

EL PAGO CON SUBROGACIÓN Y LA CESIÓN DE CRÉDITO. SU APLICACIÓN EN LOS PROCESOS UNIVERSALES.

escriben

ANDRÉS ARIEL STUPNIK, SERGIO A. J. STUPNIK y MARTÍN G. STUPNIK
(Doctrina Societaria y Concursal, Tomo XVII, Edición Nº 217, Diciembre 2005,
pág. 1550 a 1561, editada por Errepar S.A., Buenos Aires, Argentina)

El propósito del presente trabajo es analizar los conceptos y las diferencias que estos dos institutos jurídicos tienen entre sí y como ello puede ser de utilidad para, una vez comprendida la función y eficacia de los mismos, pueda aplicárselos en el ámbito de un concurso preventivo o de una quiebra.

I. INTRODUCCIÓN.

Es interesante destacar que las figuras del “pago con subrogación” y la “cesión de crédito” son institutos semejantes y diversos a la vez, y que si bien pueden definirse a raíz de la normativa de nuestro Código Civil (en adelante “CC”), así como también sus diferencias, efectos y demás caracteres y características, interesa en este trabajo analizar –una vez comprendidas estas figuras– las múltiples situaciones que pueden sucederse en los procesos concursales y falimentarios en que los mismos puedan tener diversos grados de participación.

Para comenzar, puede aproximarse su definición a través del Código Civil.

La “cesión de crédito” está definida en el art. 1434 del Código Civil que dispone que “habrá cesión de crédito, cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese”.

El “pago con subrogación” se encuentra regulado a partir del art. 767 del Código Civil, el que dispone que “el pago con subrogación tiene lugar, cuando lo hace un tercero, a quien se transmiten todos los derechos del acreedor”.

Asimismo, establece este último que la subrogación puede ser convencional o legal, pudiendo ser la primera consentida por el acreedor sin intervención del deudor, o por el deudor sin el concurso de la voluntad del acreedor. El pago con subrogación puede ser total o parcial.

Ambos institutos, tienen importantes diferencias, que pueden resumirse en las siguientes, a saber:

La cesión de crédito es un contrato y es bilateral. Es decir existen dos partes, pudiendo ser un acto a título gratuito o a título oneroso. En el primero de estos casos, la cesión será juzgada por las disposiciones del contrato de donación.

El pago con subrogación, en principio, no es un contrato, pues está regulado como una de las modalidades del “pago”, es decir es un modo de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, mientras el objeto del contrato sea lícito, puede pactarse como forma convencional o contractual a través de la suscripción de un convenio donde dos partes acuerden el “pago con subrogación” y regulen sus efectos.

En este caso, el subrogado, al decir del Código Civil, será el nuevo acreedor, pues se coloca en igual lugar que el acreedor original a quien desinteresó.

De la lectura de estos dos artículos del Código Civil, ya surgen diferencias importantes a tener en cuenta antes de analizar la injerencia de estas figuras en un trámite o juicio universal.

Como surge de la “nota” del codificador Vélez Sarsfield al artículo 767 del Código Civil, la subrogación es, en verdad, una ficción jurídica admitida o establecida por la ley, en virtud de la cual, una obligación es extinguida por medio del pago efectuado por un tercero, o por el deudor con los dineros que un tercero le ha dado a ese efecto.

En este caso, se considerará que la obligación continúa subsistiendo a beneficio de este tercero, quien está autorizado para hacer valer los derechos y acciones del antiguo acreedor en la medida de lo que ha desembolsado.

Es decir, existe un límite de lo que podría reclamar el “nuevo acreedor”, hasta la concurrencia de lo que ha desembolsado este nuevo acreedor (el subrogante), quien por efecto de la subrogación se coloca en igual lugar que el antiguo acreedor, lo que sin embargo no ocurre en igual medida en la cesión de crédito.

En esta última, al ser un contrato, si el mismo es oneroso, las partes fijan un precio por la compra o adquisición del crédito. El cesionario se coloca luego en igual rango y con el mismo privilegio que tenía el antiguo acreedor, y siendo que es el nuevo propietario de la acreencia, podrá reclamar del deudor cedido la totalidad del crédito y de sus accesorios. Más sin embargo, nada importa en este caso la suma desembolsada por el cesionario para hacerse de esta acreencia, pues sus derechos corresponden a los que le transmitiera el anterior acreedor a quien desinteresara.

En el pago con subrogación, a su vez, no es necesaria la conformidad del acreedor; sin embargo, en la cesión de crédito, el acreedor primitivo es necesariamente parte en el contrato (cedente).

