

LOS PRIVILEGIOS CONCURSALES ANTE LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA CIVIL Y COMERCIAL

Héctor Cámara

1. INTRODUCCIÓN

Los privilegios concursales constituyen siempre un tema atrayente y sugestivo por su complejidad, ya que cambia su criterio la prioridad, y por otra parte, se trata de reducirlos al máximo o suprimirlos; ellos rompen el principio dominante en materia concursal de la igualdad de los acreedores *-par conditio creditorum-*

El problema se complica cuando existe, como en el país, un doble sistema *-civil y comercial-*, cuyas soluciones muchas veces no son armónicas y hay que armonizarlas. De allí que se ha bregado desde hace tiempo por llegar a la unidad legislativa, como se votó en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil hace más de medio siglo, idea que cristalizó en algunas tentativas legales: proyectos de ley nacional de bancarrotas del Poder Ejecutivo Nacional de los años 1952 y 1954, que culmina con el proyecto de unificación legislativa aprobado el año 1985 en la H. Cámara de Diputados y hace poco tiempo la H. Cámara de Senadores, que como es sabido, fue vetado por el P.E. Nacional.

Sin embargo, se insiste sobre esta unidad, ya que el Ministerio de Justicia de la Nación designó una nueva comisión de juristas para que se pronuncie sobre la conveniencia de dicha unificación, para en su caso, proseguir la tarea.

Estimamos hay *consensus* sobre la necesidad de la unidad legislativa civil y comercial, pues, la discrepancia reinante era sobre el proyecto aprobado sin debate en ambas Cámaras del Parlamento, con mucha premura, tanto que el primero, después de depositado en la H. Cámara de Diputados fue objeto de reformas por la Comisión, las que siguieron después de la aprobación de ese cuerpo legislativo y también cuando ya estaba en el Senado Nacional.

En el tema, advertimos, dicho proyecto logró la unidad de los privilegios civiles y comerciales en el Código Civil, pero siguiendo las directivas de la ley concursal, aunque con técnica deficiente y un grave error sustancial, que deseamos no se repita en este caso. Amén de ello, formulamos algunas otras pautas que

considerámos de interés para la nueva codificación.

2. NUEVO CRITERIO PARA DETERMINAR LOS PRIVILEGIOS CONCURSALES

Hemos adelantado, que el criterio para otorgar el *ius preferendi* que originariamente se confería atendiendo la persona del acreedor-miembro de la nobleza, del clero, etcétera. Hay una solución estrictamente objetiva “mira al crédito y no la persona del titular”, como decía el art. 1961 del Código de Comercio de 1862. “El privilegio es un derecho que la calidad del crédito da a su acreedor, para ser preferido sobre los demás, aunque sean hipotecarios”.

Lo cierto es que los privilegios de los créditos han ido surgiendo en el tiempo desordenadamente y en forma impropia, como declara la Exposición de motivos del reciente anteproyecto español de la ley concursal. “La compleja trama de preferencias y privilegios del derecho anterior constituido a lo largo de la historia a medida que consolidaban su influencia, los beneficiarios de ese trato especial, resulta en la actualidad difícil de justificar.

Un examen pormenorizado de los privilegios sirve para poner de relieve tanto los criterios heterogéneos -y en ocasiones contradictorios entre sí-, que se han seguido para la concesión del privilegio, como la correlativa falta de fundamento económico y social que en la actualidad caracteriza la mayor parte de los créditos. Sólo la inercia de la tradición o el egoísmo de quienes disfrutaban de este trato desigual, ha permitido la pervivencia de tan lamentable situación. Por estas razones, la ley parte de la consideración de que, declarado el concurso, todos los acreedores del deudor hasta la fecha de la admisión a trámite de la solicitud, quedan de derecho integrados en la masa, si bien rindiendo tributo a exigencias que no deben desconocerse, admite, además de los créditos, los que reconoce la prededucibilidad, la existencia de acreedores especialmente privilegiados sobre determinados bienes muebles o inmuebles, así como un número mínimo de privilegios generales. Fuera de estos casos, la paridad de trato es principio general, desapareciendo por completo las preferencias derivadas de la particular forma en la que el crédito consta o del momento de su constitución, a la vez que elimina el sistema de reparto basados en la naturaleza de los bienes”.

