

“Un tema clásico del *labyrinthus creditorum*: las deudas de la masa.”

por Ariel A. Dasso

Si al decir de Borges “*el nombre es el arquetipo de la cosa*”⁽¹⁾ nuestro derecho prácticamente ignora el nombre que la doctrina y aún la legislación positiva, particularmente en el derecho continental europeo, designa a los gastos extraconcursoales generados en los procesos de crisis los que por su naturaleza evaden *in totum* la regla de la *par conditio*, de pago inmediato y aún en determinados casos integradas por cuotas accesorias de interés.

Hemos abordado reiteradamente claro esta que a lo largo de mucho tiempo el debate que en doctrina con proyección a los sistemas ordinarios del derecho de la crisis generan aquellos gastos o erogaciones que aun realizadas en el curso del proceso atento su naturaleza de necesidad insoslayable, en medida tal que su existencia condiciona el integro desarrollo del mismo.

I – LAS DEUDAS DE LA MASA Y LA TERMINOLOGIA JURÍDICA: LA BUSQUEDA DEL NOMBRE.

Las deudas de la masa, constituyen una problemática recurrente en materia concursal. Es patente que cualquiera fuere la concepción dogmática que se asigne al procedimiento de crisis o insolvencia, en cuya virtud se procura con distintos institutos salvar la empresa y evitar la quiebra o, cuando esto no fuere posible, concretar la liquidación del patrimonio del deudor cesante y distribuirlo entre sus acreedores expeditivamente, supone la necesidad inexorable de curso de actos que requieren para su propio desarrollo gastos "o erogaciones" que necesitan ser satisfechos.

Paralelamente existen determinados actos jurídicos realizados por el deudor con una anticipación muy próxima a su declaración de quiebra, más o menos involucrados con consecuencias o efectos jurídicos ulteriores y, de

¹ JORGE LUIS BORGES, “*El Golem, Obras Completas*”, Emecé Editores SA, 1975, p. 835.

consuno, otros realizados por los órganos del procedimiento, todos los cuales se traducen en obligaciones que deben ser pagadas.

La expresión "*deudas de la masa*" engloba los gastos generados por el procedimiento, incluyendo en ellos los honorarios, y aún aquellas obligaciones originadas en actos jurídicos del propio deudor pero que a la postre pudieren constituirse en causa de un beneficio a los acreedores concurrentes.

La denominación no es por cierto plenamente satisfactoria porque implica la adjudicación de personalidad jurídica a la masa, entendiéndose por tal algo así como el patrimonio del fallido, del cual es desapoderado por efecto de la quiebra.

Toda deuda supone un sujeto activo. La deuda o débito es la expresión pasiva de un mismo concepto que en su faz activa se denomina "*crédito*". El sujeto activo del crédito será el acreedor de la masa, y el patrimonio que soportará la agresión de aquel estará constituido por la "masa" pasiva.

En derecho francés son "*dettes de masse*", en derecho italiano "*debiti della massa*". A estos conceptos corresponden como sujetos activos los "*créanciers de la masse*" y los "*creditori della massa*" respectivamente.

En los estatutos de Florencia de 1322 ya se advertía la posibilidad de que los órganos de la quiebra liquidaran en forma previa una parte de los bienes del quebrado para constituir una acumulación o reserva de fondos con el que afrontar los gastos del procedimiento.⁽²⁾

Y cuando los estatutos rebasan las fronteras italianas en los siglos XVI y XVII, la doctrina francesa y las regulaciones de las ferias de las ciudades marcaban que los primeros fondos producto de las más tempranas liquidaciones debían ser deducidos y reservados para garantizar los gastos necesarios realizados y a realizar en el interés de los acreedores del fallido.

Aquellas ya casi prosaicas orientaciones, plasmadas en torno a los gastos de justicia y administración de la quiebra, son ciertamente desde el punto de vista histórico los pasos ahora diluídos en el tiempo en los cuales se advierten

² ROCCO, "*Il fallimento, teoría generale e origine storica*" - Milán - 1917 - pág. 181

la huella de lo que llegaría a ser la copiosa doctrina elaborada en torno a las deudas de la masa.

Salgado de Somoza en su "*Labyrinthus creditorum, concurrentiam ad litem per communem debitorum inter illos causatam*", Valladolid, 1646, expone una serie de ideas en la que aparece larvada una sistemática que luego se afirmaría con bases más sólidas.

Distingue entre "cargas" (onera) constantes e inherentes a los bienes del concurso y "gastos" (expensas) extrínsecos, entre los cuales cuentan los de conservación y defensa de bienes, administración y justicia, los que se pagan deduciendo el dinero de la masa del concurso en forma que sólo se reparte entre los concurrentes el remanente, una vez pagados primeramente las cargas y gastos.

Estos conceptos, adquieren expresión dogmática y también positiva recién en el siglo XVIII cuando la evolución del derecho concursal se plasma en las ordenanzas de algunos Estados Germánicos, siguiendo las obras de Stauber (1677), Brunnemann y (1688), quizá inspiradas en el mismo Salgado, y fundan los precedentes de "masa" y "deudas de la masa", que luego la misma doctrina germana consolida en el siglo XIX.

