

ESPECIALIZACIÓN EN SINDICATURA CONCURSAL U.N.L.P.

“Tarea de la sindicatura ante la formación del concurso
especial previsto en el art. 209 LCQ.”

Alumno: Ceferino Luis Rivero

Tutor: Dr Carlos F Ocaranza

INDICE

Introducción.....	3
Desarrollo.....	4
Concepto Concurso Especial	
Legitimación en el Concurso Especial	
Trámite.....	6
Petición del interesado	
Traslado	
Resolución Judicial	
Pago. Liquidación. Reserva de Gastos	
Aspectos Específicos del Concurso Especial en la Quiebra.....	11
Inmediata Venta del Bien	
Verificación en el Concurso Especial	
Suspensión de la Subasta	
Actos Ineficaces.....	14
Concepto	
Actos Ineficaces de Pleno Derecho	
Hipotecas Ineficaces de Pleno Derecho	
Actos Ineficaces por Conocimiento de la Cesación de Pagos	
La Acción Revocatoria Concursal Frente al Concurso Especial.	

Actos Fraudulentos.....	19
Concepto de Fraude	
Acción Revocatoria común o pauliana	
Legitimación Activa	
Nulidad Absoluta de la Hipoteca.....	21
Efectos de la Nulidad Absoluta en la Quiebra	
Actos Simulados.....	22
La Simulación como Acción y como Defensa	
Legitimación Activa en la Quiebra	
Efectos de la simulación en la Hipoteca	
Conclusión.....	24
Bibliografía Específica / General.....	25

Introducción

El presente trabajo pretende desarrollar la tarea de la sindicatura ante la formación del concurso especial previsto en el art. 209 LCQ.

El “concurso general” involucra todo el patrimonio y todos los acreedores del deudor, en cambio el “concurso especial” se funda en que, por especiales razones de política legislativa, otorga el derecho a determinado acreedor a instaurar su formación, beneficiándolo con un procedimiento liquidativo parcializado y con un cobro anticipado sobre el producto del bien o los bienes objeto de ese concurso.

De este modo, el legislador ha querido fortificar especialmente el privilegio derivado de las garantías reales (v.gr., hipotecarias, prendarias y por warrants).

La norma en comentario confiere una facultad a estos acreedores para pedir la venta del bien afectado a su garantía, mediante petición de concurso especial, que tramita por expediente separado. Asimismo alguno de estos acreedores tienen la facultad de ejecutar la garantía a través del remate no judicial.

Se confiere un traslado o vista al síndico, quien examina el instrumento con que se deduce la petición, luego de lo cual se ordena la subasta.

Hechas las reservas necesarias para atender a los acreedores preferentes al peticionario (art. 244), se procede a pagar el crédito, hasta donde concurra su privilegio.

El remanente, en caso de existir, pasa a la cuenta general de la quiebra, para luego repartir entre los restantes acreedores (con menor privilegio o sin privilegios - quirografarios-).

Si al momento de cobrarse el crédito garantizado no se encuentra todavía verificado, puede exigirse que antes de retirar el dinero el acreedor preste previamente una fianza.

En la práctica suele suceder que al decretarse la quiebra ya exista un juicio o proceso en trámite mediante el cual se viene ejecutando la garantía (p.ej., ejecución hipotecaria o prendaria) en cuyo caso, es atraído ante el juez de la quiebra (art. 132), y éste puede disponer su “transformación” a concurso especial.

Si bien el presente trabajo desarrolla los aspectos del concurso especial donde dicho trámite reviste el carácter de ejecutivo, en el cual las posibilidades de conocimiento son breves, limitadas, y no atañen más que al examen formal y extrínseco del título del cual emergen deuda y privilegio, en el cual no participan los demás acreedores ni el propio deudor.

En tal sentido las cuestiones que excedan este marco deben plantearse en el trámite de verificación crediticia correspondiente.

Asimismo pondremos luego el acento en la tarea de la sindicatura para los casos que se procede a la inmediata venta del bien.

En relación con la forma del remate, cabe tener en cuenta el art. 208, porque normalmente la subasta del bien afectado a privilegio no se diferencia de las restantes. Excluido el procedimiento licitatorio del art. 205, la venta de los bienes se lleva a cabo mediante remate o subasta judicial, que es la forma más común de enajenación judicial.

La norma concursal manda a que se publiquen edictos en el diario de publicaciones legales y en otro de gran circulación, durante el lapso de dos a cinco días, si se trata de muebles, por cinco a diez días, y puede ordenarse publicidad complementaria (p.ej., volantes, publicaciones en Internet).

Si bien la ley dice que la venta es sin tasación previa y sin base, en la práctica muchos jueces ordenan la tasación y suelen establecer una base para la subasta.

En este sentido, se tiene dicho en jurisprudencia que a los efectos de fijar la base del bien a subastar, deben tomarse en consideración los valores reales, actuales y efectivos.

Finalmente, pueden aplicarse las pautas del procedimiento previsto en el art. 205, en lo que resulte pertinente. -Pero, en lo que la ley concursal no disponga, el procedimiento se lleva a cabo de acuerdo a las leyes procesales vigentes en la jurisdicción de la que se trate (p.ej., CPCCN).

En la subasta quien resulte ganador debe depositar el 30% como seña o adelanto del precio, así como la comisión del martillero, cuyo porcentaje varía según el bien y la jurisdicción de que se trate (v.gr., en el ámbito nacional obtiene el 3% en caso de bienes inmuebles y el 10% en caso de muebles).

Desarrollo

CONCEPTO CONCURSO ESPECIAL

El concurso especial es una facultad que se le otorga a ciertos acreedores privilegiados para obtener la liquidación anticipada de los bienes asiento del privilegio, que no exime a dicho acreedor de la carga de verificar su crédito y privilegio. No es un mecanismo de verificación, sino un procedimiento anticipado de cobro - y es anticipado porque no tiene que esperar la liquidación común del resto de los bienes del deudor fallido. Expeditivo y abreviado, donde no se analiza la causa dado que si fuera un mecanismo de verificación esta debería analizarse a diferencia del pronto pago de los artículos 16 y 183 que es un mecanismo de verificación y cobro abreviado donde sí se analiza la causa. Representa el título con el cual se esgrime la garantía en su aspecto formal externo – por ello el acreedor privilegiado no podrá invocar cosa juzgada emergente del concurso especial, en el pedido de verificación o si se le promoviera una acción de ineficacia.

LEGITIMACIÓN CONCURSO ESPECIAL

Sólo los acreedores titulares de un crédito con “GARANTIA REAL” – acreedor hipotecario o prendario, acreedor garantizado con warrant están legitimados para requerir la formación de concurso especial artículo 126 y 209 de la ley de concursos y quiebras. No se puede iniciar de oficio ni a pedido de la sindicatura.

Asimismo de acuerdo con el artículo 152 inciso 1 les asiste el derecho a solicitar concurso especial a los acreedores titulares de obligaciones negociables o deventuristas.