Bibiloni, hace más de sesenta años, en su anteproyecto de Código Civil atacó el exceso de privilegios con apoyo de la doctrina suiza y germana. Ha de dejarse a las partes que ajusten por convención expresa las garantías que pretenden en salvaguardia (...). Son dañosos para el deudor, que no puede obtener los medios necesarios para desenvolver o desembarazar sus negocios, porque aleja la cooperación de los que pudieran ayudarlos. La supuesta protección de que se pretenda

rodearle, se constituye en la abstención efectiva de toda ayuda⁽¹⁾. Sostiene que una de las materias que mayores modificaciones ha sufrido en los últimos tiempos, tanto que se llega a hablar de la supresión de los privilegios, salvo los fundados en la pignoración expresa o presunta.

El derecho comparado contemporáneo adhiere al movimiento de renovación, reduciendo los privilegios⁽²⁾, simplificando el régimen⁽³⁾ y hasta la supresión, que recoge la reforma de la ley austríaca de 1982, que elimina todas las preferencias, incluso las laborales, porque este exceso conspira contra los beneficiarios, al obligar a la clausura de fuentes de trabajo.

En el país, por el contrario, se han incrementado de manera inusual los privilegios, algunos acumulando el privilegio especial y general -v.gr. laborales- lo que es absurdo por el diverso fundamento de uno y otro, llegando a recaer sobre bienes extraños al deudor -v.gr. art. 268 L.C.T.- que no reproduce la ley de concursos, como afirmó la Exposición de motivos de la ley 22.917, permitir la extensión del privilegio a bienes de terceros, afecta la garantía constitucional del derecho de propiedad -n. 34, b-, parecer de la doctrina.

Es menester concluir con esta generosidad legislativa, muchas veces con fines demagógicos, pues, no basta una interpretación restrictiva, dentro de los márgenes estrechos del derecho de carácter excepcional que se los otorga de manera que el proceso concursal no se vea neutralizado por éstos, y logre en consecuencia, su trascendente objetivo social⁽⁴⁾.

No es posible seguir tolerando la infracción a la regla de paridad de trato, y

(1) Bibiloni, *Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino*, Bs. As., 1929, t. II, p. 324. Allí señala que esta materia es una de las que ha sufrido mayores modificaciones en las legislaciones recientes y en la doctrina.

(2) Bronzini declaró hace más de una década, que Alemania tiende a la supresión de los privilegios, aun los del fisco y de los trabajadores -Abolizione di tutti i privilegi: del fisco e lavoratori (proposta di riforma del fallimento nella Germania Federale, dir. fall. 1980-I, p. 127- punto de vista que defiende Ghidini, Proposte di riforma della legge fallimentare), Riv. Dir. Com., 1974, p. 206.

Requiao, en Brasil, piensa que urge colocar los créditos fiscales o parafiscales en clase próxima a los quirografarios, que constituyen una reminiscencia de la época facista-curso de direito fallimentare, 1979, II, p. 249.

(3) El sistema de los privilegios en la ley americana es muy simple: 1) gastos del concurso; 2) sueldos, salarios y comisiones, incluyendo indemnización por despido, vacaciones y licencia por enfermedad, durante los noventa días anteriores a la apertura del concurso o al cierre de la empresa, con límite de dos mil dólares por cada persona; 3) cuotas de los planes en beneficio de los empleados; 4) créditos de personas físicas derivados de entregas de dinero con el objeto de comprar o recibir por *leasing*, bienes destinados para uso personal del interesado o de su familia, y esas cosas no hayan sido entregadas hasta un máximo de novecientos dólares; 5) créditos del fisco, reparticiones estatales o de servicios de planes de previsión (secc. 507).

