses moratorios anteriores a la apertura del concurso o sólo a los devengados por dos años anteriores a la presentación del concurso”.

No obstante y a mi modo de ver, considero que tal supuesto es dentro de la gama de cuestiones que deberán resolver los jueces que intervengan en ese tipo de ejecuciones<sup>3</sup>, tal vez sólo uno de los problemas, y, posiblemente, el menos probable; ya que rara vez el acreedor hipotecario va a esperar más de dos años para iniciar la ejecución.

Recordemos ahora sí y en forma sintética las postulaciones de ambas posiciones:

- a) Para la primera de ellas, que podríamos denominar la “civilista”, y que es la propiciada por la Dra. Martinelli, y que basa su postulado entre otras cosas en el padecer diario que le presentan las ejecuciones individuales de deudores concursados, “...el juez ordinario aplicará, para todo el trámite de la ejecución, las normas sustanciales civiles y comerciales, y el Código de forma; aunque finalmente y al momento de distribuir, admite que son aplicables, en principio, los establecidos por la LCQ” en cuanto al orden de prelación de los privilegios.
- b) Para la restante, la de la Dra. Bauzá de Pina, que podríamos denominar como la “concuralista” la cuestión no ofrece dudas. “...El solo hecho de presentarse en concurso un deudor, sus acreedores, además de poder adquirir o perder privilegios o variar su rango, se ven sometidos al cambio de su extensión y al régimen de imputación de pago, con marcadas diferencias en la ley de concursos y en el código civil.

---

<sup>1</sup> Martinelli Fabiana, Las ejecuciones individuales comunes y especiales de los bienes del concursado en el fuero ordinario; en Derecho concursal aplicado, coord.. Fernando Pérez Hualde, ed. Ad Hoc., Bs. As., agosto 2.003, pg. 189.

<sup>2</sup> Bauzá de Pina Dolly, Liquidación del pronto pago laboral en la quiebra, en Derecho concursal aplicado, coord.. Fernando Pérez Hualde, ed. Ad Hoc, Bs. As., agosto 2.003, pg. 107.

<sup>3</sup> El juez civil y comercial competente conforme a la naturaleza de la acreencia, conforme surge del art. 57 LCQ. Y lo ha resuelto la S.C.J.Mza. en el “Plenario AISE” (Expte. N° 74.601 Bco. Regional de Cuyo en J. 159150/5473 Fideicomisos Mendoza c/Aise Luis y ot. P/ej. Hip. S/inc. cas., 25-4-03, S.C.J.Mza. en pleno (Fallos plenarios Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Dirección de Fallos Judiciales, feb. 2.004, pg. 168)

Ya dije que el fallo que nos ocupa optó decididamente por la segunda de las posiciones. Los fundamentos son incuestionables, y recomiendo, para quien le interese, completarlos con los desarrollados por la Dra. Bauzá de Pina en la obra citada, cuya posición comparto.

Ello, por cuanto deseo centrar mi comentario en las consecuencias que se seguirán, sobre todo para quienes en la sede civil se encuentren con esta situación (un deudor demandado que de pronto se presenta en concurso preventivo) y la notable alteración que sus derechos creditorios sufrirán, como lo enuncia la Dra. Martinelli, al tiempo de la “distribución” de los fondos que hubiera obtenido de la subasta del bien gravado.

## **II.- La normativa aplicable, según se trate de un deudor concursado o no**

Así, si el deudor se encontrara “in bonis”, o mejor dicho, no en concurso preventivo<sup>4</sup>, serían de aplicación sustancialmente los arts. 3.879 (que preferencia los gastos de justicia hechos en interés común de los acreedores y los que cause la administración durante el concurso y los créditos del fisco y de las municipalidades, por impuestos públicos directos o indirectos) y 3.936 (que se refiere específicamente a la extensión a los intereses por dos años y los que corran durante el juicio de ejecución), ambos del Código Civil; mientras que, de encontrarse en el status concursal enunciado, regirían la situación los arts. 241 inc. 4; 242; 19 y 244 de la LCQ.

Y esta diferencia legislativa, al tiempo de la distribución puede traer aparejados, como lo advierte Bauzá de Pina e insinúa Martinelli, significativas modificaciones en el rango de atribución, que variarán sustancialmente el modo en que se atribuirán los fondos obtenidos del remate.

## **III.- Aplicación práctica de las dos posiciones**

Probablemente a través de un ejemplo la cuestión pueda clarificarse.

