

## La acción revocatoria concursal y la acción revocatoria ordinaria

### Diferentes alcances con relación a la inoponibilidad del acto jurídico de afectación de vivienda

Ruy Leandro Sechi Lloyd

#### **I. Introducción** [\[arriba\]](#)

Han existido pronunciamientos y es un tema debatido en doctrina la inoponibilidad del acto jurídico de afectación de un inmueble a vivienda familiar (art.244 y siguientes), antes denominado “bien de familia” por la ley 14.394 derogada por la ley 26.994.

Ahora bien, la cuestión tiene un análisis diverso y las soluciones son distintas para la acción revocatoria concursal y la acción revocatoria ordinaria.

Nos proponemos hacer una reseña y análisis de las posturas sobre el tema y los criterios aplicables a nuestro entender.

#### **II. La acción revocatoria concursal y la acción revocatoria ordinaria, breve síntesis** [\[arriba\]](#)

Las acciones bajo análisis se encuentran reguladas por el art.119 y 120 de la ley 24.552.

Las acciones legisladas son algunas de las hipótesis que pueden dar lugar a la ineficacia concursal de los actos jurídicos que sean atacados con dichas acciones.

La noción de ineficacia es la faz negativa o contracara de la eficacia de los actos jurídicos. Cuadra señalar que los supuestos que analizamos pueden ser encuadrados como supuestos de ineficacia estructural de los actos jurídicos por cuanto la ineficacia es inherente al acto por los vicios que contiene desde su génesis o constitución misma.[1]

Se encuadra dentro de la inoponibilidad, constituyendo ésta una categoría de la ineficacia que actúa sobre un negocio jurídico de manera tal que limita, disminuye o descalifica sus efectos normales frente a determinadas personas, conservando su validez entre las partes que lo otorgan y aún frente a terceros en general.

En ese lineamiento, la ley establece hipótesis de ineficacia de pleno derecho y por conocimiento del estado de cesación de pagos; las segundas son las hipótesis que contempla la acción revocatoria concursal prevista en el art.119 de la ley de concursos y quiebras[2].

La declaración de ineficacia prevista en el art.119 debe reclamarse mediante acción que se deduce ante el juez de la quiebra y tramita por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de partes opte por hacerlo por incidente. La acción es ejercida por el síndico y está sujeta a la autorización previa de la mayoría simple de capital quirografario verificado y declarado admisible.

Cabe mencionar que la ley no tiene previsto un procedimiento específico para determinar las mayorías necesarias para el ejercicio de la acción. Empero, bastará con la presentación de escrito firmado por la mayoría exigida por la ley, con las firmas debidamente certificadas.

Rivera afirma que la quiebra es un asunto de interés de los acreedores y no del síndico, y que debe tenerse en cuenta que la promoción de estos procesos puede generar costas muy importantes que afectarán a la masa[3]

Una cuestión fundamental es la exigencia del perjuicio como requisito sustancial. La norma prescribe que “el tercero debe probar que el acto no causó perjuicio”.

Asimismo la norma requiere el conocimiento por parte del tercero de la cesación de pagos.

#### **III. El perjuicio no es sinónimo de fraude** [\[arriba\]](#)

Cabe aclarar que la norma requiere la existencia de perjuicio, exigencia que no implica sinonimo de fraude.

En los casos del art. 119, se debe acreditar que el tercero tenía conocimiento del estado de cesación de pagos en que se encontraba el deudor, pero en ningún modo puede asimilarse ese conocimiento a la mala fe, o participación en consilium fraudis, ya que, el tercero bien pudo considerar que el acto no acarrearía perjuicio alguno.

Esta ausencia del presupuesto de fraude es justamente la que le otorga al sistema de inoponibilidad concursal una mayor eficacia que a la acción revocatoria pauliana que requiere indefectiblemente de la acreditación del consilium fraudis.

Podemos afirmar que el elemento teleológico es totalmente opuesto. En el caso de la acción de ineficacia concursal, se trata del conocimiento del estado de cesación de pagos mientras que la acción pauliana requiere un elemento volitivo doloso muy particular: la concertación de una maniobra en perjuicio de terceros.

El presupuesto sustancial para aplicar la acción revocatoria concursal, es decir el conocimiento de la cesación de pagos, no tiene ninguna connotación fraudulenta.

De los conceptos descriptos precedentemente surge entonces que en la letra del art. 119 de la ley 24.522 no surge el requisito de demostrar la existencia de un ánimo de defraudar por parte del tercero.