II. EL PAGO CON SUBROGACIÓN.

Según el art. 768 del Código Civil, la subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor:

- 1) del que siendo acreedor paga a otro acreedor que le es preferente;
- 2) del que paga una deuda al que estaba obligado con otros o por otros;
- 3) del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo;
- 4) del que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble;
- 5) del heredero que admitió la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos la deuda de la misma.

La ley concursal por su parte, menciona la subrogación en los siguientes pasajes de su extensión, a saber:

El art. 207, incluido en el "Título III, Capítulo VI, Liquidación y Distribución, Sección I, Realización de Bienes", dispone: "Ejecución separada y subrogación. En el caso que resulte conveniente para la mejor realización de los bienes, el síndico puede proponer que los (bienes) gravados u otros que determine, se vendan en subasta, separadamente del conjunto. El juez decide por resolución fundada. Igualmente, puede optar por desinteresar a los acreedores privilegiados con fondos del concurso o con los que se obtengan de quien desee subrogarse al acreedor, y prestar su conformidad con la transferencia, con autorización judicial."

El art. 245, por su parte, incluido en el "Título IV, Capítulo I, Privilegios", dispone: "Subrogación real. El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recaía, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. En cuanto exceda de dichos importes los créditos se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos, salvo lo dispuesto en el artículo 246 inciso 1".

La subrogación convencional puede ser hecha por el acreedor, o bien puede ser hecha por el deudor.

La subrogación convencional por el acreedor tiene lugar, cuando éste recibe el pago de un tercero, y le transmite expresamente todos sus derechos respecto de la deuda. En tal caso, la subrogación será regida por las disposiciones de la "cesión de derechos" (art. 769, CC).

Por el contrario, la subrogación convencional será hecha por el deudor, cuando éste paga la deuda de una suma de dinero, con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo (art. 770, CC).

La subrogación legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, no solamente contra el principal y sus codeudores, sino también contra los fiadores, más sin embargo se encuentra sujeto a las siguientes cuestiones (art. 771, CC), a saber:

1) El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor;

Esto es fundamental de tener en cuenta, pues quien se coloca en lugar del antiguo acreedor en virtud del pago con subrogación, no tiene derecho a liquidar el crédito en su totalidad, sino que tiene derecho a reclamar lo realmente abonado por su parte, y en su caso, con más los intereses posteriores devengados por la suma abonada, si es que corresponde liquidarlos.

Ahora bien, si frente a un concurso preventivo, se presenta un tercero y desinteresa a un acreedor del deudor (concurrido), abonándole la totalidad de su crédito y liquidándole intereses (ej: los posteriores al concursamiento), aún cuando el

Código Civil dispone que el subrogado (nuevo acreedor) tiene derecho al reembolso de lo realmente abonado, el deudor concursado en virtud de esta subrogación, sólo estará obligado a abonar este crédito en los términos de la ley concursal, es decir liquidando intereses sólo hasta la fecha de su concursamiento y abonando dicho crédito en los términos de la propuesta de acuerdo para acreedores quirografarios (si el crédito reviste tal naturaleza), o conforme la propuesta que corresponda a esta categoría de créditos (es decir, en la etapa de cumplimiento, le abonará intereses al subrogado si ello es parte de la propuesta de acuerdo preventivo homologada por el Tribunal). Sobre el particular, nos remitimos al fallo de la Suprema Corte de Mendoza que más adelante se analiza, y que en parte trata este aspecto (los intereses del crédito subrogado).

2) El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o por el deudor que la consiente;

3) La subrogación legal, establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual estaban obligados con otros, no los autoriza a ejercer los derechos y las acciones del acreedor contra sus coobligados, sino hasta la concurrencia de la parte, por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.

Si el subrogado en lugar del acreedor hubiere hecho un pago parcial, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor y la del subrogado, estos concurrirán con igual derecho por la parte que se les debiese (art. 772 CC).

Tanto en el pago con subrogación como en la cesión de crédito, es importante tener en cuenta el principio que sienta el art. 3270 del Código Civil, pues quien adquiere un crédito lo hace con todas sus virtudes y con todas sus cargas. Es decir, si el crédito adquirido, ya sea por cualquiera de estas dos figuras era falso, se trataba de un crédito ya cancelado, o que se encontraba prescripto, o que es susceptible de ser defendido por el deudor, éste mantiene dichas mismas características, a pesar de cambiar la figura del acreedor (apareciendo en escena un "nuevo acreedor").

El art. 3270 del Código Civil dispone que nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquél de quien lo adquiere.

