

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por mayoría de votos, el tribunal decide: Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y manda; y respecto de las costas las mismas sean en el caso impuestas en ambas instancias en el orden causado. — Carlos R. Degiorgis. — Teresa M. Estévez Brasa. — Julio R. Moreno Hueyo.

NOTA A FALLO OPONIBILIDAD DE LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO AL CONCURSO PREVENTIVO*

Por **Eduardo Ángel Teplitzchi**

La Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por medio de su Sala K, ha resuelto una cuestión sumamente dudosa en derecho; desde ya pido las disculpas del caso al tomar partido por la tesis minoritaria, que a mi entender resolvió con acierto el caso, pero es dable recordar que el derecho es opinable, de ahí este comentario.

Argentinos, a las cosas. Llega al tratamiento de la Alzada una sentencia, donde se hace lugar a una demanda de tercería de mejor derecho, donde los demandados son una persona física y una jurídica de existencia ideal. De la sentencia se lee que al querer la actora escriturar el inmueble, el adjudicante, en el caso Banco Hipotecario Nacional, le informa la existencia de un embargo, trabado por el codemandado, persona física, contra el codemandado persona jurídica, a la sazón ambos demandados en la tercería, pero en otro proceso de tipo ordinario.

El codemandado, persona física, al contestar la demanda, dice que la persona jurídica demandada se concursó en forma preventiva, arribándose a la homologación del acuerdo, teniendo él un crédito verificado con privilegio especial (art. 241 inc. 1º, ley concursal —en adelante LC—), manifiesta que el aquí actor no se presentó a verificar su obligación de hacer y opuso excepción de cosa juzgada.

El Inferior, al resolver, da vía a la procedencia de la tercería de mejor derecho, agraviándose el demandado, entendiendo que el *a quo* nunca consideró el rango preferente del privilegio verificado, interpretando con suma amplitud lo dispuesto en el art. 1185 bis del Cód. Civil, no obstante dicha norma ser de aplicación exclusiva al ámbito del proceso universal.

La mayoría resuelve que si bien todos los acreedores deben ser tratados en forma igualitaria, los privilegiados, cuyo carácter sólo emana de la ley, deben ser favorecidos atento lo dispuesto en el art. 1185 bis del Cód. Civil, habiéndose además utilizado la vía procesal adecuada, o sea la tercería de mejor derecho (arts. 97 y 100 y conc. del ritual).

Dicen que las leyes concursales no desplazan, en su legislación específica del tema, a los privilegios reglados en el código madre, por el contrario, los mantienen, ya que en el caso de inmuebles sobre los que recayese el privilegio

*Publicado en *La Ley* del 10/2/2003.

y hubieren sido vendidos, el mismo se trasladó al precio y se autoriza la subrogación real, tanto en el caso de las ejecuciones colectivas como en las individuales.

Por último, hasta la sanción de la ley 19551 (*Adla*, XLIV-D, 3806), aplicable al concurso de la persona jurídica, codemandada por el aquí demandado en otro proceso, en materia de ejecuciones individuales y concursos civiles, se aplica el orden de los privilegios del Código Civil y la legislación concursal a los concursos. De modo que, habiéndose abonado la totalidad del saldo de precio, el aquí actor trasladaría su privilegio al precio abonado, pero no se excluiría la aplicación del art. 1185 bis del Cód. Civil, además se funda en los arts. 2355 del Cód. Civil y 150 de la ley *fallimentaria*, para finalmente hacer lugar a la demanda.

La minoría, encabezada por el doctor Moreno Hueyo, opina como este comentarista, manifestando ajustadamente que si el tercerista no verificó su crédito en el concurso del codemandado, no resulta viable la tercería incoada, es decir, resulta condición sin la cual no procede la tercería, la necesaria incorporación al pasivo de la obligación debida por el codemandado.

Es previamente imprescindible la verificación de la obligación de hacer, consistente en el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, del inmueble adquirido por boleto de compraventa a una empresa, luego convocada. Esa verificación era indispensable a fin de poder oponerse al crédito verificado, con privilegio especial que detenta el codemandado, constructor del edificio.

A sus fines, cita abundante doctrina y jurisprudencia, de vieja data, correspondiente a los tiempos de aplicación de la ley 19551.

Si el actor alega un derecho preferente para el cobro de su crédito, con relación a un acreedor embargante de fecha anterior, está invocando su carácter de acreedor del concurso, codemandado persona jurídica, con respecto a otro acreedor que invoca un privilegio especial atento su condición de constructor del edificio, la situación planteada debe necesariamente ventilarse y resolverse en el concurso y con la obligada intervención de la sindicatura y el juez del mismo. Cita por último, como fuente de su decisorio, al maestro Cámara, quien en la nota al viejo art. 118 de la LC, dice: “Quien se considere con derecho a obtener del concurso la escrituración de un bien, cuya titularidad se halla en cabeza del fallido, deberá concurrir al proceso de verificación en tiempo y forma y en la hipótesis de haber vencido el plazo pertinente para ello, como acreedor moroso, deberá recurrir al incidente verificadorio, con todas las consecuencias que ello implica”. Por todo ello resuelve, reitero en minoría, el rechazo del incidente y el acogimiento del recurso opuesto.