(4) Bosch, *La masa concursal frente al privilegio de los privilegiados*, L.L. 1986-B, p. 16. V Congreso Argentino de Derecho Societario.

que el reducido activo concursal sea vaciado a favor de ciertos créditos, como señala Bisbal Méndez: *"a determinadas categorías de deudores, se les ha permitido un mayor acceso al crédito mediante la posibilidad de ofrecer, como garantía de éste, derechos sobre algunos tipos de bienes poseídos por esas categorías de modo significativo -v.gr. garantías reales-. En otros casos ha sido el poder contractual de los acreedores el que ha impuesto esta situación privilegiada ante el evento de la quiebra. Sea cual fuere la razón del fenómeno, el hecho es que la regla de la proporcionalidad es aplicada sobre el resto de la satisfacción de estos privilegios, y, en consecuencia, la pérdida es imputada principalmente a los acreedores quirografarios y comunes. Es en el seno de esta categoría donde la justicia de la proporcionalidad triunfa. Un triunfo tan imaginario como en una danza pírrica"* (5).

En síntesis, deben reducirse al mínimo indispensable los privilegios de los créditos en los concursos, conforme la corriente generalizada, de lo cual buena muestra es la reforma de la ley concursal austríaca de 1982.

Cabe consignar que ello no importa desproteger a las relaciones laborales, que no mejoran de situación por acordarles varios privilegios, que de nada sirven si el deudor es insolvente. El problema es solucionado por otra vía más eficaz, en las legislaciones extranjeras -v.gr. contrato de seguro-, que ha preocupado al legislador de la C.E.E., una de cuyas directivas emplazó a todos los estados tutelar la relación de trabajo en caso de crisis de la empresa, cuando casi todos los países contaban con esa protección, excepto Italia e Irlanda, a quienes ésta se dirigía.

La supresión de numerosos *ius preferendi*, que carecen de toda fundamentación incrementará los fondos para repartir entre los acreedores quirografarios o comunes -donde las estadísticas muestran preocupación-, que es muy importante.

3. SUPRESIÓN DE LA LIMITACIÓN A LOS ACREEDORES CON PRIVILEGIO GENERAL

El art. 271 de la ley 19.551 dispone una mutilación a los créditos con privilegio general, que es una novedad de nuestro derecho, sin antecedente conocido.

El objetivo del legislador es que los acreedores comunes puedan percibir algún importe, solución que puede alcanzarse por otra vía -reducción de créditos privilegiados-, conforme la Exposición de motivos se inspira en razones de justicia expuesta, y en la convicción de que paralelamente se refuerza la garantía natural

(5) Bisbal Méndez, *La empresa en crisis y el derecho de quiebras* (una aproximación económica y jurídica de los procedimientos de conservación de empresas), Zaragoza, 1986, ps. 68/9.

del crédito común, y fomentando la confianza de su debida tutela legal se afirman los principios en los que la comisión se apoyó para la redacción del proyecto -n. 122 in fine-.

No son convincentes las razones aducidas, porque si los créditos con privilegio general gozan de esos derechos -v.gr. gastos funerarios, de última enfermedad, etcétera-, no hay motivo para mutilar el privilegio hasta el 50%.

El crédito con privilegio general debe cubrir el total del importe, y no parcialmente. Ello podría prestarse en la práctica a arreglos turbios, en defensa de la prioridad del crédito en su integridad. Si el crédito disfruta de privilegio general debe gozarlo por el todo y no parcialmente; de lo contrario, no puede figurar entre los créditos privilegiados.

El texto es *propio* de nuestro derecho, ya que no cuenta ni se cita antecedente alguno. Como tenemos reiterado con un autor español, la originalidad en el arte es el pórtico del éxito, en las leyes el heraldo de su fracaso. Las leyes se deben a la experiencia y no al experimento.

Afortunadamente, el proyecto de unificación legislativa civil y comercial suprimió este texto, que esperamos desaparezca de la ley concursal futura.

4. DESAPARICIÓN DE PRIVILEGIOS ABUSIVOS

Olivencia Ruiz, en armonía con el informe del anteproyecto de ley concursal española, señala: *"El complejo sistema de graduación responde a un largo acarreo histórico, en el que han ido situándose en lugares de preferencia los intereses dominantes en cada momento: Y aquí también trasluce en nuestro derecho codificado.*

La ideología que lo inspira, junto a razones humanitarias, cuya presencia en las normas no puede desconocerse predomina intereses capitalistas y mercantiles. Nuestro derecho prima especialmente a los acreedores mercantiles y dentro de la clase, a los que suelen ser más potentes, a los profesionales del crédito y a los que más desconfianza o menos complacencia han dispensado al deudor: a expensas de quienes más inexpertos o pacientes, han intentado salvarle de la difícil situación" (6).