Los acreedores de la masa eran satisfechos previamente a los acreedores del quebrado, excluidos del principio general aplicable a los acreedores del quebrado –ó concursales- que debían verificar sus créditos en el procedimiento o de alguna manera insinuarse en el mismo.

Si bien las primeras posiciones dogmáticas que confrontan a "acreedores de la masa" y "acreedores del concurso" acontecen a mediados del siglo XVII, se recuerda como el estatuto positivo precursor la **Konkursordnung** austríaca de 1781 que coloca en forma previa a las categorías en que divide a los acreedores, a aquellos que trabajaron para la masa "como el representante de la masa y el administrador del patrimonio".

Es clásica la referencia puntual a la *Ordenanza Concursal de Prusia* del 30 de abril de 1855 en la que se consolida la dispersa doctrina y legislación en torno a las deudas de la masa y a las del fallido.

Allí por primera vez se separan legislativamente en categorías definidas (i) las pretensiones reivindicatorias; (ii) las acciones de acreedores con derecho de ejecución separada (que hoy engloba entre nosotros a los privilegiados especiales); (iii) los acreedores de la masa y (iv) los acreedores concursales.

Los acreedores de la masa se clasifican en gastos comunes y obligaciones de la masa, en tanto los acreedores concursales se distinguen en comunes y privilegiados.

Las deudas de la masa -gastos comunes de la masa y obligaciones de la masa- son "*prededucibles*" tanto de la masa común como de todas las masas separadas.⁽³⁾

Se establece expresamente en el parágrafo 45 que los derechos de los acreedores de la masa (tanto gastos comunes como obligaciones de la masa) deben ser satisfechos en forma independiente de los procedimientos de verificación y reparto y que "*el pago tendrá lugar en cuanto el derecho sea cierto y el crédito haya vencido*".

Con la clásica perdurabilidad de los conceptos sólidamente asentados en principios jurídicos afiatados, la *Ordenanza de Prusia del 30 de abril de 1855* mantiene vigencia y traslada sus reflejos a la legislación concursal actual. ⁽⁴⁾⁽⁵⁾

La ***Konkursordnung*** alemana de 1877 también impone el orden de pago prioritario, respecto de los acreedores (o deudas) concursales, de los titulares de (i) deudas de la masa en sentido estricto y (ii) gastos de la masa. Son "deudas de la masa" las obligaciones derivadas de acciones iniciadas por el administrador del concurso o de negocios jurídicos que éste concluyó, contratos bilaterales pendientes de ejecución expresamente determinados y

³ Esto equivale entre nosotros al concurso general del art. 240 ex 264 y concurso especial del art. 244, ex 268.

⁴ A despecho de enrolarse nuestra legislación en la rama hispana, cuyos preceptos colocan en la raíz de la cuestión los conceptos de graduación y preferencia, los principios del derecho germano están latentes en todo el desarrollo positivo

⁵ **BELTRÁN EMILIO**: "Las deudas de la masa" - Ed. Albornotiana - Bolonia - 1986 - pág. 31 - nota 21 con cita de **TREUHERZ**.

enriquecimiento injusto de la masa. En tanto se focalizan como "gastos" los de justicia y administración, alimentos del quebrado y de su familia.

De allí a hoy han corrido muchos años y la doctrina ha girado constantemente en torno a la problemática que generan los gastos de conservación y justicia, las deudas de la masa o acreedores del concurso procurando una fórmula que mejor satisfaga la necesidad inexcusable en el trámite del procedimiento de satisfacer los gastos necesarios para el mismo y atender de consuno, en su caso, a la continuación de la actividad del deudor.

Esta anotación inicial solamente tiene por objetivo ponernos frente a un problema, que perdura a lo largo del tiempo y ya cuando siglos después la doctrina continúa debatiendo en escenarios muy distintos los mismos problemas y las mismas dudas potenciadas cuando el salvataje de la empresa comenzó a desplazar en la tésis del procedimiento concursal al tradicional principio de la satisfacción de los acreedores.

La clara delimitación de los extremos radicalizados de ambos conceptos -deudas de la masa y deudas del fallido- sólo es de difícil diferenciación cuando las hipótesis solo tangencialmente rozan los distintos contenidos periféricos, o más lábiles, frente a cuyas situaciones se reeditan hoy con las mismas características o interrogantes, pero el problema se complica cuando en la interacción normativa aparecen una categoría de acreedores del deudor, la de los adunados de privilegio especial.

II - PREDEDUCCIÓN DE DEUDAS DE LA MASA Y GASTOS DE JUSTICIA

No obstante la labilidad de sus contenidos es un común denominador de todos los rubros englobados dentro del concepto deudas de la masa, el carácter de pago anticipado recogido desde el punto de vista técnico con la expresión de "*prededucible*".

La disciplina de la "*deducción previa*" (o prededucción) es anterior a la elaboración misma del concepto de "*deuda de masa*" que encuentra en la reforma del *Code de Commerce* de 1837 un importante antecedente a través de

lo que calificada doctrina llama "*el mayor grado de colectivización asignado al grupo acreedor*".⁽⁶⁾

El concepto de masa y de deudas de la masa que graban al grupo de acreedores (*masse des créanciers*), nacería como una implicancia de la prededucción.