El conocimiento aludido por la norma no es de índole técnico sino mas bien un conocimiento de las dificultades técnicas que afronta el deudor.

Dicha prueba por lo general, será una prueba indirecta mediante un conjunto de indicios.

Así, lo que la normativa concursal pretende no es la prueba de un conocimiento directo sino, un juego de presunciones e indicios de que el deudor se hallaba en crisis.

Bien señala Junyent Bas que “esta ausencia del presupuesto de fraude es justamente lo que le otorga al sistema de inoponibilidad concursal una mayor eficacia que a la acción revocatoria pauliana, pretensión sustantiva que requiere indefectiblemente de la acreditación del “consilium fraudis” entre el deudor y el acreedor o tercero contratante o eventual subadquirente.”[4]

No obstante, hay situaciones como el caso particular de la afectación a vivienda familiar (art.244 CCyC) que requieren -según nuestro criterio- de la acción revocatoria ordinaria para su procedencia.

Analizaremos seguidamente la cuestión puntual del acto jurídico de afectación consumado durante el periodo de sospecha.

#### **IV. La acción revocatoria concursal interpuesta contra la afectación de vivienda constituida en el periodo de sospecha [\[arriba\]](#)**

La suerte del bien afectado a vivienda familiar una vez determinada la existencia de una quiebra es una cuestión arduamente debatida en la doctrina y jurisprudencia.

El problema más arduo que se presentaba en este aspecto, es el relativo a la interpretación del art. 38 de la ley 14.394. El nuevo Código Civil y Comercial desperdicio la oportunidad de ponerle un fin a esta discusión.

Si bien el antiguo art.38 de la ley 14.394 como el art.249 del Código son categóricos en cuanto a que el bien de familia no es susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, aún en el caso de concurso o quiebra, deja sin resolver el problema que se presenta cuando en una misma quiebra coexisten acreedores anteriores y posteriores a la inscripción.

Se han generado diversas posturas con relación al sub-examine. Una primer postura sostiene que en caso de existir acreedores anteriores a la constitución de la afectación

de vivienda, corresponde desafectar el bien en beneficio de todos los acreedores de la masa concursal en virtud del principio par conditio creditorum.

Otra corriente sostiene, en cambio, que en tales casos debe disponerse la formación de una masa separada, integrada por el bien afectado a vivienda familiar y los acreedores anteriores a la inscripción a quienes esta última les resulta inoponible.

#### **V. El bien de familia. Noción y fundamento** [\[arriba\]](#)

La institución del bien de familia es una figura creada por la ley 14.394 y receptada por el Código Civil y Comercial en el art.244, la cual posee una innegable trascendencia social.

Dicho instituto intenta proteger a la vivienda que constituye el hogar de la familia contra la acción de los acreedores del titular del bien, pues de ese modo se protege a la familia misma.

La ley 24.552 carece de normas concernientes a este punto, circunstancia que deriva en un conflicto de interpretación de los alcances del art.244 del Código Civil y Comercial (antes el art.38 de la ley 14.394) y el ejercicio de la acción revocatoria concursal del art.119 de la ley 24.522.

A nuestro entender, la exclusión del bien afectado a vivienda es relativa y no puede sostenerse como un principio absoluto, por cuanto el bien de familia podría ser objeto de desapoderamiento en caso de existir acreedores anteriores a su inscripción como tal.

Consideramos que la fecha anterior o posterior del crédito será una cuestión basal para determinar la posibilidad de declarar la ineficacia del acto de afectación a vivienda.

#### **VI. Los efectos de la quiebra sobre el bien de familia. Los criterios en pugna** [\[arriba\]](#)

Como ya se mencionara, existen dos posturas: Una de las tesis sostenida por Maffia[5], afirma que basta que uno solo de los acreedores sea anterior a la inscripción del bien de familia para que proceda la ejecución en favor de todos; y, para que el monto liquidado ingrese a la masa colectiva consecuencia del principio concursal de universalidad y de igualdad de los acreedores en la quiebra, desafectado el bien por un acreedor legitimado a tal fin, cesa absolutamente la protección legal.

La otra opinión mayoritaria postula la formación de masas separadas, en virtud de la cual, el bien de familia conformará una masa separada integrada únicamente con los acreedores anteriores a la inscripción, a los cuales la misma resulta inoponible.