Esto se complementa con los términos del art. 1469 CC que dice que el deudor cedido puede igualmente oponer al cesionario cualquiera otra causa de extinción de la obligación, y toda presunción de liberación contra el cedente, antes del cumplimiento de una u otra formalidad, como también las mismas excepciones y defensas que podía oponer al cedente.

Y el art. 1474 CC dispone que el deudor puede oponer al cesionario, todas las excepciones que podría hacer valer contra el cedente, aunque no hubiese hecho reserva alguna al ser notificado de la cesión, o aunque la hubiese aceptado pura y simplemente, con sólo la excepción de la compensación.

Por su parte, y como contrapartida de lo expuesto, cabe aclarar que los beneficios del crédito también pasarán a su nuevo titular, como ser el traspaso de los accesorios, de las garantías, y de la posibilidad de reclamar de los codeudores el pago correspondiente.

III. LA CESION DE CREDITOS.

Más allá de remitirnos a la lectura del Código Civil resulta interesante tener en cuenta, que todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio, pueden ser cedidos, siempre y cuando la cesión no sea contraria a alguna prohibición de la ley o al título del crédito (art. 1444 CC).

Los créditos condicionales, o eventuales, como los créditos exigibles, los aleatorios, los créditos a plazo y también los litigiosos, pueden ser el objeto de una cesión (art. 1446 CC).

Los derechos sobre cosas futuras, como los frutos naturales o civiles de un inmueble, pueden igualmente ser cedidos con anticipación (art. 1447 CC).

En cambio, la cesión de un derecho hereditario en virtud del art. 1449 del Código Civil, sólo es posible de efectuar una vez producida la muerte del causante (las esperanzas de sucesión no pueden ser cedidas por estar expresamente prohibidas).

En cuanto a las formas, es importante tener en cuenta para su prueba frente a terceros toda cesión debe ser hecha por escrito, bajo pena de nulidad, cualquiera que sea el valor del derecho cedido, y aunque él (el crédito cedido) no conste de instrumento público o privado (art. 1454 CC).

Las cesiones de acciones litigiosas no pueden hacerse bajo pena de nulidad, sino por escritura pública o por acta judicial hecha en el respectivo expediente. Los títulos al portador, pueden ser cedidos por la tradición de ellos (art. 1455 CC).

A su vez, hay que tener en cuenta que el Código Civil en el art. 1184 enumera los contratos que deben efectuarse por escritura pública, como ser todo acto que sea accesorio de contratos redactados en escritura pública. También incluye a la cesión de derechos hereditarios, los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos.

Con respecto a los efectos, es dable destacar que la propiedad de un crédito pasa al cesionario por el efecto de la cesión, con la entrega del título si existiere (art. 1457 CC). En tal sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, en fecha 08/11/2002, en autos "Alejandro Gorali S.A. s/Quiebra", adhirió a la opinión de la Fiscal de Cámara, Dra. Alejandra Gils Carbó, y resolvió que "No hay aporte probatorio que permita demostrar el crédito reclamado, ya que invocado por el incidentista el pago de ciertos documentos, descontados por la concursada en el Banco Francés, Banco del Suquía y Banco Sáenz, el ejercicio de la acción subrogatoria (art. 767 Código Civil) que intenta supone la extinción del crédito del acreedor primitivo, y su sustitución por el tercero que paga, y ese tercero que desinteresó al acreedor, dispone de los instrumentos que acreditan su condición; más en el referido contexto, no se

explica la devolución de los pagarés a sus libradores ... a quienes el incidentista les entregó los documentos que éstos destruyeron .." (Lexis Nexis Nº 30012441).

La cesión comprende por sí la fuerza ejecutiva del título que comprueba el crédito, si éste la tuviere, aunque la cesión estuviese bajo firma privada, y así como también todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fuesen meramente personales, con la facultad de ejercer, que nace del crédito que existía (art. 1458 CC).

Efectos frente a terceros.

Respecto de terceros que tengan un interés legítimo en contestar la cesión para conservar derechos adquiridos después de ella, la propiedad del crédito no es transmisible al cesionario, sino por la notificación del traspaso al deudor cedido, o por la aceptación de la transferencia de parte de éste (art. 1459 CC).

En el caso del juicio universal, habrá que distinguir si la cesión fue realizada por el deudor o por un acreedor de éste, pues en efecto:

1) Se pueden considerar terceros a todos los demás acreedores que intervienen en el proceso concursal, o que puedan insinuarse en el futuro –incluso, puede considerarse tercero al deudor cuando la cesión la hace un acreedor-; y

2) Podría darse el caso de un acreedor que cede su crédito verificado (o declarado admisible) en el trámite de un concurso preventivo, en el que hasta tanto no se notifique al deudor cedido (sujeto concursado), no se traspasa la propiedad del crédito al cesionario.