Es en la reforma del *Code de Commerce* Francés de 1807, artículo 558, que la doctrina encuentra la idea de la prededucción de las deudas de la masa o acreedores del concurso o gastos -y honorarios- de justicia. Los gastos judiciales son materia de "*distraktion*" (deducción) del producto de la liquidación de los muebles del quebrado antes de la distribución entre los acreedores: se dan como ejemplo de tales gastos, los de inventarios, los salarios de los síndicos y los efectuados en general en el interés común de los concurrentes.

Treuhertz en su "*Cours de Droit Commercial*" de 1859 y años después, Thaller en "*Créanciers de la masse et créancier dans la masse*", definen a la masa de acreedores con un órgano ejecutivo (síndico), otro deliberativo (asamblea de acreedores), órgano de vigilancia (comité de acreedores) y un patrimonio propio integrado por el derecho de cada uno de los acreedores frente al quebrado que es susceptible de derechos y obligaciones.

Beltrán pone de relieve que los ordenamientos germánicos ubican las deudas de la masa como categoría autónoma constituída por una masa activa significada por el patrimonio del quebrado y una masa pasiva, integrada por sus deudas, en tanto en los países latinos la materia es regulada pivoteando permanentemente sobre los gastos de justicia y administración, agregada la preferencia en la satisfacción. ⁽⁷⁾

En el Derecho Español el Código Civil se aplicaba a la quiebra por remisión de los arts. 913 y 914 del Código de Comercio: enuncia entre los privilegios generales a gastos de justicia y de administración del concurso y su consecuencia es sorprendente pues están sometidas a graduación y gozan de preferencia sólo sobre los acreedores comunes pero están postergados por los privilegiados singulares y los especiales del derecho común, lo que obligó a la

⁶ BELTRÁN EMILIO: "*Las deudas de la masa*" - Ed. Albornotiana - Bolonia - 1986 - pág. 33.

⁷ BELTRÁN EMILIO, *op. cit.*, nota 5. p. 141.

doctrina a realizar verdaderos prodigios de interpretación para autorizar a los síndicos a satisfacer los gastos con fondos del concurso.

Se señala a Gonzalez Huebra, como quien con mayor claridad expone premonitoriamente que los gastos "no constituyen en realidad un crédito contra la quiebra, que sea preciso reconocer y clarificar como los otros, sino que habrá que irlos pagando a los curiales según vayan devengando sus derechos".⁽⁸⁾

No puede extrañar entonces que aquel debate se hubiere proyectado a nuestro derecho y que mantenga hoy todavía los aspectos tan dubitativos y los límites tan difíciles de definir que se reflejan en frecuentes fallos contradictorios cuando se trata del orden de prelación de los gastos de conservación justicia y de los débitos de la masa o acreedores del concurso, como se los ha vuelto a llamar en la más moderna legislación europea en una remembranza que evoca aquella nomenclatura de la *Konkursordnung* austríaca de 1851.

III – ANTECEDENTES EN EL DERECHO PATRIO

Desde luego también en nuestro derecho el tema relativo a las deudas de la masa o gastos del concurso, guarda entroncamiento con el tema de los privilegios, y sigue el andarivel de la doctrina y legislación hispanas: entre privilegio (graduación) y preferencia (orden temporal).

En el artículo 3875 del Código Civil define al privilegio como el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro.

A su vez en el artículo 3879, inciso 1) se establece que tienen privilegio sobre todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, los gastos de justicia hechos en interés común de los acreedores y los que cause la administración durante el concurso.

Desde luego que bastará hacer un breve repaso de los antecedentes supra expuestos para advertir que está conceptualizando los mismos contenidos que la laboriosa secular doctrina incluye en el concepto de deudas de la masa.

⁸ GONZALEZ HUEBRA: "*Tratado de quiebras*", Madrid. 1856, pág. 141.

La nota de Vélez expone: "*Dando privilegio a los gastos de justicia se evita a cada acreedor la lentitud y dificultad de una repartición, a prorrata, a que todos son obligados en proporción a la importancia de las sumas que deben corresponder en el activo del deudor. Este privilegio no es en realidad sino un pago anticipado y necesario hecho del conjunto de los valores destinados a los acreedores*".

Esta nota pasa a ser común denominador de todas las especulaciones doctrinarias ulteriores.

Sin embargo, a poco andar la doctrina nacional conceptúo que el gasto de justicia no es un privilegio sino una construcción legal tendiente a superar la lentitud en la repartición proporcional de los gastos entre los acreedores y beneficiados.

El gasto de justicia escapa al conflicto con la graduación del crédito porque está por encima de todos los privilegios y su característica es ser general cuando se preste en utilidad de todos y especial cuando acontezca útilmente sólo respecto de algunos.

Esta posición encuentra su más mentado expositor en Cordeiro Álvarez ⁽⁹⁾ a quien recuerda Mosso en su obra póstuma. ⁽¹⁰⁾

Los gastos de justicia más que privilegio constituyen una preferencia especialísima que están por encima de los privilegios y que es independiente de estos.

En el Código de Comercio de 1862 pasando por su reforma de 1869 y en la primera ley de quiebras, 4156 de 1902, los privilegios están diferenciados en "generales", que afectan a todos los bienes y "especiales" que recaen sobre ciertas cosas, muebles o raíces (art. 1468, -90-).