### **A.- Cuando el deudor hipotecario está en concurso preventivo**

Supongamos que se trata de un sujeto que en marzo de 1.998 tomó un crédito hipotecario sobre un inmueble rural de su propiedad por \$100.000,00 pagadero en diez cuotas anuales de \$12.000,00 que incluyen un interés directo del 20% y el capital fraccionado en partes iguales. Se pacta en concepto de interés punitivo el 50% de la tasa convenida para el caso de que el deudor caiga en mora.

Tras el pago de las tres primeras cuotas y luego de devenir exigible la cuarta (marzo de 2.002), presenta en setiembre de 2.002 la solicitud de apertura de su concurso preventivo, que es abierto.

---

<sup>4</sup> Recordemos que ese es el supuesto que nos ocupa, ya que, si de quiebra se tratara serían de aplicación otras normas tales como los arts. 126; 129; 132; 133; 209 y 211 y cctes. LCQ.

El acreedor es verificado en el marco del concurso preventivo, donde se reconoce un capital de \$70.000,00 más 3.000 de intereses (2.000 en concepto de compensatorios y \$1.000,00 como punitivos) y el derecho eventual a los intereses posteriores a la presentación a los términos del art. 19 LCQ., esto es “sobre las cantidades provenientes de los bienes afectados a la hipoteca”.

Por otra parte, este deudor concursado adeuda los impuestos inmobiliarios que gravan el bien desde el año 2.000 en adelante, que conforme ha sido informado es de \$500,00 anuales.

El acreedor hipotecario en marzo de 2.003 y cuando inclusive ya se ha homologado el acuerdo votado por los quirografarios (50% del capital verificado y declarado admisible en diez cuotas anuales, sin interés) inicia la ejecución de la sentencia de verificación en el juzgado civil competente, conforme lo establecido por el plenario “Aise”.

Se manda seguir adelante con la misma, regulándose honorarios conforme al art. 18 L.A. en \$4.200,00 en conjunto para patrocinante y apoderado del actor. Y en concepto de gastos de juicio tenemos \$5.000,00 (que incluyen tasa de justicia, aportes jubilatorios, edictos, etc.)

Y, en diciembre de ese año la propiedad es subastada, obteniéndose \$50.000,00; y, dado que el trámite fue relativamente rápido, en marzo de 2.004 es menester hacer el proyecto de distribución.

¿Cómo se distribuirán esos fondos?

En primer término estarían los impuestos postconcursoales y los gastos de juicio, que por aplicación del art. 244 LCQ., prevalecen inclusive sobre el propio acreedor privilegiado<sup>5</sup>. Y que, en el caso en análisis ascienden a \$6.000,00. Desde luego que los precursoales el acreedor fiscal debió verificarlos en el concurso preventivo y tendría la posibilidad de iniciar la ejecución del art. 57 LCQ.<sup>6-7</sup>

Luego, vendrían los honorarios de ejecución. Esto significa que de los \$44.000,00 que aún quedan, \$4.200,00 se imputarán a honorarios; \$ 3.000,00 a intereses precursoales y \$36.800,00 a capital. Quedando un saldo insoluto de capital de \$33.200,00

<sup>5</sup> De todos modos, autores de la talla de Rivera (en el orden nacional) y Lella (en nuestro medio) no comparten esa postulación, que a mi criterio es la que surge de la ley y que también es sostenida por un importante sector doctrinal y jurisprudencial (cgr.- C.N.Com. Sala B, in re Valcarcel José V. S/quiebra, 4-12-03, Rev. de Soc. y Conc. N° 27, pg. 148, entre otros muchos).

<sup>6</sup> Aunque esto también nos enfrenta con otro problema. ¿Podría el fisco ejecutar la sentencia que reconoce su privilegio especial ante el Tribunal Tributario si el bien asiento del privilegio salió del patrimonio de su deudor?. Y en caso positivo, ¿Qué bienes podría agredir?.

<sup>7</sup> Cabe también preguntarse si, ante la necesaria intervención del síndico concursal por imperio del art. 275 inc. 8 LCQ., éste tiene derecho a que se les regulen honorarios en la ejecución hipotecaria individual seguida en otra sede (que no es la concursal) y en su caso, si tales honorarios son prededucibles a los términos del art. 244 LCQ.

que en el concurso preventivo adquiere el carácter de quirografario y que podrá ser percibido por el acreedor en los tiempos y formas acordados por el deudor por aquellos acreedores quirografarios que votaron el acuerdo preventivo; y que, recuerdo, en el caso del ejemplo consistió en el pago del 50% del capital en diez cuotas anuales iguales y consecutivas sin interés. O sea, que percibirá \$1.600,00 por año.