También se puede aplicar este artículo, en caso de que sea el propio deudor concursado quien ceda algún crédito integrante de su acervo, sea ello antes, durante o después de su concursamiento, en cuyo caso también se aplican estas mismas reglas de la notificación a su deudor cedido, y ello sin perjuicio de la validez y/o la oponibilidad de la cesión, en los términos del régimen de administración vigilada propio del régimen concursal.

Es de vital importancia la notificación de la cesión al deudor cedido, pues hasta tanto esta no ocurra (i) el crédito (frente a terceros) sigue en cabeza de su cedente; (ii) el deudor se puede liberar pagando al cedente, no al cesionario; y (iii) puede ser embargado el crédito cedido que está en cabeza del cedente, hasta tanto éste notifique la cesión a su deudor, pues en tal sentido, el art. 1471 CC dispone que los acreedores del cedente pueden, hasta la notificación del traspaso del crédito, hacer embargar el crédito cedido.

Entre varios cesionarios, es importante una rápida notificación de la cesión al deudor cedido para el caso de mala fe del cedente, de modo de evitar que éste efectúe varias veces la misma cesión de crédito.

Y ello, pues el art. 1470 CC dispone que en el concurso de dos cesionarios sucesivos del mismo crédito, la preferencia corresponde al primero que ha notificado la cesión al deudor, o ha obtenido su aceptación auténtica, aunque su traspaso sea posterior en fecha.

Sin embargo, si se hubiesen hecho muchas notificaciones de una cesión en el mismo día, los diferentes cesionarios quedarán en igual línea, aunque las cesiones se hubiesen hecho en diversas horas (art. 1466 CC).

Ahora bien, el deudor pagará y quedará liberado, si paga el crédito al cedente antes de la notificación. Si pretende liberarse pagando al cedente su crédito, una vez notificada la cesión, pagó mal, por lo tanto, deberá volver a pagar este crédito al cesionario. Y ello por cuanto el art. 1468 CC establece que el deudor cedido queda libre de la obligación, por el pago hecho al cedente antes de la notificación o la aceptación del traspaso.

En caso de quiebra del cedente, la notificación de la cesión, o la aceptación de ella, puede hacerse después de la cesación de pagos; pero sería sin efecto respecto a los acreedores de la masa fallida, si se hiciese después del juicio de la declaración de quiebra (art. 1464 CC).

La importancia de la notificación, amén de todo lo expuesto, reside en que la notificación y la aceptación de la transferencia, causa el embargo del crédito a favor del cesionario, independientemente de la entrega del título constitutivo del crédito (art. 1467 CC).

IV. RESPONSABILIDADES DEL CEDENTE FRENTE AL CONCURSAMIENTO DEL DEUDOR CEDIDO.

La cesión de crédito es un contrato, generalmente oneroso. El hecho de que el crédito objeto de cesión se encuentre sujeto a su insinuación en el trámite de un proceso concursal, en nada cambia la naturaleza de la operación, ni tampoco sus alcances ni efectos, pues el nuevo acreedor, es decir el cesionario, se colocará en mismo lugar, con idéntico grado de prelación y privilegio que el antiguo acreedor.

Esto implica una negociación previa entre el cedente y el cesionario para concretar la operación de cesión, es decir para que uno transfiera y el otra adquiera los derechos y las acciones del crédito, sea ello antes o después de la insinuación, siendo que dicha circunstancia en nada modifica los términos, la forma, ni los efectos de dicha cesión.

Con la cesión del crédito en efecto, se trasmite el derecho al cobro del crédito y al ejercicio de los demás derechos que acuerda el mismo, que en caso de concursamiento del deudor residirían en la posibilidad de participar en la verificación tempestiva o tardía, en la impugnación y observación de los créditos, en la facultad de conformar el comité de acreedores, de participar en la negociación del acuerdo, de impugnar las propuestas y de ser parte o de participar en cualquier otro acto procesal, relativos al cobro del crédito cedido.

El cedente de buena fe responde de la existencia, y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, a no ser que lo haya cedido como dudoso, en cuyo caso no responde de la solvencia del deudor ni de sus fiadores, "a no ser que la insolvencia fuese anterior y pública" (art. 1476 CC).