En aquel sistema, sin perjuicio de la división de privilegios entre generales y particulares, la naturaleza de los títulos sirve para diferenciar y

⁹ CORDEIRO ALVAREZ, ERNESTO, "*Tratado de los privilegios*", 2da. ed. - 1969 - pág. 64

¹⁰ MOSSO, GUILLERMO, "*Concurso Especial y Reserva de Gastos*", Ed. Ad-Hoc - 2002 - pág. 69: el trabajo póstumo del destacado jurista, es la obra más importante sobre el complejo tema en la doctrina argentina.

clasificar a los "acreedores del fallido" en (i) de dominio; (ii) con privilegio general; (iii) con privilegio especial; (iv) hipotecarios y (v) simples o comunes (art. 1469 -91-).

A su vez, los gastos para la seguridad, administración y diligencias judiciales o extrajudiciales de beneficio común se categorizan como "privilegio general siempre que haya sido verificado con la debida autorización" (art. 1472, -94-). (Aquí "verificado" debe atenderse en su acepción de "originado" o "causado").

El sistema tuvo vigencia como es notorio hasta 1933 en que la ley 11719 -ley Castillo- introdujo una importante modificación distinguiendo por primera vez entre acreedores del fallido y acreedores de la masa (art. 125), poniendo el acento respectivamente en dos órdenes de relaciones, a saber, (i) nacidas con el deudor antes del concurso, calificadas como créditos contra el fallido -o concursado-, y (ii) las nacidas con posterioridad por trabajos o servicios a favor de la masa de acreedores.

Por eso los primeros son "acreedores del deudor" y se rigen según los privilegios establecidos por la ley y los segundos pasan a ser "acreedores de la masa" por ser servicios a esta nueva entidad constituida por razón y causa de la declaración de quiebra, dotada al decir de Thaller y Pardessus, de personalidad significada por órganos y patrimonio.

Esta personificación de la masa de acreedores, útil desde el prisma de la praxis apareció controvertida desde el punto de vista dogmático. Sin bucear en razón de tiempo y espacio en los precedentes de la doctrina universal tuvo entre nosotros entusiastas seguidores ⁽¹¹⁾, pero se impusieron a tal doctrina las duras críticas advirtiendo que se trata de conjuntos patrimoniales meramente pasivos que no están reconocidos para actuar a otro efecto que no sea el de su liquidación por lo que no puede tratarse de persona jurídica por la simple razón de que son patrimonios que pertenecen a otra persona, en el caso concreto al fallido. Se trata de patrimonios separados que no pueden ser "la persona jurídica"

¹¹ **MOLINARIO, ALBERTO:** "Los privilegios en el derecho civil argentino" - ed. 1941 - pág. 329.

y "lo que esta persona jurídica tiene". La persona es el titular del patrimonio, pero ese patrimonio no es persona. (12)

En el mar de acreedores de la masa y acreedores del fallido navegaba el derecho concursal argentino hasta 1972 en el que la ley 19551, cayó en la magia de las palabras y entonces denominó a los acreedores de la masa "acreedores del concurso" en el artículo 264, separándose así semánticamente del equívoco concepto de masa en torno al cual se había edificado toda una teoría para entonces ya severamente descalificada. (13)

En el caso del artículo 264, ley 19551 desarrollado bajo el título de "Acreedores del concurso" cabría la misma observación que antes con purismo contrito atacó la nomenclatura por focalizar en la masa una supuesta personalidad. ¿El concurso sería ahora quién la tendría? Es patente que no, lo cual demuestra que no son las fachadas las que determinan la esencia sino la descripción de la misma. De todas maneras, el arquetipo de la cosa es el título y toda vez que se pretenda, en una aspiración inasible para los límites del lenguaje, definir a través de un título estaremos arriesgando intentos que nunca serán plenamente satisfactorios.

¹² **ORGAZ, ALFREDO**: "Personas individuales" - 1946 - pág. 48 - nota 38 - citado por **MOSSO**, Guillermo: "Concurso Especial y Reserva de Gastos" - Ed. Ad-Hoc - 2002 - pág. 48. **MAFFIA, OSVALDO**: En ocasión de la lectura de las pruebas de galera de este artículo agudamente sugiere particular énfasis en la fina distinción no aludida en el debate de los tardíos 40', respecto de las posiciones lideradas por **FERNÁNDEZ y ORGAZ** –afirmadas por **PLINER**, mucho después, en 1968- contra las de **CASTILLO y MOLINARIO**. A partir de que **KELSEN y ASCARELLI** la ciencia jurídica replanteó lo que **COLOMBRES** llamó "*el tradicional problema de la personalidad jurídica*", que orbita siempre en torno al concepto de la imputación diferenciada de sujetos "*no ya humanos*" a los que la ley, por extensión de lo que es inmanente a la naturaleza humana, permitió la titularidad de derechos y obligaciones y conceptúa que tanto "*persona*" como "*persona jurídica-personalidad jurídica*" son categorías del mundo del derecho, lo que se sintetiza en el apotegma: "*la persona es siempre jurídica*". (**H. KELSEN**, "*Teoría general del Derecho y del Estado*", 2ª ed., México, 1958 y "*La teoría pura del Derecho*", Buenos Aires, 1946. - **T. ASCARELLI**: "*Personalità giuridica e problemi delle società*" en "*Rivista delle Società*", noviembre-diciembre 1957, Estrato Dott. A. Giuffrè, Milano, 1958).