Sea considerado que el letrado del acreedor hipotecario no está legitimado para promover concurso especial por los honorarios regulados en la ejecución hipotecaria, ya que el rango preferente que le reporta al crédito por honorarios al haber sido graduado con privilegio especial no lo convierte en acreedor hipotecario y por lo tanto carece de preferencia en el tiempo de percepción pues solo los titulares del crédito con garantía real tiene la opción excepcional de promover la realización anticipada del bien es decir separado del proceso liquidatorio general.

TRÁMITE

Las etapas del concurso especial que tiene un trámite tipificado por la ley (arts. 126 y 209) que hace inaplicables las reglas de los incidentes genéricos son las siguientes:

a) Petición del interesado

Se inicia con la petición del acreedor con garantía real instando el trámite y solicitando la subasta del bien asiento de la garantía, acompañando el título que acredita su calidad de acreedor con garantía real (escritura hipotecaria debidamente inscrita, contrato de prenda con registro debidamente registrado y que puede realizarse inmediatamente después de la declaración de la quiebra.

Esto no impide la promoción ni la prosecución especial la interposición de un recurso de reposición contra la sentencia de quiebra, ni es necesario la sentencia se encuentre firme. Ello surge de lo normado por el art. 126 de LCQ que expresa que el concurso especial se puede reclamar “en cualquier tiempo”. Ahora bien si la quiebra concluye por conversión en concurso preventivo, el concurso especial dado su carácter accesorio no puede seguir y debe ser concluido.

Si antes de que el acreedor promueva el concurso especial, el juez decidió la inclusión del bien objeto de la garantía en la enajenación de la empresa en marcha o del establecimiento, o decidió la venta separada o singular del bien objeto de la garantía; el acreedor con privilegio real se encuentra imposibilitado de iniciar el concurso especial, hallándose sometido al trámite previsto en los arts. 205 al 208 inclusive de la LCQ. En este sentido existe antecedentes que indican NO es ocioso destacar que si la finalidad del concurso especial es cobrar antes, por lo que cuando los trámites tendientes a la realización del bien objeto de la garantía ya han comenzado no tiene sentido autorizar la promoción del concurso especial. (CACC Pergamino 14/7/1998 “Lastra c. Marcantonio S.C.A.A. y otro s/Quiebra”, causa nº 2653, RSD, 78/98.

b) Traslado

Efectuado el pedido y analizada su admisibilidad por el juez se debe formar incidente por separado y correr vista al síndico para el examen de los títulos, por cédula y por un plazo de cinco días hábiles. Dicho examen debe limitarse a la regularidad formal y externa del título, siendo ajenas las cuestiones causales que deben ser analizadas

en la vía verifictoria. Por ello, la eventual oposición de la sindicatura debería fundarse en las formas extrínsecas del documento.

En un caso donde la sindicatura se opuso con sustento en la conveniencia de incluir el inmueble en la venta del establecimiento, se le ha dado preferencia al acreedor hipotecario con sustento en la falta de prueba y la tutela que la ley le brinda al acreedor privilegiado con garantías reales. (CACC Pergamino, 14/7/98, "Lastrac c. Martantonio S.C.A. S/Quiebra", causa nº 2653).

Las controversias sobre la existencia del crédito o del privilegio quedan reservadas para el trámite de verificación que ineludiblemente debe iniciar el acreedor que promueve el concurso especial. Aunque esto no debería llevarse al extremo, por lo que no corresponde desconocer la operatividad de algún supuesto excepcional donde surja manifiesta la inexistencia de la deuda o del privilegio (sentencia verifictoria firme que no reconoce el privilegio, inexistencia de la cosa sujeta al privilegio real y que por ello se haya extinguido la garantía, ineficacia de pleno derecho de la garantía).

Habrà lugar también a la oposición cuando ante la inactividad anterior del acreedor el juez haya decretado la venta del bien gravado, sea en forma singular, o incluyéndolo en la enajenación de la empresa en marcha o del establecimiento.

Fuera de lo expuesto, en ocasión de la vista otorgada la sindicatura puede petitionar la conclusión anticipada del concurso especial mediante el pago con fondos del concurso – arts. 183, 195 y 207 LCQ, o con los que provea un tercero que desee subrogarse –art. 207 LCQ (Morello – Tessone – Kaminker, Códigos Procesales en lo Civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados, 2º ed. 1998, t. VIII, p. 550).

c) Resolución Judicial

Contestado el traslado por parte de la sindicatura, y salvo que se de alguno de los supuestos que impiden utilizar dicho derecho (art. 195,LCQ), el juez debe dictar una resolución haciendo lugar al concurso especial, la que debería contener, de estar cumplidos los recaudos pertinentes, la orden de subasta, fijando lugar, fecha y hora para ello.

La limitación cognoscitiva que tiene el trámite (análisis formal externo del título) hará que en la generalidad de los casos, sea innecesaria actividad probatoria alguna Sin Perjuicio de ello, y en orden a resolver sobre la habilidad del título, el juez puede disponer las medidas de prueba que estime pertinentes.

Salvo el caso de oposición infundada de la sindicatura, no corresponde imponer costas al concurso en el procedimiento especial del arto. 209 LCQ, ya que constituye un mecanismo de cobro anticipado en interés del acreedor con garantía real, que solo puede ser instada por este último. Las costas deben ser impuestas al ejecutante que anticipadamente recupera su crédito. – En este sentido Rivera considera que esta postura es opinable, que si bien el procedimiento es optativo para el acreedor,

constituye una manera de hacer efectiva la garantía real frente al deudor incumpliente, y postula que la regla debería ser que los gastos que exija el reconocimiento del crédito y la ejecución de la cosa no recaigan sobre el acreedor (Rivera, Instituciones de derecho concursal, 1997, t II p189).

La Resolución que pone fin al concurso especial – que tiene un alcance semejante al previsto en las leyes locales para la sentencia de trance y remate- es apelable, no solo por aplicación analógica del art 285 LCQ, sino por el carácter de definitiva que puede tener, tanto por el acreedor en caso de rechazo, como por el síndico en caso de admisión.

d) Pago. Liquidación. Reserva de Gastos

Una vez realizada la subasta, antes de pagarle al acreedor con garantía real que promovió el concurso especial (antes del pago al acreedor debe practicar liquidación, de la cual se corre traslado al síndico y debe ser aprobada por el juez del concurso). Es necesario reservar del precio del bien, los importes correspondientes a los gastos de conservación, custodia, administración y realización del mismo, efectuados por el concurso. También hay que calcular una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que corresponden exclusivamente a diligencias sobre tales bienes (art 244 LCQ), lo que impone que previamente el anajenador presente una cuenta de gastos, de la cual se le debe correr traslado al síndico y debe ser aprobada por el juez del concurso. No es que dichos gastos deban ser soportados por el acreedor privilegiado sino que dichos gastos – que son post concursales- tienen prevalencia respecto del crédito de dicho acreedor, quien ve postergado su cobro. De esta manera, si una vez abierto el concurso se han realizado gastos que hacen a la conservación y administración del bien objeto del concurso especial, o si dicho procedimiento de liquidación ha originado gastos de conservación y justicia (edictos y gastos de la subasta con exclusión de la comisión del enajenador) ellos tienen preferencia de cobro que tiene su fundamento en que tales gastos han beneficiado al asiento de la garantía y por ende al acreedor privilegiado.