Desde luego que los intereses posteriores a setiembre de 2.002 han desaparecido por imperio del art. 19 LCQ., que sólo admite su reclamo sobre las cantidades provenientes de los bienes afectados a la hipoteca o la prenda.

**B.- El mismo caso, pero con un deudor que no está en concurso preventivo**

¿Qué hubiera sucedido si este deudor no hubiera estado en concurso preventivo?.

Veamos. En primer término la regulación de honorarios sería diferente, ya que, al tratarse de un proceso compulsorio (supongamos que sin excepciones) los mismos hubieran sido establecidos según las pautas de los arts. 2; 7; 31 y cctes. LA. y sin perjuicio de los complementarios” y los de “ejecución” (art. 18).

En el caso de marras, para patrocinante y apoderado les hubiera correspondido una regulación aproximada por el juicio principal de \$10.665 ( que surge de aplicar las escalas de los artículos mencionados sobre el capital de condena y el interés compensatorio y punitivo por los tres periodos anuales insumidos desde la mora hasta el remate) y \$5.688,00 por la ejecución. Los gastos son los mismos y los impuestos adeudados, también.

¿Cómo se distribuirían aquí los \$50.000,00 obtenidos en el remate?

En primer lugar situaríamos los honorarios de ejecución y gastos de juicio, que alcanzan en conjunto a \$ 11.688,00

Luego, por aplicación del art. 38 C.P.C. vendrían los honorarios del juicio compulsorio, en el caso \$10.665,00

Posteriormente los intereses compensatorios y punitivos devengados hasta la distribución (\$3.000,00 por año por tres años), o sea \$9.000,00

Hasta aquí nos están quedando \$18.647,00, que se imputan al capital de condena, quedando un remanente insoluto de \$51.353,00

Por ese capital, que continuará devengando intereses (los cuales darán derecho a regulaciones complementarias), el acreedor podrá embargar otros bienes del deudor hasta satisfacerse en su acreencia.

Desde luego que los impuestos a partir de 2.000 han quedado impagos, ya que, conforme al art. 3.879 del Código Civil vienen detrás del acreedor privilegiado hipotecario, quien apenas si vio satisfecho algo más del 25% de su acreencia. Tornándose esto en un problema para el adquirente, si es que consideramos a tales cargas impositivas como obligaciones “propter rem” (conforme lo propicia la recientemente designada Ministro de la C.S.J.N. Elena Highton)<sup>8</sup>.

Por cierto, el ejemplo propuesto no es la única posibilidad que podría darse. La realidad y la práctica cotidiana nos ofrecen variables diferentes y diferenciables casi hasta el cansancio; donde las pautas enunciadas en uno y otro régimen arrojan resultados siempre diferentes, para asombro, desconcierto y tal vez desazón de los profesionales que deben lidiar con esos avatares.

#### **IV.- A modo de conclusión**

En suma, como dije al comienzo, a nivel de principios la cuestión que nos ocupa ha sido resuelta. Y desde mi punto de vista en forma adecuada a las pautas del derecho concursal, lo que corresponde en razón del status en que se encuentra el deudor y el principio fundamental que aún subyace en el ordenamiento jurídico “de excepción” concursal, esto es la “pars conditio creditorum”<sup>9</sup>. Pero por ello mismo y en razón de que dichas pautas no son de ordinario de aplicación en la sede civil traerán dificultades prácticas en su concreción, que no son menores. Por ello, el intitulado del presente comentario.

---

<sup>8</sup> Highton Elena I., Obligaciones propter rem y cargas reales, en Derecho privado libro homenaje a Alberto J. Bueres, pg. 839 y sgtes).

<sup>9</sup> Rouillón, explica que la par conditio está bastante maltrecha por la proliferación de preferencias y privilegios, pero que sigue siendo el norte de toda legislación concursal. Agrega que mediante su aplicación se asegura una justicia de tipo distributivo, ya que debe responder ante todos los afectados por el fenómeno de la insolvencia (Rouillón Adolfo A. N., El voluntarismo en la legislación concursal RDCO, año 19, 1.986, pg. 237, citado por Junyent Vas-Molina Sandoval, Ley de concursos y quiebras comentada, T. I, Ed. Lexis Nexis, Bs. As. 2.003, pg. 29).