¹³ **KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA** en autos "*Bodegas y Viñedos El Desvío SA.*" - fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza - Sala I - 16/12/1992 - JA - 1993-IV - pág. 548: alude al encorsetamiento de los conceptos que generan expresiones equívocas lo que le hace decir que la acepción "créditos del concurso" no es sino una nueva manifestación de la crisis de los dogmas. Usar las expresiones respecto de las cuales una fuerte tradición permite conocer de qué estamos hablando, por lo que es útil, aunque dogmáticamente todo sepamos que la masa carece de personalidad jurídica y, lo mismo podemos decir del concurso. Cuando se habla de acreedores de la masa se usa una acepción distintiva, opuesta y diferencial de los acreedores del fallido.

El deudor de los gastos del concurso no es el proceso. El patrimonio afectado, propiedad del fallido, sometido a liquidación generará el producto que sufragará los gastos y de él se realizarán las erogaciones destinadas a satisfacerlos.

En el fondo siempre es el patrimonio del fallido (*rectius*: el fallido) el que responde a los acreedores del concurso por deudas de la masa tanto como ante los acreedores del fallido.

Aquellos gastos de justicia a los cuales alude Vélez en la nota al artículo 3879, aparecen nombrados en el artículo 268, ley 19551 como "reserva de gastos" cuando en el concurso se hubieran efectuado diligencias en beneficio de los bienes afectados por privilegio especial.

La ley 19551 de 1972, (modificada por L. 22917 de 1983), optó por colocar en el artículo 264 a los acreedores del concurso, y agregó el elenco de siete hipótesis descriptivas de sujetos titulares de tales créditos consistentes en gastos "necesarios" para la seguridad, conservación y administración de los bienes y diligencia judiciales o extrajudiciales en beneficio común. Además dio perseverancia a ésta categoría de acreedores en la quiebra que se decretase ulteriormente, por la parte no satisfecha de sus acreencias (art. 264, último párrafo).⁽¹⁴⁾

En el artículo 268 de la ley 19551 -intacto con el número 244 en la L. 24522-, en cambio, se perfilan los gastos particulares realizados no ya en beneficio de todos sino sólo de una categoría de acreedores, aquellos cuyo crédito esté asistido de privilegio especial.

Tanto los "créditos del concurso" del artículo 264, como la "reserva de gastos" artículo 268 son en todo caso detraídos con prededucción a toda distribución entre los concurrentes porque en ambos casos son "créditos prededucibles en el sentido de no incluidos en el plan de reparto", pero el texto en la ley 19551 no señalaba tal característica en ninguna de las dos normas.

¹⁴ El legislador del '95 al suprimir el ante último párrafo del art. 264, no levantó la pluma frente al último párrafo, como debió hacerlo pero la amputación literal no altera la solución, que es la misma en virtud de la naturaleza de los institutos.

En 1995 la ley 24522 dió un medio golpe de timón, en torno a la conflictiva temática: introdujo importantes reformas en el artículo 264 -que toma el número de art. 240- y dejó subsistente en todas sus partes la regulación referida a los gastos de conservación y justicia en el concurso especial del ex artículo 268 en el nuevo artículo 244.

Se mantiene entonces en líneas generales la metodología de la ley anterior: el artículo 264 dedicado a los "*Acreeedores del concurso*" hoy se llama "*Gastos de conservación y justicia*" pero sigue tratando la problemática de los acreedores del concurso, en tanto el art. 268 destinado a la reserva de gastos que regula aquellos producidos en el interés del privilegiado especial subsiste intacto en denominación y contenido, bajo el número 244.

De todas maneras perduran obviamente la necesidad de armonización porque no se advierte una estructura integral que abarque con completitud, la fenomenología compleja de las deudas de la masa.

IV - EL ARTÍCULO 240 (EX 264): GASTOS DE CONSERVACIÓN Y JUSTICIA

La nueva redacción en la ley 24522 de 1995 comienza por cambiar el título: lo que antes se denominaba "*Acreeedores del concurso*" hoy se llama "*Gastos de conservación y justicia*".

Quizá el legislador consideró, como dijimos supra, que no era solución adecuada haber suprimido el anterior título de acreedores de la masa por sugerir una personificación inexistente, por la de acreedores del concurso lo que sugiere otra también impropia, pues ni masa ni concurso tienen personalidad.

De todos modos, desde otro punto de vista, el nuevo título tampoco es sistemáticamente apropiado porque provoca confusión con la "reserva de gastos" del artículo 244 (ex 268).

Por sobre ésta conservación de nomenclatura corresponde advertir que los titulares de gastos de conservación y justicia del artículo 240 -ex art. 268- son siempre, hoy y como lo eran antes, acreedores del concurso que son

pagados con preferencia a los acreedores del fallido, salvo que éstos tenga crédito con privilegio especial.

El artículo 264 de la ley 19551 incluía entre los gastos cuya atención debía ser preferida la adjetivación de "*necesarios*".