En el país, la ley 21.526 creó el llamado *privilegio absoluto* del Banco Central de la República Argentina, ampliado por ley 22.529, que tiene a su cargo la liquidación de todas las entidades financieras.

La última, denominada *ley de consolidación y redimensionamiento del sistema financiero*, aclaró y reformó el anterior art. 54 en la siguiente forma: "Los gastos de cualquier naturaleza en que incurriere el Banco Central de la República

(6) Olivencia Ruiz, *El derecho concursal: modernas orientaciones...* en jornadas..., p. 320.

Argentina, como consecuencia de las funciones de interventor, síndico, inventariador, liquidador o liquidador-administrador, así como los fondos asignados y créditos erogados por causa de redescuentos, descubiertos en cuenta corriente, adelantos, pagos efectuados en virtud de convenios de créditos recíprocos o por cualquier otro concepto, incluido el que preceptúa el art. 56 de la presente ley, le serán satisfechos con privilegio absoluto por sobre todos los demás créditos con privilegio especial, por causa de hipoteca o prenda y créditos privilegiados emergentes de las relaciones de trabajo, comprendidos en el art. 288 de la ley 21.297 -text. 1976-. Además tendrán el mismo privilegio absoluto los intereses que devenguen por las acreencias precedentemente expuestas, con más sus actualizaciones, hasta su cancelación total”.

Este texto creando el privilegio absoluto del Banco Central, es una aberración que infringe principios elementales de justicia -no rige para créditos determinados sino para *los gastos* de cualquier naturaleza que haga el B.C.R.A. en la liquidación del Banco, entidad financiera-, valé decir-vuelve al carácter “personalista de los privilegios, desterrado hace tiempo de los mismos”. Confundió los créditos del concurso, con los créditos del deudor, como si fueran iguales, cuando los primeros son prededucibles y no entran en colisión con los privilegiados; la técnica legislativa y redacción del dispositivo legal es confuso y harto deficiente, prestándose a interpretaciones equívocas, etcétera.

Aparte, violentar principios constitucionales -razonabilidad, igualdad ante la ley, derecho de propiedad, principio de responsabilidad- importa confiscación de los derechos de los demás acreedores, desde que el único que cobra en la liquidación de las entidades financieras, es el B.C.R.A., injustificadamente; esta institución tiene el control del nacimiento y desenvolvimiento de todas las entidades financieras con amplias facultades, que posiblemente si hubiera procedido cumpliendo su deber y no con complacencia, hubiera evitado oportunamente la crisis de la empresa.

En cambio, se lo premia con el privilegio *absoluto* al cual sólo escapan los créditos con garantías reales y laborales, ya que todos los demás es muy difícil perciban suma alguna después de cubiertos todos los rubros del liquidador, quien cumple impropiljamente sus tareas que se prolongan en el tiempo *sine die*.

Como derivación, este privilegio absoluto carente de causa, debe desaparecer de nuestro sistema legal.

5. LOS PRIVILEGIOS EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN LEGISLATIVA CIVIL Y COMERCIAL: TÉCNICA LEGISLATIVA

Como era lógico, el proyecto referido unificó los privilegios concursales

aspiración largamente acariciada en el país en el Código Civil -arts. 3875, trasladando las normas previstas por la ley de concursos 19.551, título V, capítulo I, con algunas supresiones, v.gr. 271 L.C., limitación de los privilegios generales, agregados, etcétera y un cambio importante que veremos.

Compartimos esa solución, tradicional en nuestro derecho, salvo el proyecto de Villegas y Quesada, cuyo art. 1269 disponía: "Los privilegios son y se rigen por las disposiciones del Código Civil, en el título de la preferencia de los créditos".

Esta conclusión no fue seguida por la comisión reformadora del Código de 1889, cuya Exposición de motivos declara: "Hemos creído que no obstante las reglas de la legislación civil sobre la preferencia de los créditos debe mantenerse las establecidas en el Código vigente que presentan una forma más concreta que facilita la formación regular de los estados de graduación. Entendemos, sin embargo, que los preceptos del Código Civil en materia de privilegios, deberán aplicarse también, salvo las reglas especiales que este Código contenga".