En consecuencia, cuando un acreedor cede un crédito cuyo deudor se encuentra en concurso preventivo, y sin importar si dicha cesión es de fecha anterior o posterior a la de verificación del crédito, cabría tener en cuenta:

1) Que es conveniente que se libere el cedente, de la responsabilidad por la existencia y legitimidad del crédito, pues si éste finalmente no resulta verificado o declarado admisible, y si no se pactó esta eximición de responsabilidad, el cesionario podría reclamarle del cedente por el crédito que no ha podido ser verificado en el pasivo concursal (conforme el art. 1477 Código Civil) y el cesionario tendrá derecho a la restitución del precio pagado, con la indemnización por pérdidas e intereses.

2) El cedente debe dejar sentado en la cesión, del estado “concursal” del deudor cedido, y eximirse de responsabilidad por la cobrabilidad del crédito, por la surte futura de dicho procesal concursal, por el tipo de propuestas que el deudor puede ofrecerle a los acreedores, y finalmente, eximirse como cedente del riesgo que conlleva el proceso concursal del deudor cedido, pues puede finalizar en quiebra o la propuesta puede ser incumplida.

Es decir, el cedente debería dejar asentado que no responde por la “solventia” del deudor cedido ni por la de los fiadores, ello a fin de que no se aplique en relación al mismo el art. 1480 Código Civil que dispone que si el cedente fuese de mala fe, sabiendo que la deuda era incobrable, será responsable de todos los perjuicios que hubiese causado al cesionario.

3) Al tratarse de un crédito que se hace valer en un concurso preventivo, es aconsejable que se deje expresa constancia que la defensa del crédito será en el futuro a cargo del “cesionario”, en tanto luego de efectuada la cesión, el propio deudor cedido u otros acreedores concurrentes pueden atacar el “crédito” originario mediante diversos incidentes (revisión, nulidad, acción de dolo, etc.), por lo que es aconsejable prever que el cesionario deberá hacerse cargo de la defensa del crédito sin reclamos contra el cedente.

4) En cuanto a las formas, teniendo en cuenta que la petición de verificación de crédito tiene efectos de “demanda judicial”, con lo que el crédito sujeto a verificación tempestiva (o tardía) podría ser interpretado como “litigioso”, es conveniente efectuar la cesión por medio de escritura pública. Y en consecuencia y en igual línea de pensamiento, debería de notificarse al deudor cedido (concursado) de la cesión, o bien por vía notarial o judicial.

Y en este caso, siempre resultará conveniente que el cesionario se presente en el expediente y notifique judicialmente de la cesión, tanto al deudor cedido como al Síndico, y para que los terceros que siguen el proceso, entre ellos los restantes acreedores y el Comité de Acreedores tomen conocimiento de dicha operación.

V. LOS ACTOS CONSERVATORIOS FRENTE A UN TRAMITE CONCURSAL.

Cabe tener presente que cuando se cede un crédito cuyo deudor se encuentra en trámite concursal, existe la posibilidad de que se efectúen actos conservatorios del crédito, los que podrán ser realizados por parte del cedente y/o del cesionario.

Estos actos (conservatorios del crédito) serían todos los actos procesales necesarios para no perder derechos, como ser presentarse a verificar el crédito o bien impulsar incidentes donde se están ejerciendo derechos (por ejemplo, el caso de los incidentes de verificación, de revisión, o aquellos juicios cuya tramitación continuó como opción del acreedor antes de intentar la verificación, etc.), necesarios para el reconocimiento de la acreencia cedida.

Aunque no esté hecha la notificación o la aceptación del traspaso del crédito, el cesionario puede ejecutar todos los actos conservatorios, tanto respecto de terceros como del crédito cedido (art. 1472 CC). Y en igual sentido, el cesionario pierde todo derecho a la garantía de la solvencia actual o futura del deudor, cuando por falta de las medidas conservatorias, o por otra culpa suya, hubiese perecido el crédito, o las seguridades que lo garantizaban (art. 1482 CC).

El cedente por su parte, conserva hasta la notificación, o aceptación de la cesión, el derecho de hacer, tanto respecto de terceros, como respecto del mismo deudor, todos los actos conservatorios del crédito (art. 1473 CC).

VI. EL PAGO CON SUBROGACIÓN EN EL PERIODO DE EXCLUSIVIDAD.

En más de una oportunidad, se han visto casos en que, en pleno período de exclusividad y ante la falta de presentación de las conformidades correspondientes a las mayorías legales exigidas, aparece un tercero en el expediente judicial, ajeno al deudor, y deposita las sumas de dinero necesarias para subrogarse en los derechos del acreedor o de los acreedores primitivos que no han prestado conformidad con la propuesta de acuerdo preventivo, y de tal manera le indica al Juez que vota a favor de la propuesta concordataria, prestando su conformidad con la misma. En consecuencia, el deudor concursado obtiene las mayorías exigidas por la ley concursal para aprobar la propuesta y obtener la homologación de su acuerdo.

