

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***EL LEVANTAMIENTO DE EMBARGO A EFECTOS DE ESCRITURAR Y EL
ARTÍCULO 123 DE LA LEY DE CONCURSOS(*) (459)***

ALICIA ESTER BUSTO

I. Con cierta frecuencia se realizan actos notariales de disposición o gravamen de bienes registrables, mediando el levantamiento de embargo o de inhibiciones "al solo efecto de escriturar", con cargo para el escribano interviniente de retener una determinada suma del dinero pagado o mutuado para depositarla a la orden del juez o entregarla en pago al acreedor embargante o inhibiente.

Ese levantamiento de cautela se hace constar en la escritura y obviamente resulta así conocido por todos los que intervienen en el acto escriturario.

Cabe, pues, indagar la situación que eventualmente puede crear se a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

persona que ha adquirido el bien o a favor de quien se ha constituido el derecho real, a la luz de la norma del artículo 123 de la ley 19551, cuyo artículo está comprendido en el capítulo II, sección III de la ley de concursos, donde se regulan "el período de sospecha y efectos de los actos perjudiciales a los acreedores".

II. La cesación de pagos es el punto de partida de un ciclo que muchas veces - mediando o no concurso preventivo - desemboca en una sentencia de quiebra. Mucho se ha escrito para definir el concepto de cesación de pagos (e incluso para criticar esa denominación que pese a todos los embates se mantiene en nuestra legislación)(1)(460).

Si bien la ley no define la cesación de pagos, se considera que constituye un estado económico susceptible de ser demostrado a través de ciertos hechos, según lo que surge de lo que se dispone en los arts. 1º, 85 y 86(2)(461). Pero nuestra doctrina y la extranjera están contestes en que es un estado de un patrimonio impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él gravitan, esto es, frente a las deudas ciertas, líquidas y exigibles que lo gravan(3)(462).

Pero para que ese estado de cesación de pagos tenga implicancias legales, debe ser revelado; de lo contrario - observa CÁMARA -(4)(463)no trasciende jurídicamente y permanece en el campo moral.

Para que pueda dar lugar a una declaración de quiebra debe revelarse por hechos exteriores de fácil constatación - incumplimiento de obligaciones, confesión expresa o tácita del deudor, etc. -. Pero existen circunstancias que si bien no constituyen en sí un estado de cesación de pagos y por ello no podrían dar lugar a una declaración de falencia, constituyen connotaciones de una mala situación financiera general y de cierta permanencia, tales como pedidos de espera, renovaciones de documentos, préstamos a interés elevado, ventas a precios inferiores al costo, etc. Tales circunstancias, llegado el caso, pueden servir para determinar la fecha inicial del estado de cesación de pagos(5)(464).

Nuestra ley, en el art. 84, determina que el estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera que sea el carácter de ellas y las causas que lo generan (esto es, ya no distingue como la anterior ley de quiebras entre deudas comerciales y civiles). Y el art. 85 dispone que "Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros: 1) El reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor; 2) Mora en el cumplimiento de una obligación; 3) Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir las obligaciones; 4) Clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad; 5) Venta a precio vil; ocultación o entrega de bienes en pago; 6) Revocación judicial de actos realizados en fraude a los acreedores; 7) Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ya se ve, pues, que la enumeración del artículo 86 pese a su indudable amplitud, de ningún modo es taxativa. Es que no podría serlo: Los actos o hechos ostensibles que ponen de manifiesto el estado al que nos estamos refiriendo "varían al infinito", dice CAMARA(6)(465), al igual que FERNANDEZ(7)(466), quien agrega que pueden existir formas y matices sumamente variados, motivo por el cual la mayoría de las leyes dejan a los jueces amplia libertad de apreciación. Este último autor observa que puede haber cesación de pagos sin incumplimiento de obligaciones y viceversa(8)(467).

III. La fijación por el juez de la fecha de cesación de pagos es un imperativo legal.

Dado que "el proceso de malestar económico que termina en la quiebra es prolongado y complejo"(9)(468) y que la quiebra no se origina súbitamente, bien observan BONFANTI Y GARRONE(10)(469) que, en el fondo, cualquier plazo que se fije es relativo ya que en la actualidad el comercio es muy cambiante; de ahí que no pueda exigirse a la ley una adecuación ni total ni absoluta a la realidad del caso.

La fijación de la fecha tiende a retrotraer los efectos de la quiebra a todo el período previo de la misma, a fin de recomponer el patrimonio del deudor (el cual, para usar una frase no correcta pero consagrada por el uso, constituye "la prenda común de los acreedores") y salvaguardar el tratamiento igualitario de los acreedores del fallido.