#### **VII. Nuestra postura** [\[arriba\]](#)

En nuestra opinión, el criterio que postula Kemelmajer[6] es el que más se ajusta a las normas sin hacerlas colisionar y respeta el espíritu tuitivo de los arts.244,249 y concordantes del Código Civil y Comercial. El principio de la pars conditio creditorum no constituye una regla absoluta que obligue a equiparar la situación de los acreedores posteriores a la inscripción con la de los anteriores a la misma. Es incorrecto aplicar el principio pars conditio creditorum a ultranza por cuanto ello implica negar la letra clara del art. 249 del Código Civil y Comercial cuando prescribe que “La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción”.

Desde esa perspectiva, es la propia ley la que efectúa una diferenciación entre los acreedores anteriores y posteriores, colocándolos en posiciones distintas frente al acto de afectación.

Por otro lado, la misma ley de quiebras, sobre todo en su última reforma, hace aún mayor hincapié en las diferencias que existen entre los acreedores, alentando al deudor a conferirles un trato distinto de acuerdo a las diferentes clases de las que se trate (v.gr., mediante la categorización de los acreedores quirografarios y la posibilidad de hacerles propuestas de acuerdo diferenciadas).

Y si bien es cierto que el art.244 y siguientes no tienen por fin crear un privilegio legal, no puede obviarse que ésta organiza un régimen de oponibilidad e inoponibilidad que no puede ser desconocido. Dicho régimen de inoponibilidad debe ser interpretado armónicamente con los preceptos de la ley concursal.

Caso contrario, se estaría beneficiando a quienes no lo esperaban y disminuyendo la garantía de quienes sí contemplaron la existencia del bien. Por otra parte, la entrega al fallido del remanente para la adquisición de un nuevo inmueble bajo el amparo del bien de familia, o la encomienda al síndico de tal trámite, es la solución que mejor se ajusta tanto al texto como al espíritu de la ley 14.394, y que subsiste aún cuando el titular o los titulares del bien de familia se encuentran en quiebra, como expresamente lo establece el art. 38 de la citada normativa. Razones de equidad abonan esta tesis.

En efecto, la solución propuesta evita que se configure una situación de desprotección absoluta de quien, en su momento, buscó y obtuvo el amparo de una ley de profundas implicancias sociales.

Vista la cuestión desde otro ángulo, la conclusión resulta igualmente idéntica, ya que requerir que el remanente del producido de la venta se termine incorporando a la masa concursal en beneficio de los acreedores posteriores, también puede significar un exigencia desmedida cuando el deudor puede aplicar el mismo a adquirir otro bien de familia de valor inferior, y cuando de ese modo se beneficiaría a quienes cuyos derechos la ley en ningún caso buscó poner por encima del amparo de la vivienda familiar.

Es que la sanción de la ley 14.394 y el criterio sostenido por el art.244 del Código Civil y Comercial importó el reconocimiento de la familia como unidad esencial necesitada de protección legal, y para la consecución de tales fines impuso una serie de sacrificios: (i) la indisponibilidad del bien como privación del interés del propio titular; (ii) la desgravación impositiva, como la renuncia del interés fiscal del Estado; y (iii) la oponibilidad del bien de familia a los acreedores posteriores a la inscripción, aún en caso de quiebra.

En síntesis, para nosotros, la protección de la vivienda familiar siempre debe prevalecer por sobre el interés de los acreedores posteriores a la inscripción del bien de familia, quienes nunca computaron ese bien como prenda común de los acreedores.

### **VIII. La aplicación de los efectos del período de sospecha al acto de constitución de familia. Su improcedencia [\[arriba\]](#)**

En el punto anterior dejamos bien en claro nuestra opinión respecto a que los únicos que podrían válidamente ejecutar el bien afectado a vivienda familiar son los acreedores de fecha anterior y los acreedores de fecha posterior no podrán sacar provecho en base al principio de igualdad de los acreedores.

Ahora bien, cabe advertir que tampoco podrían los acreedores de fecha posterior pretender la inoponibilidad del acto jurídico de afectación a vivienda familiar con fundamento a que dicho acto fue consumado dentro del periodo de sospecha prescripto por los arts.115,116 y 117 de la ley 24.522. -

Es evidente que los acreedores de fecha posterior a la afectación no podrán hacer uso de la acción revocatoria concursal para dejar sin efecto la afectación a vivienda familiar de un bien inmueble dado que el art.244 y concordantes del Código Civil y Comercial son lapidarios en torno a los créditos a los cuales les resultan inoponibles dicho régimen (deudas anteriores).-

En el caso de los acreedores de fecha anterior, queda claro que podrán instar la desafectación del bien y formar una masa separada según nuestro criterio.