A través de este trabajo, queremos dejar expresada nuestra opinión de que dicha situación es legal, es factible, y que el “nuevo acreedor” o “subrogado”, puede ejercer los derechos del antiguo acreedor, siempre y cuando hubiera depositado el importe del crédito verificado y sujeto a que su presentación fuera temporánea en relación a los plazos del proceso.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, el 23/08/2001, en los autos “Kossevich, Julio” (Lexis Nexis Nº 20022425), dispuso revocar el fallo dictado en Primera Instancia y adhiriendo a los argumentos del por entonces Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Raúl A. Calle Guevara, resolvió en los siguientes términos, a saber:

“OPINIÓN DEL FISCAL DE CÁMARA.- Considerando: 1. El juez de grado, a fs. 42/44 decretó la quiebra de Julio Kossevich con fundamento en la resolución de fs. 39, que determinó la no obtención de las mayorías legales. Ello con base en que resultó improcedente la subrogación parcial efectuada en autos por Tulio Massey respecto del crédito de la Banca Nazionale del Lavoro.”

“2. Apeló el fallido dicha resolución. Indicó que se encuentra reunida la doble mayoría exigida por la ley concursal. Manifestó que las 2/3 partes del capital necesario exigido por el art. 45 LCQ (1) había alcanzado la suma de \$ 221.564, que en autos se reunió la suma de \$ 220.032 y que el importe que restaba fue

completado mediante el depósito de \$ 1.550 por parte de Tulio Massey, quien se subrogó en los derechos de otro acreedor, Banca Nazionale del Lavoro. Resaltó también, que el magistrado soslayó las previsiones del art. 767 Código Civil que determina: "la subrogación convencional puede ser consentida sea por el deudor sin el concurso de la voluntad del acreedor", tal el caso de autos; que el art. 771 del mismo cuerpo legal impone que la subrogación traspasa al nuevo acreedor todos los derechos acciones y garantías del antiguo acreedor, en tanto que el art. 772, acepta el pago y la subrogación parcial. Se agravió, asimismo, de que la suma que podría faltar para lograr la mayoría, alcanzaba aproximadamente el 0,5%, situación que obligaba a una interpretación más amplia que tuviera en cuenta el interés de la mayoría de los acreedores."

"3. Me expido: Entiendo que los agravios deben prosperar. En efecto, en mi modo de ver, la subrogación traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor hasta la concurrencia de la suma que aquél había desembolsado realmente para la liberación del deudor (art. 771 Código Civil). Además, de conformidad con las previsiones del art. 729 Código Civil el acreedor no puede repudiar el pago, y no necesariamente debe existir una mención expresa de cesión por parte del acreedor (art. 768 Código Civil). A la luz de estos preceptos, considero que la notificación al acreedor deviene superflua y, en razón de ello, debe valorarse a los fines del cómputo de las mayorías, la porción de capital depositado por Massey y por el cual se subrogó en los derechos de otro acreedor..."

Es interesante destacar que este antecedente trata de (i) una subrogación parcial; (ii) que no se depositó todo el crédito del acreedor primitivo, sino tan solo la porción necesaria para llegar a la mayoría de ley; (iii) que no resultó necesaria ni obligatoria la notificación al acreedor original –al inicio de este trabajo mencionamos que el art. 767 del Código Civil dispone que la subrogación convencional puede ser consentida, sea por el acreedor, sin intervención del deudor, o bien por el deudor, sin el concurso de la voluntad del acreedor-; y (iv) que en este caso, se valoró a los fines del cómputo de las mayorías, la porción de capital depositado por un tercero, y por el cual se subrogó en los derechos de otro acreedor (y prestó la conformidad con la propuesta de acuerdo preventivo).

Sin perjuicio de los términos del antecedente citado, es importante destacar que para otra instancia procesal en el trámite de otro concurso preventivo, la misma Sala A, en autos "Frigolomas S.A. s/Concurso s/Incidente de Revisión por Prodeyton Corporation", resolvió el 30/11/1999 que "...procede rechazar la revisión intentada cuando se verifica que la alegada subrogación convencional invocada por el incidentista no se habría operado, por no surgir la transmisión de los derechos a su favor en los términos requeridos por el Código Civil -767- y ss."

En este caso, y atento la naturaleza y el carácter complejo de la subrogación convencional, los requisitos que debían cumplimentarse según dicho fallo eran: (i) que la subrogación fuere convenida expresamente; (ii) que la subrogación fuere practicada en el momento del pago o antes; y (iii) que la misma fuere notificada al deudor, aún cuando la conformidad por parte de éste último no resultaba necesaria.