La nueva ley en el artículo 240 omite tal calificación. Sin embargo, no debe reputarse que ha variado el criterio de interpretación restrictiva.

De todas maneras algo significa la eliminación del concepto, ("*necesarios*") más aún si se tiene en cuenta que el artículo 264, ley 19551 exponía en el orden de preferencia de pago de los acreedores del concurso sobre los acreedores del fallido, la explícita excepción: "*los acreedores con privilegio especial, los cuales tienen una preferencia anterior a los gastos necesarios para la seguridad, conservación y administración de los bienes y para diligencias judiciales o extrajudiciales de beneficio común*".

En el artículo 240 desaparece la condición de "necesidad" del gasto del concurso general, y se generaliza así la preferencia de los acreedores con privilegio especial sobre los gastos (todos?) "causados en el trámite del concurso" (sin el acotamiento de su carácter necesario).

El texto posibilitaría interpretaciones en virtud de las cuales habría una mayor permisividad para otorgar preferencia en el pago a los privilegiados especiales sobre "*todos los gastos causados en el trámite del concurso general*" sin siquiera imponerle la contribución en los que hubieren sido de utilidad para el acreedor con privilegio especial.

Esta tesis ha sido sostenida por alguna doctrina que en virtud de la nueva redacción sostiene que el acreedor con privilegio especial sólo debe contribuir a los gastos de justicia cuando la subasta del bien ha sido realizada en el concurso general, lo que implica que en hipótesis de concurso especial el acreedor no debería contribuir a los honorarios de los funcionarios por diligencias judiciales o extrajudiciales realizadas en el concurso general respecto del bien que constituye el asiento de la garantía.⁽¹⁵⁾

¹⁵ **RIVERA - ROITMAN - VÍTOLO:** "Ley de Concursos y Quiebras" - T. III - pág. 286. Esta tesis no es susceptible de ser convalidada. El concepto de la contribución está determinado por la utilidad del gasto y el acreedor especial (*rectius*: con privilegio especial) debe contribuir ya fuere

Pero, donde la ley 24522: artículo 240 (ex 264) resulta realmente ponderable, es cuando ha incluido explícitamente que el pago de estos créditos (deudas de la masa o acreedores del concurso o gastos de conservación y justicia) debe hacerse "cuando resultan exigibles y sin necesidad de verificación": consagra así explícitamente la prededucibilidad (art. 240, segundo y tercer párrafos).

Queda así expuesto sin dudas que el pago de las deudas de la masa debe hacerse primero y fuera de los repartos, pero deben ser autorizados o, en su caso, ratificados por el Juez.

Estos gastos existen en todo procedimiento concursal y son más que necesarios, imprescindibles. La diferencia entre "*gasto de conservación y justicia*" y "*reserva de gastos*" es simplemente descriptiva de todas las deudas de la masa, pero ambos reciben un tratamiento igualitario en el sentido de su precedencia absoluta con relación a todos los acreedores del fallido (cualquiera fuere su graduación -privilegio-).

La prededución es una nota esencial y calificativa de las deudas de la masa y significa el derecho del titular de un crédito contra la masa -gasto u honorario- para ser satisfecho antes de todos los acreedores del fallido.

Como la prededución significa sustracción, detracción, deducción, reserva y separación de cualquier cosa antes de otra y el instituto en materia falimentaria obra al respecto de sumas de dinero, significa detraer de tales sumas un cierto importe.

Siguiendo la expresión de Alessi⁽¹⁶⁾ la prededución mira a sustraer del activo antes de los repartos o distribuciones que constituyen las únicas formas de practicar distribuciones legítimamente entre los acreedores del fallido, las sumas necesarias para el pago de las deudas de la masa con anterioridad

que su garantía hubiere sido liquidada en el concurso especial -art. 209 y 216, LCQ- o bien en el concurso general: conforme "Majul Jorge Juan s/quiebra" Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos - 28/10/2002 - **MOSSO GUILLERMO**: "Concurso Especial y Reserva de Gastos" - Ed. Ad-Hoc - 2002 - pág. 81.

¹⁶ **ALESSI GIUSEPPE**: "L'Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese insolventi" - Giuffrè Editore – 2000, p. 227, Cap. XI. 4: "Debiti di massa".

absoluta respecto de las deudas contraídas por el fallido aún cuando se encuentren munidas de cualquier causa de prelación o privilegio.

La prededucción tiene por función asegurar a las deudas de la masa el pago cierto e integral toda vez que exista activo suficiente y debe ser pagada antes de los concurrentes sin que jamás puedan permanecer postergados por éstos.

Esto supone que ningún acreedor concurrente podrá percibir dividendo concursal alguno si no estuvieren pagados -o reservados- los gastos prededucibles. Tal dividendo concursal sería ilícito.

La satisfacción integral de la deuda de la masa resulta de su naturaleza y el derecho al pago anterior deriva de una nota esencial: la prededucción.

La prededucción no es entonces una mera operación contable sino una cualidad del acreedor titular de un crédito contra la masa, lo que le confirma un derecho subjetivo, y el pago mismo puede acontecer aún después de alguna repartición parcial a los acreedores del fallido (supuesto éste no factible en la nueva ley de concursos y quiebras por haber eliminado las reparticiones parciales), pero en todo caso antes del reparto final del artículo 218.