En definitiva los acreedores hipotecarios o prendarios deben soportar la postergación de cobro de sus créditos por los gastos originados en concurso especial o los gastos de conservación o administración que el concurso haya realizado sobre tales bienes lo que no implica que deban afrontar los mismos ni que sea una deuda que esté en cabeza del acreedor que promovió el concurso especial, máxime cuando la reserva no es una condenación en costas.

En principio los gastos de conservación, custodia administración y realización del bien objeto de la garantía efectuados por el concurso, son gastos del concurso que no le pueden ser cobrados al acreedor con garantía real. Ello sin perjuicio de las eventuales condenaciones en costas que pudieren surgir del trámite y de que los honorarios del abogado del acreedor que actuó en el concurso especial, que son un gasto del concurso, le pueden ser exigidos al cliente. Si la reserva de gastos del art.

244 de LCQ, consume todo el producido de la subasta, el acreedor con garantía real no habrá de cobrar, verá extinguido su privilegio y pasará a integrar la fila de los quirografarios.

Tanto el síndico como los demás profesionales beneficiarios de la precitada reserva, pueden percibir los honorarios objeto de la misma, tras aprobarse y quedar firme la aprobación de la liquidación y cuenta presentada con motivo del concurso especial, o la regulación de honorarios que se haga a tal fin, sin tener que aguardar el momento de la regulación final del art. 265 LCQ.

Tales honorarios deben ser diferenciados de la remuneración que le corresponde en la acción individual al abogado del acreedor garantizado con hipoteca, prenda o warrant (art 241 inc 4º LCQ), ya que conforme lo dispone el art 242 inc 2º de la LCQ, las costas devengadas por el cobro de los créditos así garantizados –entre los cuales no corresponde incluir los honorarios del letrado del acreedor que promovió el concurso especial, ya que los mismo tienen la prelación del art. 244 de la LCQ, que es superior-, se cobran en primer término, luego la preferencia recae sobre los intereses compensatorios, moratorios y/o punitivos devengados antes de la declaración de la falencia, posteriormente -por cierto si existe remanente – se paga el capital, y por último los intereses compensatorios o moratorios posteriores a la quiebra.

HONORARIOS DEL SÍNDICO

La participación del síndico en el concurso especial constituye un trámite necesario que devenga honorarios, los cuales están comprendidos en el art. 244 de la LCQ, cuya última parte contempla su retribución aparte en dicho proceso. Ello cobra particular relevancia cuando el único activo mas importante es el bien asiento del privilegio real, en supuestos donde con el cobro por parte del acreedor hipotecario o prendario consume todo o casi todo el activo, ya que si no se hace la reserva es probable que el síndico no cobre nada o casi nada.

Desde otro vértice se ha considerado que no corresponde regular al síndico cuando las costas han sido impuestas al concurso o han sido impuestas por su orden, o que corresponde excluir de la reserva de gastos prevista por el art. 244 de LCQ la estimación efectuada en concepto de honorarios del síndico por no corresponder la retribución en el marco del concurso especial, ya que la regulación se hará en la oportunidad del art. 265 de la LCQ, lo cual puede dejar al síndico sin cobrar ni por su actuación en el concurso especial cuando el acreedor hipotecario se lleva casi todo el activo.

Empero, hay quienes sostienen que no corresponde regulación al síndico por lo actuado en el concurso especial, sin perjuicio de considerar procedente computar lo trabajado por dicho funcionario en dicho trámite a los efectos en la reserva los gastos del art. 244 de la LCQ, con sustento en que no se justifica una retribución fuera de la oportunidad fijada en el art. 265 de la LCQ.

En favor de la no regulación a la sindicatura se ha dicho que su estimación debe efectuarse por el juez de la quiebra al tiempo previsto por el art. 265 de la ley 24.522; y que los supuestos que aprehenden los arts. 126, 209 y 244 de la ley 24.522 no producen excepción a aquel principio general. La ley habla de “reserva” y esta deberá guardarse hasta que ocurra alguno de los supuestos previstos en el art. 265 de la LCQ, que los funcionarios de la quiebra deben ser remunerados en la oportunidad establecida por el art. 265. Con tal base se dejaron sin efecto por prematuros los emolumentos fijados a favor de la sindicatura y se ordenó estimar un importe para la reserva del art. 244 de LCQ y su pago en la remuneración “global” que oportunamente se realizará.

Si bien ambas visiones postulan la retribución del síndico, el problema que se presenta es que la segunda posición difiere la regulación a la etapa de la presentación del informe final y proyecto de distribución (o para cuando concluya la quiebra), lo que puede provocar que el síndico no cobre o cobre un importe que no tenga relación con la tarea realizada sin ningún motivo serio que así lo justifique.

Ello, sin perjuicio de que si el único activo o el activo más importante es el bien asiento del privilegio real, en supuestos donde el cobro del acreedor con garantía real consume todo o casi todo el activo, si no se hace la reserva es probable que el síndico no cobre o cobre muy poco.

Sentado ello, si se hace la reserva del art. 244 de LCQ y se difiere la regulación del síndico para la oportunidad del art. 265 de la LCQ (y se le regula al abogado del acreedor), y transcurre mucho tiempo entre la reserva y la regulación, el síndico recibirá una retribución que en términos reales no guardará proporcionalidad con la que recibió el letrado del acreedor, ya que con el mismo activo o producido se le regula a uno, el letrado, y mucho después al síndico, cuya retribución se verá menguada en función de la pérdida de valor adquisitivo de la moneda (la tesis que sostiene que no corresponde regular aparte al síndico en la mayoría de los casos permite romper con el principio de proporcionalidad).

Por último, el fundamento de la regulación en la oportunidad del art. 265 de la LCQ no tiene sentido, ya que no se rompe con los principios de proporcionalidad (no existen otros funcionarios que puedan merecer regulación) y porcentualidad (no permite romper con los porcentuales de la ley de concursos, ya que cuando se regula en función del art. 265 se tomará otro activo y otras tareas), y se trata de un supuesto no contemplado por la norma que corresponde asimilar al caso de finalizar la realización de un bien —el bien objeto del concurso especial—, máxime cuando el mismo no es tenido en cuenta para computar el activo que se tomará como base regulatoria con motivo del art. 265 de la LCQ.

La reserva del art. 244 de la LCQ debe ordenarse en el correspondiente auto aprobatorio de la subasta, lo que previamente requiere que el enajenador presente una cuenta detallada y documentada de gastos y que el síndico al contestar el traslado que se le confiera de dicha cuenta, introduzca los gastos y honorarios de (los funcio-

narios de la quiebra que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes, entre los cuales debería estar el honorario por su actuación en el concurso especial —no por lo actuado en todo el trámite— a cuyo fin corresponde que se forme una nueva cuenta o planilla de gastos y honorarios, que deberá ser objeto de análisis y aprobación judicial.