En este caso, el criterio del Tribunal estableció que el requisito de la notificación se exigía en cuanto al perfeccionamiento de la subrogación con respecto a los terceros, entre los cuales se encontraba el propio deudor.

Es así como en este caso, consideró la Cámara que la posesión de ciertas facturas por parte del pretensor no resultaba una apropiada justificación del crédito, pues aquellas sólo son meros instrumentos descriptivos de las operaciones que se consignan y que pueden eventualmente servir como medio de prueba indiciario, pero que no resultan demostrativas de su concreta existencia.

Del fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en fecha 27 de Julio de 2005, en autos "Torres, Luis Oscar y Otros en jº 8186/28.535 Abdala, Miguel E. p/Conc. Prev. s/ Inc. Cas" (Lexis Nexis Nº 1/72778), surge que la cuestión a resolver por dicho Tribunal (la que se citará es la que a los efectos de este trabajo interesa destacar) es si el depósito efectuado por un tercero en dicho expediente (un concurso preventivo) "...permitía al tercero subrogarse en la posición jurídica de estos acreedores, votar, y que su voto fuese computado para el cálculo de las mayorías, o si, por el contrario, para poder votar, y que su voto fuese computado para el cálculo de las mayorías, el tercero debió depositar también los intereses y contar con el consentimiento de los acreedores originarios."

En dicho fallo se analizó la figura del "Pago con Subrogación" y se dispuso, entre otros aspectos que:

1) En realidad, el pago por subrogación es una sucesión a título singular, desde que la deuda primitiva no se extingue sino que se sustituye al acreedor.

2) Los fines de la subrogación subjetiva legal, es "librarse de un acreedor incómodo, sustituyéndolo por otro más tolerante", sin perjudicar al primitivo, pues su interés legítimo está satisfecho, ni al resto de los acreedores, porque sus derechos permanecen inalterados.

Asimismo, se expresó que la subrogación convencional puede significar un trámite que ofrece dificultades, especialmente, porque requiere conformidades que no siempre se está dispuesto a conceder; en cambio la subrogación legal, que opera ipso iure, independiente de toda conformidad, facilita en grado sumo la actividad y el tráfico negocial; en este resultado reside su gran importancia práctica.

3) Desde la perspectiva procesal, "el pago efectuado por el tercero priva al primitivo titular del crédito de legitimación sustancial activa pues queda subrogado en su rol por quien efectuó el pago".

4) La negativa al pago (por parte del acreedor primitivo) conforme la ley importaría un ejercicio abusivo de los derechos del acreedor (art. 1071 del CC).

5) Cuando hay un pago con subrogación efectuado en el proceso concursal, se exigen compatibilizar los principios generales relativos al pago (que surgen del CC) con los principios concursales, lo que lleva a la formulación de las siguientes reglas generales:

(i) El acreedor originario pierde legitimación cuando el tercero deposita la totalidad del crédito declarado verificado o admisible.

(ii) El acreedor originario que no está garantizado con prenda ni hipoteca, no puede exigir el pago de los intereses pues conforme el art. 19 de la LCQ esos intereses están suspendidos.

(iii) Al tercero se le transmiten los derechos y las acciones del acreedor originario, como ser el derecho a cobrar el crédito que ha sido verificado en la extensión autorizada por el ordenamiento especial (LCQ), y en ese ordenamiento, al momento en el que el tercero depositó, los intereses estaban suspendidos.

(iv) El pago concursal se rige por la norma específica (art. 221 y sgtes., LCQ) y no por el 776 del Código Civil.

(v) No se exige la necesidad del consentimiento expreso de los subrogados y la resistencia de los acreedores originarios en dicho caso, no tiene apoyo en los textos, según el criterio de la Suprema Corte de Mendoza.

VII. EL PAGO CON SUBROGACIÓN DE UNA DEUDA FISCAL DURANTE EL TRÁMITE DEL CONCURSO PREVENTIVO, PREVIO A SU HOMOLOGACIÓN.

Este supuesto se puede dar, durante la tramitación del concurso preventivo, en caso que la deudora concursada tuviera –por ejemplo- que gestionar el cobro de reintegros de impuestos por parte de la AFIP, pero que ésta exigiera, como condición previa, la acreditación de un certificado de libre deuda fiscal. Más sin embargo, la concursada no podría acceder a dicho incentivo fiscal, pues no podrá acreditar por ante la AFIP su buena conducta fiscal (es decir, no tener deuda, justamente teniendo en cuenta su estado concursal).