En este orden de ideas esta nota típica (prededucción) de los gastos de justicia es común a la reserva de gastos y también debió explícitamente consignarse en el artículo 244 (ex 268), como acontece en el artículo 240 (ex 264).

Sin embargo advierto que la omisión no contradice igual solución pues por lo expuesto la prededucibilidad es una nota de todas las deudas de la masa y dijimos ya que tanto las involucradas en el artículo 240 (ex 264) como en el artículo 244 (ex 268) pertenecen a esta misma categoría y están dotadas de sus mismas notas connaturales por lo que la prededucibilidad es común a ambas (generadas en el concurso general o en el concurso especial).

V - EL ARTÍCULO 244 (EX 268): RESERVA DE GASTOS: CONCURSO ESPECIAL

Frente a los gastos en el concurso general, o "acreedores de la masa" de la ley 11719, luego "acreedores del concurso" en la ley 19551 y hoy "gastos de conservación y justicia" del artículo 240 -268-, se encuentra -inmutable- la "reserva de gastos" del artículo 244 -ex 268-.

Es patente que los gastos tratados en la ley anterior en los artículos 264 y 268, son hoy el contenido de los artículos 240 y 244 respectivamente.

El primero ha tenido las reformas a las cuales aludimos supra en tanto el segundo se mantiene intacto.

Pero unos y otros tienen un común denominador semántico: en ambos casos se trata de gastos de conservación y justicia, aquellos del Cód. Civ.: artículos 3875, 3879 y su nota.⁽¹⁷⁾

Los gastos del artículo 240 (ex 264) son gastos generados en el concurso general. Los del artículo 244 (ex 268) se refieren en cambio a los gastos ocasionados en razón de la realización del asiento del privilegio especial.

En ambos casos son prededucibles, es decir, se pagan antes del reparto final, o por lo menos no es condición inexorable dogmática el pago en el reparto final.

¹⁷ Estos gastos de justicia reconocen su antecedente normativo primigenio en nuestro derecho en el Código Civil, que define al privilegio como el derecho dado por ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro (art. 3875, CC).

A su vez en el art. 3879 inc. 1) determina que tienen privilegio sobre todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, los gastos de justicia hechos en el interés común de los acreedores y los que cause la administración durante el concurso.

Adviértase que luego toda la legislación concursal girará sobre estos conceptos.

La nota del art. 3879 constituyó el mojón cero de todos los caminos destinados a regular el tema de la prelación del pago de los gastos en los distintos ordenamientos específicos: "dando privilegio a los gastos de justicia se evita a cada acreedor la lentitud y dificultad de una repartición a prorrata, a que todos son obligados en proporción a la importancia de las sumas que deben corresponder en el activo del deudor. Este privilegio no es en realidad sino un pago anticipado y necesario hecho del conjunto de los valores destinados a los acreedores" (art. 240 -ex 264-).

De esta caracterización surge una connotación que es típica de los gastos de justicia: se trata de una preferencia temporal para la satisfacción evitando la lentitud del procedimiento concursal, de aquellos rubros generados en el curso del procedimiento y sin cuya inmediata satisfacción el mismo no podría continuar su desarrollo. Es el combustible, sin el cual la larga carrera concursal no podrá desarrollarse.

Menester es recordar aquí que en tanto la anterior ley 19551, permitía las distribuciones parciales y provisorias (art. 215), el nuevo sistema introducido la ley 24522 trata solamente de un informe final (art. 218) que incluye el proyecto de distribución final [art. 218, inc. 4)], el cual luego de publicado (art. 218, tercer párrafo) y sometido al período de observaciones (art. 218, cuarto párrafo) será objeto de resolución del juez (art. 218, sexto párrafo). Si esta fuere aprobatoria "se procede al pago del dividendo concursal" (art. 221).

Obviamente las reglas del reparto (parcial o final) se aplican sólo a los acreedores del fallido (llamados concurrentes), pero no a las deudas de la masa (también llamados acreedores del concurso) los que comprenden gastos propiamente dichos y honorarios, ambos asistidos del derecho de prededucción y pago inmediato, o bien reserva integral y suficiente cuando por alguna razón de excepción -indeterminación o carencia de carácter firme- obstare al inmediato pago.

Los gastos del procedimiento aparecen en consecuencia como generados en el decurso del mismo y deben ser atendidos a medida que se produzcan bajo riesgo de producir un inmovilismo que impida su desarrollo.

¿Cómo se habrán de pagar por ejemplo aquellos gastos de conservación y seguridad de los bienes que integran el patrimonio del fallido del cual ha sido desapoderado y respecto de cuya liquidación y distribución del producto gira todo el procedimiento?

El artículo 240 (ex 264) llamado ahora "gastos de conservación y justicia" en el nuevo segundo párrafo, tratando de gastos producidos en el concurso general determina que habrán de ser pagados en forma inmediata remarcando que no requieren verificación.

El artículo 244 (ex 268, sin modificaciones denominado "*reserva de gastos*") en el casillero de enfrente trata los gastos del concurso especial: tienen un contenido análogo al del concurso general (gastos propiamente dichos y honorarios) pero referido exclusivamente a los que guardan vinculación con el bien asiento del privilegio especial y del consecuente procedimiento de realización, pero el texto no reproduce la modalidad de pago inmediato y no verificación.