Porcentajes de la reserva

En cuanto al porcentual de reserva, como la ley no establece un porcentaje determinado, es el juez quien debe determinarlo prudencialmente. Los criterios jurisprudencia les son diversos, y van del 4% al 20% del producido del bien, según cuál sea el criterio para regular honorarios. Hay quienes aplican por analogía los porcentuales de la Ley de Concursos y Quiebras en caso de quiebra liquidada del art. 267 (4% al 12% del activo realizado, reducido en función de que el concurso especial importaría solo un tramo de toda una quiebra, por lo que regulan de un 3% a un 7%). Otros, en lugar de acudir a la analogía en base a las normas concursales, aplican supletoriamente la ley arancelaria local que rige en los incidentes o en los juicios ejecutivos y regulan honorarios en el orden del 18% lo cual no es razonable. En un punto intermedio se han aplicado las leyes arancelarias locales en cuanto a los incidentes (art. 47, ley 8904/77), conforme lo también previsto por el art. 287 de la citada ley concursal. Ello, sin perjuicio de que tales normas locales se conjuguen con el tope retributivo fijado por el art. 267 de aquella ley para los supuestos en los que medie realización de bienes del fallido, o sea con un tope del 12 % del activo liquidado, y se tenga en cuenta como referencia, en aras del principio de proporcionalidad que debe estar presente en toda regulación de honorarios, el porcentual que le corresponde al enajenador.

ASPECTOS ESPECÍFICOS DEL CONCURSO ESPECIAL EN LA QUIEBRA:

INMEDIATA VENTA DEL BIEN

Los acreedores hipotecarios no necesitan esperar la realización de los bienes en el proceso general, cuando el deudor ha sido declarado en quiebra o concurso civil, sino que podrán pedir la inmediata venta del bien gravado, para que se paguen sus créditos.

Esta facultad está prevista en los arts. 3937 y 3938 del Cód. Civil y es una de las razones que tiene en cuenta el acreedor al exigir una seguridad real en garantía de su crédito: no tener que esperar las resultas del concurso general, evitando ser tratado en igualdad de condiciones con los demás acreedores. El ordenamiento jurídico protege al acreedor hipotecario, teniendo en cuenta la función económica de

esta garantía. En resguardo del crédito, le concede un procedimiento ejecutivo, más rápido que el común, en el cual se reducen los actos procesales y las defensas que el deudor puede hacer valer.

Esta etapa de conocimiento previa a la subasta, en la ejecución seguida contra el deudor in bonis, se limita a la oposición de las excepciones previstas en la ley procesal.

VERIFICACIÓN EN EL CONCURSO ESPECIAL

Cuando el deudor está fallido, la protección que se brinda al acreedor hipotecario consiste en poder realizar los bienes gravados sin esperar los resultados del concurso general.

La ley 24.522 establece, en su art. 209, que los acreedores hipotecarios y prendarios pueden requerir la venta del bien gravado previa comprobación de su crédito y privilegio.

No obstante el concurso especial que se inicie para poder subastar el bien, el acreedor hipotecario deberá solicitar la verificación de su crédito.

La etapa previa a la subasta en el concurso especial es un proceso de carácter ejecutivo que admite limitaciones en cuanto a las defensas oponibles. Importa un proceso que se configura con una vista al síndico y posterior decisión del juez sobre el instrumento en que se documentan el crédito y el privilegio invocados .

El síndico, al oponerse a la procedencia del concurso especial, puede denunciar la nulidad o inoponibilidad de la hipoteca frente a la masa. Podrá invocar que el acto constitutivo de la garantía real cae dentro de los actos inoponibles o nulos, que se estudiarán en el capítulo III.

La formación del concurso especial importa una insinuación del crédito. El síndico deberá incorporarlo en el informe individual que elabora en el proceso de verificación que prevé el art. 35 de la ley 24.522. De este modo podrá ser impugnado y sometido a la decisión judicial referente a su admisión o verificación (art. 37, ley 24.522).

Ello podrá fundamentar la exigencia de una fianza para la oportunidad en que el acreedor cobre su crédito, en resguardo de la eventual obligación de restituir que pudiera derivar de la ineficacia o de la nulidad de la garantía o de la no verificación del crédito o de su privilegio.

SUSPENSIÓN DE LA SUBASTA

El art. 24 de la ley 24.522 faculta al juez a suspender temporalmente la subasta, en la ejecución del crédito con garantía prendaria o hipotecaria.

Esta suspensión no puede exceder el plazo de noventa días, vencido el cual no será procedente una nueva suspensión, aunque se trate de un concurso diferente.

Ejecución del crédito. Debe decidirse con criterio restrictivo, teniendo en cuenta los intereses del concurso y de la continuación de la actividad del deudor, puesto que las ejecuciones pueden desintegrar el patrimonio del deudor.

La suspensión no es procedente si no hay razones que la fundamenten, de acuerdo con las pautas expuestas. En este sentido se ha resuelto que no procede dicha suspensión por la sola falta de verificación del crédito.

Los intereses devengados durante la suspensión se considerarán créditos del concurso si el producto de la liquidación del bien resulta insuficiente. Se evita de este modo que el acreedor sufra perjuicios por el tiempo que se difiere el cobro de su crédito.

POR PAGO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO.

Otra forma de suspensión de la subasta es la prevista en el art. 126 de la ley 24.522. El síndico puede pagar íntegramente el crédito hipotecario y evitar así la venta del bien gravado, para lo cual deberá solicitar previa autorización judicial, ya que sin ella no procede la suspensión. Se utilizarán a este efecto los fondos existentes en el expediente o se recurrirá a la venta o gravamen de otros bienes.

La autorización deberá concederse teniendo en cuenta el beneficio que importa a los acreedores, atendiendo al interés de la conservación de la empresa y la protección del crédito.

Ante la iniciación de acciones de nulidad o revocatoria.

Puede proceder también la suspensión cautelar de la subasta en la quiebra cuando se han iniciado acciones tendientes a declarar la nulidad o inoponibilidad del acto mediante el cual se constituyó la garantía.

Inmuebles afectados a la construcción de viviendas.

La ley 19.290 prevé la posibilidad de suspender las ejecuciones hipotecarias que recaen sobre inmuebles afectados a la construcción de viviendas por el régimen de la ley 13.512.

Esta suspensión la decide el juez de oficio o a petición de parte, y puede extenderse hasta noventa días después de la junta de acreedores.

Se requiere que exista presunción de fraude en la conducta del concursado, al disponer o gravar los inmuebles.

La finalidad de esta ley ha sido la protección de los adquirentes, que cuentan sólo con un boleto de compraventa, frente a las eventuales maniobras del vendedor.

Esta suspensión se vincula con la posibilidad de promover acciones tendientes a declarar la nulidad o inoponibilidad del acto de constitución del gravamen.

Fundamentalmente en el concurso preventivo, durante el cual el acreedor hipotecario puede iniciar o proseguir la ejecución del inmueble sin necesidad de verificar su crédito.

CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIA.

El acreedor hipotecario no puede solicitar el concurso especial, como lo prevé el art. 195 de la ley 24.522, cuando se ha decidido la continuación de la actividad empresarial, si se trata de un crédito que no está vencido y el síndico abona la deuda en el tiempo debido.

Realmente, la norma citada nos presenta un caso en que el acreedor carece de interés en solicitar la subasta del bien. La posibilidad de seguir pagando el crédito e impedir la ejecución evita el desmembramiento del patrimonio del deudor, cuya integridad es necesaria para la continuación de la explotación.