Como ya adelanté, comparto el criterio minoritario, fundándome en los argumentos vertidos en el decisorio en comentario, y en otros, que paso a desarrollar en forma sintética, atento ser este libelo, sólo eso.

Permítaseme, lector, que de entre los mares de tinta escritos sobre el tema en los últimos 40 años, haya elegido uno de los tantos relevantes trabajos de

Antonio Tonon, malogrado maestro, de cuya temprana desaparición el derecho concursal no ha podido aún recuperarse; él decía:

“En la década de los 60 varias empresas inmobiliarias de significación cayeron en concurso, los adquirentes de inmuebles que no habían logrado la escrituración de sus unidades, quedaban sometidos a la ley del dividendo, pese a tener la posesión del mismo y haber abonado el precio.

“¿Por qué? Porque el comprador por boleto, no era titular de dominio sino un acreedor del concurso.

“Acreedor de una obligación de hacer, que consistía en la escrituración del inmueble prometido en venta, obligación, que como cualquier otra, se convertía –por obra del concurso– en una obligación dineraria, que quedaba sujeta a la ley del dividendo concursal”. (Tonon, Antonio, *Derecho Concursal*, t. I, Depalma, 1988, págs. 177 y sigtes.).

La solución que no produjo la Justicia la realizó el legislador, con la reforma al Código Civil en 1968, introduciendo el art. 1185 bis, que dice: “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el 25% del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio”.

La ley de concursos, en 1972, limitó esta norma, por su art. 150 dice: “El art. 1185 bis del Código Civil, sólo se aplica a los casos de inmuebles destinados a vivienda”.

La 24522, de 1995 (*Adla*, LV-D, 4381), por su art. 146, y en aplicación del art. 16 de nuestra Carta Magna, determinó que no importaba el destino del bien, y que, además, se puede otorgar garantía hipotecaria por el adquirente a favor del concurso si la prestación a su cargo fuere a plazo.

O sea, dice Tonon, *aggiornado* por mí: “Los boletos de compra venta de inmuebles, otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el 25% del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio, pudiendo el comprador cumplir sus obligaciones a plazo, garantizándolas con hipoteca en primer grado, por el saldo de precio”. Positiva y justa evolución del derecho concursal argentino, lástima que demoró casi 40 años.

En el caso de autos, el tercerista triunfante no debería oponer los efectos de la sentencia al acreedor privilegiado, constructor del edificio, verificado en el concurso del vendedor. Su mejor derecho sólo es oponible en la relación individual objeto del incidente (art. 97 del ritual), pero no a la masa de acreedores; es que no verificó su crédito frente a los acreedores del dueño del inmueble.

Volvamos a Tonon, en *RDCO*, 1982, pág. 126, en su comentario a fallo titulado: “Los boletos de compraventa de inmuebles oponibles al concurso: un semillero de problemas”, dice: “Si el crédito es concursal, o sea, si es de causa o título anterior a la presentación del deudor en concurso preventivo a la de-

claración de quiebra, queda sometido al concurso o la quiebra. Si el crédito es post-concursal, o sea, de causa o título posterior, no queda sometido a ellos”.

En autos, el actor alega un derecho preferente al cobro de su crédito con relación al acreedor embargante, está invocando evidentemente su condición de acreedor del concurso, con respecto a otro acreedor que invoca un privilegio especial atento su condición acreditada en el concurso, de constructor del edificio.

Estas situaciones deben ventilarse exclusivamente dentro del ámbito del procedimiento universal y con la necesaria intervención del funcionario (sindicado) y el juez del concurso, como interpretaron otros acreedores del vendedor, según luce en la sentencia de V. E., que han cumplido con la “carga” de concurrir al proceso concursal en los términos del art. 32 LC, ello en virtud de poder existir acreedores preferidos, y evitar desigualdades, sólo posibles de ser comprobadas por la sindicatura, a través del proceso de insinuación al pasivo.

Además, los efectos del acuerdo homologado se aplican a todos los acreedores, hayan verificado o no (art. 56 LC). Por lo que frente al rango del acreedor concurrente, como especial, es decir, el del constructor, el crédito quirografario de actor se transforma en un derecho a escriturar el inmueble, mientras que el constructor debería abonar su crédito al dueño del terreno, en los términos de la propuesta concursal, si la hubiera.

Encontrándose, como se encuentra la deudora de autos, en concurso preventivo, para el caso de que no cumpla con la propuesta homologada, el privilegiado tendrá obviamente derecho preferente al cobro de su crédito.

Creo que si el tercerista hubiese verificado, oportunamente, su sentencia, a través del correspondiente pedido o incidente, de acuerdo con el período informativo o vencido el mismo, y resultado su pedido triunfante, hubiese devenido dueño, convalidando su posesión, a través de la escrituración. Repito, debiendo el dueño de la obra hacerse cargo del crédito del constructor, atento que este crédito está verificado con el privilegio previsto por el art. 241 inc. 1°.

De otro lado, la mayoría, al ordenar la escrituración, reniega del privilegio acreditado en el concurso.

Desigualdad a la que los argentinos no debemos acostumbrarnos, pese a que el Ejecutivo lo intenta a través de su legislación por decretos. Es el presente un peligroso precedente, que la Sala K incorpora a su jurisprudencia, y que nosotros debemos, a través de los remedios procesales, poner en su lugar, que no es otro que el de la Justicia conmutativa.