Se ha dicho que un deudor insolvente, que en realidad no es otra cosa que un administrador de bienes ajenos, no debe disminuir su patrimonio a título gratuito ni realizar actos que destruyan el principio de igualdad entre los acreedores; todo lo que haga en uno u otro sentido resulta injustificado y sospechoso(11)(470).

Nuestra ley ha fijado en principio en dos años el plazo de retroacción de la quiebra, pero puede ser mayor en los supuestos del art. 84 inc. 1)(12)(471), o estando pendiente de cumplimiento un acuerdo preventivo. Sin embargo, a los efectos de considerar los actos perjudiciales a los acreedores, el art. 120 pone un tope máximo de dos años antes de la fecha del auto de quiebra.

Determinada judicialmente la fecha de cesación de pagos, para el fallido y para todos los que hayan intervenido en el incidente de fijación, pasa en autoridad de cosa juzgada; pero para los terceros constituye una presunción juris tantum(13)(472). El auto que fija la fecha es apelable, entre otros, por los terceros que, habiendo contratado con el fallido, tienen interés en no quedar comprendidos por el período que comienza a partir de la fecha fijada(14)(473).

Importante consecuencia de la fijación de la fecha de la cesación de pagos es que a partir de ella comienza el llamado "período de sospecha", que se extiende desde entonces hasta la declaración de falencia.

La retroacción del estado de quiebra a la época inicial de la cesación de pagos es porque la ley presume que el deudor ha realizado actos violatorios de la igualdad entre los acreedores o deteriorado voluntariamente su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

patrimonio para eludir o disminuir su responsabilidad económica(15)(474). El art. 122 de la ley 19551 declara actos ineficaces de pleno derecho los actos realizados por el deudor, durante el período de sospecha, que consistan en actos a título gratuito, pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad, pago por entrega de bienes, constitución de hipoteca, prenda o cualquier otra preferencia respecto de obligación que originariamente no tenía esa garantía. De ahí que en el caso "Pazmallán S.A. s/quiebra", la Cámara Nacional Comercial de esta capital, por la Sala A, haya expresado que para asegurar la integridad patrimonial del deudor fallido y afirmar el jus paris conditionis creditorum durante el período de sospecha, la ley crea una presunción juris et de jure de fraude y de perjuicio para la masa, respecto de todos los actos normales comprendidos en el art. 122 de la ley 19551 y ejecutados por el fallido desde la fecha de la efectiva cesación de pagos hasta la declaración de quiebra(16)(475). En cuanto a los actos del fallido, no comprendidos en la enumeración del art. 122, en orden a lo dispuesto por el art. 123, "pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, cuando se acredite que el tercero tenía conocimiento del estado de cesación de pagos".

IV. La ley 11719 utilizaba distinta terminología respecto de los actos del fallido durante el período de sospecha, distinguiéndolos entre nulos y anulables. El nuevo ordenamiento los reúne en la denominación de "ineficaces", la que ha sido objeto de algunas críticas(17)(476)

Los arts. 123 y 124 regulan la acción revocatoria concursal, para cuya procedencia no es menester probar simulación, bastando el acuerdo fraudulento entre el deudor y sus adquirentes(18)(477). La Cámara 3ª Civil y Comercial de Córdoba en "Grillo, Bautista s/quiebra" ha explicado claramente el sistema legal: "Nuestra actual ley de concursos 19551 ha incluido en la sección III del cap. II, tres grados de ineficacia de los actos realizados por el deudor en el llamado período de sospecha: a) Los actos ineficaces de pleno derecho (art. 122); b) Los actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos por un tercero; acción revocatoria concursal prevista en el art. 123 que debe ser invocado por la sindicatura o por un acreedor interesado, cuando hayan transcurrido treinta días desde la intimación al síndico para que promueva la correspondiente demanda (art. 124); c) La acción reglada por los arts. 961 y 972 del Cód. Civil (acción pauliana) que podrá ser ejercida por el síndico o por cualquier acreedor (art. 124, 2º párr.)(19)(478)