ACTOS INEFICACES

CONCEPTO

Los actos celebrados por el deudor durante el período de sospecha son, en principio, actos válidos, si no existe algún vicio que pueda ocasionar su nulidad o anulabilidad. No se los puede considerar actos ilícitos, ya que el deudor, antes de la declaración de quiebra, tiene plena capacidad para administrar y disponer de sus bienes.

Pero algunos de los actos realizados, a pesar de ser válidos, pueden ser declarados ineficaces, para evitar que causen perjuicio a los acreedores. Como consecuencia de la ineficacia, se reintegran al patrimonio los bienes que fueron sustraídos de él.

La validez de estos actos subsiste con relación al deudor y al tercero contratante. La ineficacia es relativa: beneficia sólo a la masa de acreedores. En estos casos no queda afectado el vínculo jurídico, sino su exigibilidad patrimonial.

Cualquiera que sea la acción de ineficacia intentada, revocatoria, concursal o común, la inoponibilidad de la preferencia correspondiente al acreedor hipotecario beneficia a la masa de acreedores. Los acreedores de grado posterior mantienen la misma preferencia que hubieran tenido si el acreedor de grado anterior hubiese logrado hacer efectivo su derecho de garantía (art. 123, ley 24.522).

ACTOS INEFICACES DE PLENO DERECHO

Esta es la denominación que utiliza la ley, en su art. 118, para designar los actos realizados por el deudor, que pueden ser declarados ineficaces sin necesidad de petición. El juez de oficio declara la ineficacia, bastando que se trate de algunos de los actos taxativamente enunciados. Se requiere, además, que el acto haya sido realizado durante el período de sospecha.

HIPOTECAS INEFICACES DE PLENO DERECHO.

Los actos de constitución de prenda o hipoteca están comprendidos dentro de esta categoría, cuando acceden a una obligación que originariamente no tenía esa garantía y que no estaba vencida al momento de tal constitución. Procederá la declaración de ineficacia cuando: 1) la hipoteca ha sido constituida durante el período de sospecha; 2) el crédito garantizado se ha originado con anterioridad al acto constitutivo de la garantía real, y 3) dicho crédito se encontrara pendiente de plazo.

Cuando la garantía hipotecaria y el crédito son contemporáneos o se tratara de obligaciones vencidas, no procede la declaración de ineficacia en los términos del art. 118, que estudiamos: en su caso podrá considerarse comprendido al acto dentro del supuesto que prevé el art. 119 de la ley de concursos.

La fecha que hay que tomar en cuenta es la de constitución y no la de inscripción del gravamen. Esto, siempre que la inscripción no haya sido realizada con posterioridad a la sentencia de quiebra, ya que en este caso el acreedor no podrá invocar la garantía hipotecaria.

EFFECTOS DE LA INEFICACIA.

Como consecuencia de la ineficacia del acto, será inoponible a la masa el privilegio que se pretendió invocar, sin que el crédito se vea afectado. La ineficacia del derecho accesorio no altera los efectos del derecho principal.

FUNDAMENTO DE LA INEFICACIA.

El fundamento de esta ineficacia radica en que las garantías constituidas en seguridad de créditos de fecha anterior, alteran el principio de la *par conditio creditorum*, al gravar el patrimonio para favorecer a un acreedor en perjuicio de los demás.

CASOS COMPRENDIDOS.

Deben considerarse comprendidos en este supuesto, los aumentos o ampliaciones de hipotecas ya existentes y las constituidas en garantía de una deuda no vencida, cuando se comprometió su constitución y ésta no fue simultánea con el nacimiento del crédito.

No se aplica a la hipoteca constituida con anterioridad, para garantizar obligaciones futuras. Ésta podría ser declarada ineficaz si el tercero conocía el estado de cesación de pagos del deudor.

DECLARACIÓN DE OFICIO.

En estos casos, la ineficacia se declara de oficio, ya que no admite prueba en contrario. Cualquier proceso o cualquier determinación judicial es inútil. El acto mismo se considera síntoma de insolvencia.

Sin embargo, la ley admite la sustanciación diferida, acerca de la existencia de los presupuestos necesarios para la procedencia de la declaración de ineficacia. Además, existe la posibilidad de que la resolución judicial sea apelada o recurrida por vía incidental (art. 118, ley 24.522).

De este modo, el acreedor podrá cuestionar la fecha fijada como inicial de la cesación de pagos, ya que siempre que no haya intervenido en el proceso para su determinación, la resolución no tendrá fuerza de cosa juzgada y admitirá prueba en contrario (art. 115, ley 24.522). Asimismo, podrá el acreedor disentir en cuanto al momento considerado como fecha originaria de la deuda. En este sentido son muy frecuentes los casos en que no aparece con claridad si la deuda se ha originado al constituirse la garantía o si se trata de una refinanciación, para la cual se exigen garantías reales.

LEGITIMACIÓN PARA INVOCAR O SOLICITAR LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO:

Si bien la ineficacia se declara de oficio, sin necesidad de petición de parte, no hay impedimento alguno para que el síndico o los acreedores la hagan valer o denuncien, aunque no exista resolución judicial.

Así, podrá ser invocada frente al pedido de verificación, negándose el privilegio que se insinúa, o mediante oposición al concurso especial que promueve el acreedor hipotecario (arts. 200 y 209, ley 24.522).

El síndico debe denunciar la existencia de estos actos ineficaces al presentar su informe general, y siempre que tenga conocimiento de ellos, aunque sea con posterioridad a la presentación del mencionado informe (arts. 39, 118 y 275, ley 24.522).

Los acreedores pueden también denunciar la existencia de estos actos, al hacer las observaciones al informe general. Asimismo, podrán invocar la ineficacia de la garantía cuando formulen impugnaciones en el proceso de verificación de créditos (arts. 40 y 200, ley de 24.522).

ACTOS INEFICACES POR CONOCIMIENTO DE LA CESACIÓN DE PAGOS

Se refiere la ley en su art. 119 a los actos cuya ineficacia se puede reclamar promoviendo la acción revocatoria concursal (a diferencia de los actos anteriormente estudiados, cuya ineficacia era declarada de oficio, aun sin mediar petición).

En este caso, para que la ineficacia sea procedente, se requiere: *a)* que el acto haya sido realizado durante el período de sospecha; *b)* que el tercero conociera el estado de cesación de pagos del deudor, y *c)* que el acto cause perjuicio a la masa de acreedores.

En cuanto al primero de los recaudos mencionados, es suficiente que el acto haya sido realizado durante el período de sospecha.

En lo que tiene que ver con el segundo requisito, la ley sólo exige que el tercero conociera el estado de cesación de pagos del deudor. No es necesario que tuviera intención de sustraer bienes del patrimonio de este último, ni que conociera que con el acto realizado causaba perjuicio a los acreedores.

La acreditación del conocimiento del estado de cesación de pagos por el tercero contratante, es sumamente difícil. Fundamentalmente deberá basarse la prueba en el conocimiento de los hechos reveladores y en las presunciones graves y concordantes, que sean convincentes para el juzgador.