Los arts. 1494 y ss. del C. comercial del 89 reproducen las normas del Código de Comercio, con buen criterio, luego adoptado por la ley 4156, 11.719 y 19.551.

En efecto, como se admite, el sistema del Código Civil sobre "conurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común", arts. 3875 y ss., es demasiado complejo y confuso, lo que se atribuye a que Vélez Sársfield no contó con la guía de Freitas en esta parte, donde se inspiró en la ley belga y algunos comentaristas -Martou, Marcadé, Troplog, Pont, Aubry et Rau, etcétera- cuyas opiniones se contradecían.

5.1. Además de la derogación del art. 271 L.C. -limitación privilegios generales- son abrogados otros muchos textos, algunos reproducidos en el Código Civil, donde se hacen agregados, por lo cual sólo restan en la ley de concursos los arts. 263 -norma general- y 264 -créditos del concurso-.

Nos parece poco afortunado dejar estos dispositivos legales en materia concursal, pues, correspondía ubicarlos, en todo caso, en el Código Civil.

El art. 263 del proyecto dispone: "Los privilegios se rigen por las disposiciones del Código Civil", norma superflua: se infiere sin dificultad del proyecto e informe.

El otro precepto legal que resta, con muy importante modificación, es el art. 264, intitulado *Acreedores del concurso*, le quita el carácter de créditos prededucibles como en las leyes precedentes, para otorgarle el privilegio general, en primer rango del art. 3889, inc. 1º, Código Civil.

En esa situación era suficiente con ubicar estos créditos en el art. 3889, inc. 1º, Código Civil y borrarlo de la ley concursal. Luego, volveremos sobre esta originalidad del proyecto.

5.2. Como novedad, agrega en *las Disposiciones generales*, algunos conceptos sobre el tema -definición, fuente legal, etcétera- repitiendo los arts. 3875 y ss., en la actualidad superfluos, y que posiblemente se justifican al tiempo de redactar el Código Civil.

Otra innovación de esta tentativa legal es el art. 3880, Código Civil, sobre: "actualización de los créditos verificados en la quiebra", se "practicará por el periodo posterior a la sentencia a los fines de la distribución del producido de los bienes y atención de los privilegios, y se efectuará para todos ellos, según el índice de los precios mayoristas nivel general, con prescindencia de cualquier otro índice convencional o legal. Los intereses que en su caso correspondan, se computan teniendo en cuenta dicha actualización".

Ese precepto, oportuno en el año 1985 en que el país se agitaba en un fuerte proceso inflacionario, no tiene razón de subsistir a la fecha, ante el cambio de la situación económica. Las leyes -dijo Llamblas- se dictan para los sanos y no para los enfermos.

5.3. El capítulo II regla el "orden de los privilegios", declarando el art. 3883: "en caso de concurrencia de acreedores con privilegio, su orden será el siguiente: 1. Los privilegios especiales prevalecen sobre los generales; 2. Los privilegios de una misma clase tendrán la prelación que resulta del orden de los incisos que lo establecen; 3. Los privilegios establecidos en un mismo inciso concurren a prorrata sobre los bienes a que se refiere, salvo cuando exista grado el que será respetado".

El precepto legal asienta los principios generales sobre el tema -art. 267 L.C.- aunque, reparamos, el encabezamiento debió a ludir a la concurrencia de *créditos* y no de *acreedores*.

El art. 3884 deroga todos los privilegios establecidos por leyes especiales salvo... la de contrato de trabajo.

Esta norma puede generar controversia, si el privilegio del art. 288 L.C.T., sobre bienes de terceros, expresamente excluido por la ley concursal "porque afecta la garantía constitucional del derecho de propiedad", subsiste o no en la nueva ley.

5.4. En los privilegios especiales hay pocas novedades: 1) el inc. 1º, art. 3885; los gastos de litigio sobre el producido de un proceso no concursal, sea judicial o extrajudicial; 2) el inc. 3º sobre gastos hechos para la construcción... incluye "las expensas comunes en la propiedad horizontal, sobre aquélla mientras se encuentre en poder del deudor"; 3) el inc. 5º: "los créditos por saldo de precio garantizados con hipoteca o prenda".