Durante el período de sospecha el fallido puede haber realizado actos a título oneroso que pueden haber perjudicado el principio de igualdad de los acreedores. Si el tercero que contrató con el posteriormente fallido tuvo al tiempo de la negociación conocimiento del estado de cesación de pagos de su cocontratante, ha incurrido en mala fe, lo que es presumido juris et de jure por la ley(20)(479). La acción revocatoria procede, pues, en tanto se acredite que el tercero estaba en conocimiento de la situación del deudor(21)(480).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El maestro itálico Satta analiza el problema en el cual, dice, se enfrentan dos intereses, igualmente y en el mismo grado dignos de tutela, el de los acreedores y el del tercero. La solución del conflicto no puede encontrarse sino en el conocimiento que tuviera el tercero del estado de insolvencia en que cayera el deudor. Todo se reduce a un problema de prueba: establecer si y cuándo el conocimiento de la cesación de pagos, por parte del tercero, debe considerarse demostrado(22)(481). En el supuesto que nos ocupa, el tercero se ha enterado, a través de la lectura de la escritura que le ha hecho el notario, que estaba contratando con quien al menos tenía una obligación incumplida en proceso de ejecución judicial. Y ello está demostrado notoriamente con el mero otorgamiento del acto notarial. Siendo así, en el evento de que al vendedor, hipotecante o cedente, se le decretara la quiebra más adelante, no podría alegar desconocimiento del estado de cesación de pagos con todas las consecuencias y riesgos si la operación se hubiese concertado durante el "período de sospecha".

De ocurrir tal cosa, su contratación sería factible de ser calificada de "ineficaz" respecto de los acreedores. De prosperar la acción revocatoria concursal, el bien no sale del patrimonio del tercero, ya que no existe un acto nulo; pero la masa puede hacer efectivo su derecho creditorio sobre ese bien del tercero, como si el acto no hubiese existido(23)(482).

Claro está que, llegado el caso, triunfante la acción revocatoria, al adquirente de mala fe debe restituírsele el precio por él pagado (o de tratarse de una hipoteca, del dinero mutuado), pero tal restitución solamente será parcial, ya que se efectuará en "moneda de quiebra", excepto cuando el precio hubiese beneficiado a la masa o pudiera beneficiarla por estar identificado y ubicado(24)(483).

Pero aun mediando mala fe del tercero y estar comprendida la contratación en el período de sospecha, no procedería la declaración de ineficacia del acto con todas sus consecuencias si la quiebra fuese levantada y pagados todos los acreedores, ya que la subsistencia de la masa de acreedores constituye uno de los presupuestos del ejercicio de las acciones revocatorias concursales(25)(484), pues no hay que olvidar el principio de que el interés es la medida de las acciones. Por lo tanto, el acto referido a los bienes del deudor mantendría entonces plena eficacia, no pudiendo ser atacado(26)(485).

El art. 128 de la L. C. fija un plazo de tres años corridos desde que el auto de quiebra quedó firme, para la interposición de las acciones de los arts. 123 y 124. Y promovida la acción por el síndico (art. 123), aquélla no permite en orden a lo previsto en el art. 300, primera parte; en cambio, es susceptible de caducar en tres meses la que iniciara un acreedor en las condiciones del art. 124, conforme los arts. 300 LC, segunda parte, y 310, inc. 2º del Cód. Procesal(27)(486).

V. Tras esta muy sintética reseña, cabe arribar a conclusiones.

Tenemos dicho que quien contrata con una persona que se encuentra en estado de cesación de pagos conociendo tal circunstancia, se ve expuesto a que el bien que adquiere o el crédito garantizado con derecho real que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constituye a su favor pueda ser objeto de una reivindicación concursal, si dentro de los dos años a partir de la escritura es declarada la falencia de su enajenante (o cedente o hipotecante, etc.), corriendo el peligro de tener como único resarcimiento el pago de su dinero pero en "moneda de quiebra", es decir, percibiendo, tras mucha espera, un dividendo en paridad con los acreedores quirografarios del fallido.

Y si al contratar ha sido levantada una cautela "al solo efecto de escriturar", el tercero ya no puede ignorar las dificultades financieras de su cocontratante y, por ende, sería reputado "de mala fe".

Ese riesgo es muy serio, especialmente en épocas de notoria recesión, como para no adoptar las más elementales precauciones antes de emprender un negocio jurídico, máxime atendiendo a la señal de alerta que significa la registración de una medida cautelar.

Es en esos casos cuando la figura del notario cobra significativa dimensión, más allá de la estricta función fedante. Un cuidadoso estudio del origen del pleito en el cual se ha decretado la cautela y una prolija indagación sobre la situación patrimonial y financiera del enajenante (o hipotecante, etc.) harán que el escribano actúe como el buen y prudente asesor en el que el cliente deposita toda su confianza.