Por último, con relación a la perjudicialidad del acto se había dividido la doctrina, ya que la ley anterior no establecía este requisito en forma expresa, no obstante que la sección respectiva se titulaba “Período de sospecha y efectos sobre los actos perjudiciales a los acreedores”.

Con la nueva legislación concursal no queda margen alguno para tal debate, puesto que el actual art. 119 se refiere a “los demás actos perjudiciales para los acreedores”, permitiendo que el tercero contratante, como defensa frente a la acción revocatoria tendiente a la declaración de ineficacia, pruebe que el acto no causó ningún perjuicio.

ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL.

La declaración de ineficacia, en estos casos, requiere la promoción de la acción revocatoria concursal (no procede la declaración de oficio, sin sustanciación), mediante la cual se reintegran al patrimonio del deudor los bienes sustraídos, para someterlos a la liquidación.

Por medio de esta acción también se puede declarar la ineficacia de un crédito garantizado con prenda o hipoteca. En este caso dichas garantías, en virtud de su carácter accesorio, correrán la misma suerte que el crédito principal.

En virtud de la reforma introducida por el art. 118, inc. 3, de la ley 24.522 a la anterior norma contenida en el art. 122, inc. 4, de la ley 19.551, los derechos reales de garantía constituidos en favor de créditos vencidos, que carecían de dicha garantía al momento de su nacimiento, no resultan incluidos dentro de los supuestos de ineficacia de puro derecho, sino que a su respecto será necesaria la debida promoción de una acción revocatoria concursal, en los términos que establece el art. 119 de la ley 24.522.

En este caso puede presumirse que el tercero contratante conoce del estado de cesación de pagos del deudor, ya que la deuda vencida aún no ha sido cancelada, y decidió a su respecto constituir un derecho real de garantía.

El obstáculo que puede presentar la declaración de ineficacia en este caso es la invocación y prueba por parte del acreedor que el acto no fue perjudicial.

Si por perjuicio entendemos la violación del principio que impone el trato igualitario a los acreedores, tan sólo en el hipotético caso en que la constitución del derecho de garantía lo fuera en favor del único acreedor no sería perjudicial. Si existen otros acreedores, es indiscutible que la garantía que beneficia a uno o alguno de éstos en desmedro de los demás, resulta ser un acto perjudicial.

En cambio, si el perjuicio no se analiza desde la perspectiva del quebrantamiento de la igualdad, sino desde la perspectiva de la situación patrimonial del deudor, otras habrán de ser las derivaciones de la cuestión.

En este caso cabría meritarse si el acto en virtud del cual ha sido refinanciada una obligación, constituyendo derechos reales de garantía, ha beneficiado la situación patrimonial del deudor o le ha permitido sobrellevar su actividad empresarial, sin menoscabar el derecho de los restantes acreedores o si, por el contrario, tal refinanciación ha sido celebrada sin que ello importe una mejora a la situación patrimonial del deudor, que por resultar irreversible culminó con la declaración de quiebra.

Debe destacarse al respecto que el legislador ha trasladado el debate acerca de la oponibilidad de los acuerdos extrajudiciales no homologados, cuando en ellos se constituyen derechos reales de garantía, al análisis de los presupuestos que para la declaración de actos ineficaces por conocimiento de fe cesación de pagos regula el art. 119 de 1ª ley.

En este ámbito ofrece serias dificultades la definición de lo que debe entenderse por acto perjudicial, para excluir de las consecuencias de este mecanismo de recomposición patrimonial a los actos que no son perjudiciales. En este sentido es ilustrativo analizar la diversidad de criterios que ha sustentado la doctrina de los autores y la doctrina judicial.

LEGITIMACIÓN ACTIVA. INEFICACIA COMO ACCIÓN Y COMO DEFENSA.

La acción revocatoria concursal debe ser promovida por el síndico, a quien la ley confiere legitimación activa al respecto. A diferencia de lo establecido en la ley anterior, el síndico necesita solicitar autorización previa a los acreedores (art. 119, ley 24.522).

Esta legitimación activa pueden tenerla también los acreedores, pero excepcionalmente, cuando han intimado al síndico a iniciarla y él no lo hace en el plazo de treinta días (art. 120, ley 24.522).

La ley dice expresamente que la declaración de ineficacia de los actos realizados durante el período de sospecha, por conocer el tercero el estado de cesación de pagos del deudor, debe reclamarse por acción, ante el mismo juez, y tramitarse por vía ordinaria o incidental, si media acuerdo de partes.

LA ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL FRENTE AL CONCURSO ESPECIAL.

Si con anterioridad a la subasta en el concurso especial se dedujo acción revocatoria, ésta debería haber sido desestimada para poder proseguir con la realización del bien si existe verosimilitud del derecho invocado. Los principios que rigen los

concursos y el interés general tutelado están por encima del interés particular del acreedor, ante la posibilidad de que la garantía se haya constituido en perjuicio de los demás.

ACTOS FRAUDULENTOS

CONCEPTO DEL FRAUDE

Hay fraude en los actos jurídicos cuando se realiza una maniobra tendiente a perjudicar a un tercero que no participa en él, tratando de privarlo de un derecho. En el caso de fraude (a diferencia del supuesto en que media simulación) el acto es real.

El fraude se configura cuando el deudor enajena bienes con el propósito de sustraerlos a la acción de sus acreedores.

ACCIÓN REVOCATORIA COMÚN O PAULIANA

La acción revocatoria común o pauliana es el remedio previsto por la ley civil frente al deudor que obra de mala fe, realizando actos tendientes a eludir el pago de sus deudas y hacer ilusorios los derechos de sus acreedores.

FINALIDAD DE LA ACCIÓN REVOCATORIA COMÚN.

Esta acción no es realmente una acción de nulidad, sino que su finalidad es dejar sin efecto los actos con relación a los acreedores: los actos no son nulos, sino inoponibles.

REQUISITOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA. La acción revocatoria o pauliana requiere en general que el acto del deudor cause perjuicio a sus acreedores, ya que sin ese perjuicio los acreedores carecerían de interés.

Las condiciones exigidas por la ley para el ejercicio de esta acción son: 1) insolvencia del deudor, prevista en el art. 962 del Cód. Civil, que debe existir al momento de solicitarse la revocación del acto, extremo que no necesita acreditarse cuando el deudor está concursado; 2) la insolvencia debe existir con anterioridad al acto o ser causada por él, de modo que dicho acto haya producido o agravado el estado de desequilibrio económico del deudor; 3) el crédito de quien intenta la acción debe ser de fecha anterior al acto; los acreedores posteriores no se consideran perjudicados, porque al contratar con el deudor el acto ya se había celebrado, y 4) cuando se trata de actos a título oneroso es necesario que el deudor haya querido defraudar a sus acreedores y que el tercero contratante haya sido cómplice en el fraude - el ánimo de defraudar por parte del deudor se presume por el estado de insolvencia y por el conocimiento de dicho estado -; se entiende que dicho ánimo existe cuando el deudor es consciente de que ha creado o agravado su insolvencia; por su parte, la complicidad del tercero se presume si al momento de contratar conocía el estado de insolvencia.

Reunidas las condiciones antes expuestas, se puede solicitar la revocación del acto mediante el cual se contrae una deuda garantizada con hipoteca o la revocación de la constitución de dicha garantía real.