5.5. Los privilegios generales se sistematizan mejor -v.gr. distingue-, como nuevo "si el concursado es persona física"; antes referido al concursado, sin discriminar.

Sin embargo, lo más importante -como advertimos- es que los llamados

“crédito del concurso del art. 264 L.C. que eran con preferencia a los acreedores del deudor, exceptuando a quienes tengan privilegios especiales, los acreedores cuyos créditos provienen de los gastos necesarios para la seguridad, conservación y administración de los bienes y para diligencias judiciales o extrajudiciales de beneficio común. Se entiende que quedan comprendidos: ...”, (siguen siete incisos).

Estos créditos del concurso, que gozaban del derecho de prededucibilidad, son degradados por el proyecto a la situación de créditos con privilegio general. Esta novedad no tiene fundamento alguno en el informe de la Comisión, como si fuera algo intrascendente, y por cierto, no puede contar apoyo alguno.

Es una aberración llevar estos créditos que no han contratado con el deudor, un retorno al viejo derecho de la ley 4156, que ya la doctrina y jurisprudencia nacional le dio la inteligencia acertada, siguiendo las enseñanzas de Thaller ⁽⁷⁾.

Esta ruptura arbitraria y sin explicación es algo que no prestigia al legislador nacional, más cuando deja los créditos del concurso en la ley 19.551 -art. 264-, y sin embargo, los ubica con el “privilegio que para ellos dispone el art. 3889, inc. 1º del Código Civil”.

La técnica es reprochable: 1) porque estos créditos no tienen privilegio ni entran en colisión con los del deudor; 2) en todo caso, correspondía insertarlos directamente en el inc. 1º, del art. 3889.

No hay deudor común entre los créditos del concurso y los créditos privilegiados: los últimos -reiteramos- fueron contraídos por el deudor antes de la apertura del procedimiento, en tanto que en los otros no interviene el deudor, pues, surgen a causa de la liquidación, cuando éste ha sido desposeído. Se produce una separación patrimonial -señala Beltrán-, la cual significa que los *actos negociables* que el quebrado realice no podrán afectar ese conjunto patrimonial jurídico unitario, con la finalidad de servir la satisfacción de los acreedores, bajo el principio de la *condictio* ⁽⁸⁾.

El fundamento jurídico-político de esa solución -manifiesta Vitale- apunta principalmente a: a) una idea de *necesidad* porque la prioridad les garantiza a los terceros contratantes un pago preferencial y tendencialmente integral y posibilita la actividad del *ufficio fallimentare*, y b) una idea de *justicia*, por tratarse de gastos y deudas contraídas en interés del procedimiento colectivo, que beneficia a los

(7) Martín y Herrera, sostuvo que no había nada más anticientífico e inexacto que la clasificación que hacía la ley 4156, al incluir los acreedores del concurso o de la masa entre los acreedores con privilegio general. *La convocación de acreedores y la quiebra en la legislación argentina*, Bs.As. 1924, II, p. 194.

(8) Beltrán, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, p. 93.

(9) Vitale, *I debiti della massa nel fallimento*, Milano, 1975, p. 38.

acreedores del fallido ⁽⁹⁾.

En síntesis, los créditos del concurso son pagados anticipadamente a la distribución del activo entre los acreedores del deudor que hayan sido verificados, para atender los gastos y obligaciones que importó la liquidación.

Esta categoría de créditos a la vez que instrumento técnico al servicio de la conservación, se presenta como barrera para esa finalidad, dejándole al legislador el interrogante de si esa categoría, tan trabajosamente elaborada, está condenada a la ruptura interna, según la relación de *necesidad* que haya entre la relación que se persigue y el gasto que se produce o la deuda que se contrae ⁽¹⁰⁾.

La ubicación de los créditos del concurso es un grave error del proyecto de unificación legislativa, sobre el cual no se puede insistir en el nuevo que se postule. Rompe la economía del tema injustificadamente, ya que razón alguna apoya esa conclusión.

6. Dejamos formuladas nuestras observaciones sobre los privilegios en la ley 19.551 y proyecto de unificación legislativa civil y comercial, proponiendo nuestro punto de vista sobre la reglamentación en el nuevo proyecto de unificación legislativa.

(10) Beltrán, ob. cit., p. 42.