Y tampoco podría pagar directamente, con fondos propios, las deudas concursales, pues al ser éstos créditos de causa y título anterior a su concursamiento, existe un impedimento legal para proceder de tal forma, en tanto la LCQ prohíbe alterar la situación de los acreedores de causa o título anterior al concursamiento, es decir, prohíbe a la concursada cancelar créditos anteriores al concurso, en violación de la igualdad que debe primer entre los acreedores semejantes.

En un caso como el detallado, el pago con subrogación podría ser la solución para resolver el conflicto que se presenta, donde dos sistemas normativos, integrantes del mismo ordenamiento legal vigente (fiscal y concursal), exigen a una misma persona el obrar en dos formas totalmente contrapuestas, en el primer caso, obligándola al pago de una deuda, y en el segundo, obligándola a que se abstenga de actuar en dicho sentido.

En este caso, la deudora debería o bien de interesar a algún tercero para que se subrogue en los derechos del fisco y abone la deuda, o bien debería de conseguir que un tercero le entregue los fondos necesarios para que cancele por su cuenta y orden (del tercero) la deuda en cuestión, lo que debe de quedar debidamente asentado en sus libros y en las registraciones de la empresa.

De tal forma, y encontrándose cancelada la deuda con el fisco, éste debería emitir la certificación de buena conducta fiscal, sin perjuicio de la subsistencia de la deuda ahora a favor del acreedor subrogado.

Lógico sería, que además de constar esta situación en las registraciones de la empresa, todo ello fuera debidamente anoticiado el Juzgado interviniente así como a la Sindicatura, y en su caso el Comité de Acreedores si se encuentra designado. De tal forma, se evitará interpretarse que la concursada efectuó un acto en violación de lo dispuesto por el art. 16, LCQ (prohibición de pago a los acreedores anteriores al concursamiento).

Recordamos, como se expresó mas arriba, que el art. 768 del Código Civil, en su inciso 1), establece que la subrogación tiene lugar a favor del que siendo acreedor paga a otro acreedor que le es preferente. Y en el caso que se comenta, un acreedor común (o un tercero) abona la deuda de otro acreedor que le es preferente, puesto que el crédito de la AFIP tendría privilegio general en lo que respecta al capital de los tributos adeudados.

El pago en cuestión, en el ejemplo que tratamos, bien podría efectuarlo también un tercero que no sea acreedor del sujeto concursado, bajo la figura del "tercero no interesado" que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o aún ignorándolo, todo ello en los términos del inciso 3) del art. 768 CC.

Y también y como fuera ya expuesto, la subrogación podría ser realizada por el deudor, en caso de cancelar dicha deuda con dinero que hubiere tomado prestado de un tercero, y en dicho caso, habrá de subrogar a éste tercero que le hubo de asistir financieramente con dichos fondos, en los derechos y acciones del acreedor primitivo (art. 770 Código Civil).

En este supuesto, reiteramos, entendemos que debe anoticiarse al Tribunal de dicho evento, acompañando las constancias del caso y de la subrogación, pues dicho tercero se situará en igual lugar que el que estaba la AFIP, en cuanto al grado del privilegio del crédito subrogado por su parte, y podrá percibir su deuda en los términos que surjan de la propuesta o de lo que hubiese sido especialmente acordado con dicho organismo, o eventualmente, de lo que acuerden las partes, uva vez homologado el acuerdo.

VIII. CONCLUSIONES.

Hemos intentado a través del presente trabajo, reflejar la importancia y la utilidad que tienen las figuras del pago con subrogación y la cesión de crédito frente a los trámites concursales y falenciales. Y ello implica tener en claro las distinciones fundamentales entre ambas, para poder analizarlas correctamente cuando aparecen las mismas en dichos procesos, teniendo en cuenta los efectos que se producen ante estas situaciones.

Cabe tener presente que se trata de institutos que traen aparejados cuestiones de relaciones múltiples y complejas, teniendo en cuenta el rol que asume cada uno de los sujetos de estas relaciones (el cedente, el cesionario, el deudor cedido, el acreedor embargante del crédito, el juicio donde tramita la ejecución del crédito, el juicio donde tramita la quiebra del deudor cedido, etc.)

Excedería a los objetivos fijados para este trabajo, agotar todas las posibilidades que ambos institutos pueden plantear en un concurso o una quiebra. Esperamos los suscriptos que este trabajo sirva de base o fuente para la investigación de los distintos supuestos jurisprudenciales que se hubieran dado a la fecha, frente a la aparición en juicios de estos institutos del Derecho Civil, cuando los mismos deben finalmente interpretarse en el ámbito del Derecho Concursal.