LEGITIMACIÓN ACTIVA.

La ley confiere legitimación activa para ejercer la acción a los acreedores quirografarios, de modo que el acreedor hipotecario puede hacerlo únicamente si renuncia a su privilegio o si, ejecutado el bien, su producto viene a ser insuficiente para satisfacer la totalidad del crédito.

En caso de haberse declarado la quiebra del deudor, la acción revocatoria o pauliana la ejercerá el síndico, como lo prevé el art. 120 de la ley 24.522.

Los acreedores, no obstante, pueden iniciar o proseguir la acción revocatoria o pauliana ante la inactividad del síndico y previa intimación, respecto de la acción revocatoria concursal.

A diferencia de la acción revocatoria concursal, para que sea procedente la acción revocatoria común o pauliana, al igual que las acciones de nulidad, no es necesario que el acto se haya realizado durante el período de sospecha.

Con motivo del nuevo régimen legal que requiere para la promoción de la acción revocatoria concursal la autorización previa de la mayoría simple de capital quirografario verificado y declarado admisible, se ha planteado judicialmente si dicha conformidad es también necesaria para la iniciación de la acción revocatoria común o pauliana por parte de la sindicatura.

Ante la falta de exigencia expresa por parte de la ley de tal autorización previa, el síndico se encuentra autorizado para el ejercicio de esta acción sin que sea necesaria la consulta a los acreedores.

Es que el principio general en materia concursal es el de la legitimación de la sindicatura para la deducción de todas las acciones necesarias para la defensa, integración y recomposición del patrimonio del deudor.

La excepción ha sido, en ciertos supuestos especiales, la de requerir autorización de los acreedores, con la finalidad de evitar un innecesario incremento de los gastos judiciales, en contra de la voluntad de los acreedores.

El carácter excepcional de este requisito de autorización previa, impide su extensión por analogía a otros supuestos en los que, si bien se configurarían presupuestos semejantes a los que ha tenido en miras el legislador al requerirla, no han sido expresamente previstos con dicha exigencia previa.

Es así que el síndico no necesita recabar la previa conformidad de los acreedores para deducir la acción de fraude común o pauliana, la acción de simulación, acciones de nulidad de actos jurídicos, para intentar la extensión de la quiebra o para ejercer las acciones de las que era titular el deudor.

Sin embargo, existe doctrina encontrada al respecto, por cuanto ciertos autores y pronunciamientos judiciales han considerado que también para el ejercicio de esta acción el síndico debe estar autorizado por los acreedores.

CARACTERIZACIÓN. PRINCIPIOS GENERALES

Con un alcance distinto al concepto de inoponibilidad, actos nulos son aquellos que, por disposición legal, se ven privados de sus efectos jurídicos por causas existentes en el momento de su otorgamiento.

En este caso, la invalidez priva al acto de efectos entre las partes y frente a terceros: a diferencia de la ineficacia o inoponibilidad, que mantiene la validez entre las partes, restándole efectos sólo respecto de terceros.

NULIDAD ABSOLUTA

Cuando la nulidad es absoluta, podrá ser declarada de oficio o a petición de parte. La declaración de oficio procederá cuando la nulidad aparece manifiesta en el acto, sin que sea necesaria ninguna investigación. Tales, por ejemplo, las escrituras públicas que adolecen de las irregularidades previstas en el art. 1004 del Cód. Civil.

En cuanto a la declaración de nulidad a petición de parte, la ley legitima al efecto a todo el que tenga interés en hacerlo. Los otorgantes del acto podrán pedir la nulidad siempre que no lo hayan ejecutado sabiendo o debiendo conocer el vicio que lo invalidaba. Los terceros interesados también pueden solicitar que se declare dicha nulidad.

Están legitimados los acreedores de cualquiera de las partes y el síndico en caso de quiebra.

NULIDAD ABSOLUTA EN LA HIPOTECA

Se han considerado casos de nulidad absoluta que tienen vinculación con el acreedor hipotecario, los actos otorgados por personas absolutamente incapaces, los actos donde existe incapacidad de derecho para su celebración, los que importan la violación a principios de orden público o de interés social, los actos con objeto ilícito o inmoral, aquellos en que no se han observado las formalidades que la ley impone como condición de validez y las hipotecas en las que falta el requisito de especialidad en la determinación de la cosa gravada o del crédito garantizado (arts. 1041, 1043, 1044 y 3148, Cód. Civil).

NULIDAD RELATIVA

En cambio, cuando la nulidad es relativa, sólo puede ser declarada a petición de parte, y por aquellos en cuyo beneficio se la ha establecido. Consecuentemente, los terceros carecen de acción. No obstante, se considera que éstos podrían peticionarla por vía de acción subrogatoria (art. 1048, Cód. Civil).

La nulidad relativa afecta a los actos otorgados por personas relativamente incapaces o a los actos viciados de error, violencia, fraude o simulación (arts. 1042 y 1045, Cód. Civil).

DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA. DE OFICIO Y A PETICIÓN DE PARTE. LEGITIMADOS

La nulidad, cuando es solicitada por una parte, puede hacerse valer por vía de acción o de excepción, tal como lo dispone expresamente el art. 1058 *bis* del Cód. Civil.

En consecuencia, el juez de la quiebra, de oficio o a petición del síndico o de los acreedores podrá declarar la nulidad de las hipotecas por un deudor absolutamente incapaz, las que garanticen el pago del precio en un contrato en el que una de las partes tenga incapacidad de derecho para celebrar dicho acto, las otorgadas en garantía del fiador en los supuestos de incapacidad de derecho previstos en el art. 2011 del Cód. Civil y aquellas hipotecas en que falte el requisito de especialidad en cuanto al bien o al derecho. En igual situación se encuentran aquellas hipotecas que no hayan sido constituidas mediante instrumento público, o cuando dicho instrumento adolezca de nulidades, como las previstas en el art. 1004 del Cód. Civil.

Podrá, asimismo, de oficio o a petición del síndico o de sus acreedores, reducirse la tasa de interés o la modalidad de actualización del crédito, si se los considera excesivos.

EFFECTOS DE LA NULIDAD DE LA HIPOTECA EN LA QUIEBRA.

El art. 1050 del Cód. Civil establece que la declaración de nulidad de un acto vuelve las cosas al mismo estado en que se encontraban anteriormente. Como consecuencia de ello, la hipoteca nula no producirá ningún efecto jurídico entre las partes ni con relación a terceros. El acto se considera inválido, por lo tanto, al no producir efectos, la nulidad beneficia a los acreedores de grado posterior. No es aplicable en este caso la norma prevista en el art. 123 de la ley 24.522, ya que dicha disposición se refiere a los casos de inoponibilidad de la hipoteca al concurso, no a los de nulidad a que aquí nos referimos.

ACTOS SIMULADOS

NOCIÓN. CLASES

Para que exista acto simulado el art. 955 del Cód. Civil requiere: a) una declaración de voluntad que encubra la verdadera intención de las partes -no corresponde a la voluntad real-; b) acuerdo entre las partes para otorgar el acto simulado -discordancia bilateralmente deliberada-, y c) propósito de engañar a terceros.