Ello es así por cuanto la interpretación armónica de los arts.117 y siguientes de la ley 24.522 y arts.244,246 y concordantes del CCyC no deja otra posibilidad.-

Sostener lo contrario implicaría dejar de lado la letra del art.249 del Código Civil y Comercial que prescribe “La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores”.-

Cuando la ley alude a deudas posteriores de forma general no corresponde hacer distinciones donde el legislador no las hace.

#### **IX. La acción revocatoria ordinaria, una posibilidad para los deudores de fecha posterior** [\[arriba\]](#)

Todo lo expuesto, demuestra que los acreedores de fecha posterior estarían imposibilitados de lograr la liquidación del bien afectado a vivienda familiar.

Es nuestra conclusión y una postura importante dentro de la jurisprudencia si bien hay excepciones.

Ahora bien, con la acción revocatoria ordinaria prescripta por el código civil y comercial puede llegar a existir alguna posibilidad a través de acción revocatoria ordinaria prevista por los arts.338 a 342 del CCyC y 120 in fine de la ley 24.557.-

La distinción vinculante con la revocatoria concursal que nos permite pensar en su procedencia son los propios requisitos de la figura, en particular el inc.a del art.339 del Código Civil y Comercial.

La acción revocatoria ordinaria requiere que el crédito sea de fecha anterior pero prevé una excepción: que el deudor haya actuado para defraudar a futuros acreedores.

En ese lineamiento, la acción revocatoria ordinaria aparece como una herramienta útil para impugnar el acto de afectación de vivienda so pretexto de que el mismo tuvo como finalidad afectar a futuros acreedores.

Dicho extremo puede verificarse en las vísperas de una cesación de pagos o inclusive durante la cesación de pagos misma.

Naturalmente, la carga de la prueba recaerá principalmente sobre quien pretenda impugnar el acto.

En este tipo de procesos es de vital importancia los indicios como prueba para verificar si existe un acto en fraude a los acreedores al igual que en las acciones de simulación.

Es evidente que el acto jurídico de afectación a vivienda tiene ciertas particularidades que lo alejan de los indicios clásicos que se verifican en los actos jurídicos que normalmente se impugnan por intermedio de las acciones de simulación y fraude.

A nuestro entender hay tres indicios clave para analizar el éxito de la pretensión: 1) El momento en que se configura la afectación del bien inmueble al régimen jurídico de vivienda familiar; 2) El tiempo o transcurrido desde su adquisición y/o hasta su afectación a vivienda a favor de los beneficiarios; 3) Los usos previos que tuvo el bien inmueble; 4) El tiempo durante el cual puede verificarse que el inmueble fue residencia efectiva del grupo familiar del cual es beneficiario; 5) La existencia de otros bienes inmuebles que pueden funcionar como vivienda familiar fuera del patrimonio del fallido.

#### **X. Conclusiones** [\[arriba\]](#)

Por todo lo expuesto, entendemos que la acción revocatoria concursal no será efectiva para los acreedores de fecha posterior a la afectación del bien.

Aún habiendo sido constituido en el periodo de sospecha, el régimen de inoponibilidad es un argumento ilevantable frente al ejercicio de la acción revocatoria concursal.

En consecuencia, dicha acción sólo podrá prosperar por aquellos cuyo crédito sea de fecha anterior a la constitución.

Resumiendo nuestra postura, es menester que el crédito sea de fecha anterior, no bastando que se encuentre dentro del periodo de sospecha habida cuenta el régimen de inoponibilidad instaurado por los arts. 244 y siguientes del CCyC.

El acreedor de fecha posterior deberá instar la acción revocatoria ordinaria que tiene sus presupuestos autónomos y hacer valer una serie de indicios para demostrar que el acto tuvo por finalidad afectar a futuros acreedores.

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1] Conf. Eduardo ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, pag.125, ed. Astrea, 3° reimpresión, Buenos Aires, 2004

[2] Ignacio Escuti- Francisco Junyent Bas. Derecho Concursal, pag.299, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016.

[3] Julio Cesar Rivera, Instituciones de Derecho Concursal, T.II, p.125.

[4] Junyent Bas, El “problemático” conocimiento del tercero del estado de cesación de pagos en la ineficacia concursal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en <http://www.caderc.org.ar/doctrina/articulos/el-201cproblematico201d-conocimiento-del-tercero> (consultado el 28-08-16).

[5] MAFFÍA, Osvaldo, Derecho concursal, T.II, Depalma, Buenos Aires, 1988 , p.522.

[6] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La protección jurídica de la vivienda familiar, p. 135 y sgtes., Ed.Hammurabi, Bs. As. 1995