En el acto simulado, las partes no tienen intención de producir el efecto jurídico que se aparenta. Falta el consentimiento para el acto. Por ello se considera que el acto simulado no es un acto nulo o anulable, sino un acto aparente.

Si la voluntad declarada no tiene nada de real, ya que detrás de ella no existe acto alguno, la simulación es absoluta. Existe tan sólo el acto aparente. Si, en cambio, el acto simulado es de una apariencia distinta de la del otro acto, respecto del cual se oculta su verdadero carácter, la simulación es relativa. Nos encontramos en presencia de dos actos, uno aparente y otro oculto.

LA SIMULACIÓN COMO ACCIÓN Y COMO DEFENSA. LEGITIMADOS.

Ya sea por vía de acción o por vía de defensa se puede intentar la declaración de simulación del acto (art. 1058 *bis*, Cód. Civil).

A tal efecto, están legitimadas las partes otorgantes y los terceros. Quienes han sido parte sólo pueden deducir la acción tendiente a declarar la simulación, cuando ésta no ha sido ilícita, porque viola la ley o perjudica a terceros, y siempre que no se obtenga beneficio de ella.

Cabe aclarar que lo que importa en este sentido, para determinar la ilicitud de la simulación, no es la intención de perjudicar, sino el perjuicio real que el acto ocasiona. Las partes pueden tener intención de otorgar un acto engañoso inocente y después derivarse de él perjuicio para los acreedores.

Cuando los terceros deducen la acción, para que ésta proceda, deberán acreditar la simulación y el perjuicio querella les cause.

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA QUIEBRA.

Estando declarada la quiebra, el legitimado activo para hacer valer la simulación, por vía de acción, es el síndico.

Ante la inactividad del síndico, los acreedores pueden iniciar esta acción. Se aplicará al efecto el mismo proceso mediante el cual adquieren legitimación activa para ejercer la acción revocatoria, es decir, se intimará previamente al síndico.

Los acreedores, ante la inacción del síndico, tienen un interés legítimo, ya que el acto les causa perjuicio; éste es el fundamento de su acción (art. 120, ley 24.522).

LA SIMULACIÓN COMO DEFENSA EN LA QUIEBRA.

La simulación como defensa puede ser invocada por el deudor, al impugnar el pedido de verificación de un crédito o al observar el crédito de quien solicita su verificación por vía incidental.

Asimismo, el síndico puede oponerse a la verificación de créditos provenientes de actos simulados que violan la ley o perjudican a terceros (art. 35, ley 24.522).

Los acreedores podrán invocar la simulación por vía de defensa mediante el mecanismo de impugnación u observación al informe individual de créditos, y si el juez, a pesar de todo, admite el crédito, podrán promover el pertinente incidente de

no admisión, tendiente a probar con amplitud los extremos invocados (art. 38, ley 24.522).

PRUEBA DE LA SIMULACIÓN.

En todos los casos, cuando la acción o defensa sea intentada por el síndico o por los acreedores, la simulación puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, incluso por presunciones.

EFFECTOS DE LA SIMULACIÓN.

Declarada la simulación, el acto carece de objeto. Si se trata de una hipoteca, las consecuencias de la declaración de simulación serán las mismas que hemos señalado para el caso de nulidad. La declaración de simulación no importa una inoponibilidad; consecuentemente las sumas correspondientes al gravamen simulado benefician a los acreedores de rango posterior.

CONCLUSIÓN:

El Concurso Especial funciona como un mecanismo de liquidación anticipado y no como un mecanismo de verificación, dado que no exime de la carga de verificar por lo que no exige como presupuesto de admisibilidad que el titular de la garantía real cuente con un pronunciamiento verificadorio favorable para su interposición. – salvo en el supuesto excepcional del art. 195 inc 2º LCQ – Continuación de la Explotación. En el cual si bien se hallan vencidos los créditos, no puede ejecutar por no contar con resolución firme que acredite su condición de acreedor hipotecario.

Lo expuesto surge en forma expresa del art. 126 de la LCQ cuyo primer párrafo establece que todos los acreedores de causa o título anterior a la quiebra deben verificar sus créditos y preferencias, y en el siguiente párrafo dice que el concurso especial procede “sin perjuicio del cumplimiento oportuno de esa carga”.

Por esto si el juez hace lugar al concurso especial dicha resolución no hace cosa juzgada ni limita el trámite de verificación.

La fianza - permite garantizar la devolución de todo o parte de lo percibido en función de lo resuelto en la verificación del crédito - que debe prestar el acreedor peticionante del concurso especial antes de percibir sus crédito cuando todavía no tienen resolución firme que determine su crédito y privilegio y/o cuando existen acreedores preferentes o de mejor derecho. –

Además de la reserva de gastos del art. 244 de la LCQ, tienen preferencia por sobre el acreedor hipotecario o prendario, los gastos de construcción y conservación, impuestos y tasas que correspondan particularmente sobre el bien gravado, devengados con anterioridad a la inscripción de la hipoteca o prenda (art. 243 inc.

1º, LCQ), lo adeudado al retentor si la retención comenzó a ejercerse antes de la inscripción del privilegio en el registro respectivo (art. 243 inc. 2º LCQ).

Esta fianza es requerida para retirar los fondos, pero no para peticionar u ordenar la venta judicial.

Por todo esto una vez obtenida la verificación por resolución firme como la misma tiene valor de cosa juzgada material, se proyecta en cuanto al alcance del crédito y privilegio sobre el concurso especial.

Si verificó como quirografario eso impide la continuación del privilegio especial por no mantenerse el privilegio que es un presupuesto de su procedencia; sí se admitió su crédito solo por el capital reclamado y eso quedó firme, ya que no fue susceptible de revisión han jugado sobre su acreencia los efectos de cosa juzgada, por lo que no puede pretender en un concurso especial que se le adicione accesorio alguno.

Como resultado del análisis de las cuestiones planteadas se aprechia que en el concurso especial el análisis que tienen que realizar tanto el síndico como el juez concursal está limitado a los aspectos formales y extrínsecos del título. Todo esto sin dejar de considerar las situaciones particulares que tienen su desarrollo en el presente trabajo.

Bibliografía Específica

- Derecho del acreedor hipotecario en el proceso concursal, Patricia Ferrer. Editorial ASTREA.
- Ley de Concursos y Quiebras – Comentada. Anotada. Concordada, Ricardo D. Sosa Aubone.
- Ley de Concursos y Quiebras – Explicada, Guillermo M. Pesaresi. Editorial ESTUDIO.
- Ley de Concursos y Quiebras – 24.522 – Comentada y actualizada, Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval. Editorial ABELEDOPERROT.

Bibliografía General

- Ley 24522 de Concursos y Quiebras Sancionada: 20/07/1995. Promulgada.
- Ley 26086 Modificación de la Ley 24522 de Concursos y Quiebras. Sancionada 22/03/2006.
- Ley 26684 Modificación de La ley 24552 de Concursos y Quiebras. Sancionada 01/06/2011.
- Derecho concursal, Omar R. Berstein, Fernando Lavecchia, Nicolás A. Berstein. Editorial HAMMURABI.
- Sistema Procesal Concursal, Darío J. Graziabile. Editorial ERREIUS.