Como es notorio el acreedor con privilegio especial tiene la opción de requerir la subasta del bien asiento del privilegio por vía de concurso especial en cualquier tiempo sin necesidad de verificación previa (art. 126, segundo párrafo y 209 LCQ).⁽¹⁸⁾

Tampoco tiene necesidad de esperar el reparto final para hacer efectivo su crédito, con la salvedad de que en tanto cuanto el mismo no hubiere sido aún verificado en virtud del tiempo que insume el referido trámite, habrá de prestar fianza para la hipótesis de acreedor de mejor derecho (art. 203, LCQ).

El acreedor con privilegio especial, con orden de pago preferente a los gastos de conservación y justicia del concurso general, está a su vez sometido a la previa detracción de los gastos generados por el propio procedimiento de liquidación de su privilegio (tanto cuando tal liquidación se realizare por separado en concurso especial -art. 209 y 126- como en el concurso general) entendiéndose por tales "gastos" los llamados "de seguridad, conservación, administración y liquidación", como los correspondientes a las diligencias profesionales (honorarios) realizadas exclusivamente respecto de dicho bienes.

Se ha dicho ya que en hipótesis de concurso especial, el acreedor con privilegio especial no necesita para concretar la subasta la existencia de sentencia verificatoria del crédito (ni del privilegio), y es factible que el trámite verificatorio sea simultáneo.

La resolución judicial que ordena la subasta en el concurso especial - también si se subasta en el concurso general- hace sólo cosa juzgada formal. Ello así porque la actividad del juez en el concurso especial se limita al control del título y no a la causa del crédito ni a su graduación -privilegio-, los que deben ser analizados en el trámite verificatorio (en un proceso de conocimiento contradictorio, causal, típico, necesario, único y excluyente) cuya sentencia

¹⁸ A modo de resumen: los gastos de conservación y justicia, correspondientes a acreedores del concurso general, del art. 240 (ex 268), son postergados o tienen un grado de subordinación en el pago a los acreedores con privilegio especial y estos su vez están subordinados al pago de los propios gastos y honorarios del concurso especial, pero también -y esto no resulta explícito de la ley sino de su interpretación- al de los gastos realizados en el concurso general en la medida o proporción que le hubieren beneficiado

adquirirá, aquí sí, la calidad de cosa juzgada material, y determinará la composición de la masa de acreedores, monto y graduación.

Si la subasta del bien asiento del privilegio y el depósito del precio obtenido, y la pertinente liquidación acontecieren con anterioridad a la resolución firme que declare verificado o admisible el crédito y privilegio, el acreedor con el privilegio especial podrá retirar el monto del crédito sólo en tanto dé cumplimiento a las reserva de las sumas para acreedores preferentes (arts. 203, segundo párrafo) y entre ellos los gastos de conservación y justicia del artículo 244 -ex 268- y los incluidos en la "reserva de gastos" del artículo 240 -ex 264-.

Elo así en tanto en el concurso especial y, en su caso, en el general se hubieren devengados "gastos" propiamente dichos y prestado los servicios comprendidos en el concepto de reserva de gastos (art. 244) por lo cual, de los fondos obtenidos en la subasta deben ser retenidas (reservadas), las sumas necesarias para pagarlos.

Los problemas que se plantean como consecuencia de éste doble andarivel -alternativo y optativo- de procedimiento son múltiples. Entre ellos el que hace a la inmediatez de la percepción. Todos los gastos, tanto los generados en el concurso general como en el concurso especial son prededucibles: si están determinados y existen fondos deben ser pagados a medida que acontezcan. Sin no es posible deben ser reservados y los fondos afectados a la reserva deben permanecer actualizados y fructuosos hasta su pago: obviamente no podrán afectarse a distribuciones a acreedores del fallido.

Al momento del pago deben ser pagados con interés como si el deudor (el fallido) estuviera *in bonis*.

No existe en la reserva de gastos del artículo 244 -ex 268- la nueva normativa incluida para los gastos de conservación y justicia del artículo 240 -ex 264- del concurso general que ordena que los mismos se paguen cuando sean exigibles y, obviamente sin verificación, pero la solución es la misma.

La práctica aconsejará entonces que dicha reserva de gastos sea efectivamente tal en forma que los montos determinados a dicho efecto queden guardados o custodiados para ser luego aplicados siguiendo de ésta manera el

concepto literal del nombre que referido a reserva significa simplemente la guarda o custodia de una cosa para ser usada en el tiempo.

Así pues las reservas serán en la mayoría de los casos provisoria.⁽¹⁹⁾

Resulta sumamente complejo y remitido generalmente a las particularidades de cada caso la solución cuando no existe exactitud sobre los gastos realizados exclusivamente sobre los bienes asiento de privilegio especial o bien cuando aparezca todavía indeterminado y susceptible de valoración ulterior el monto de los honorarios por la actividad profesional realizada exclusivamente respecto de dichos bienes. En tales hipótesis el juez debe estimar el importe de tal reserva y alguna jurisprudencia ha entendido equitativo un monto fluctuante entre el diez y veinte por ciento del precio de la subasta.⁽²⁰⁾

De todas maneras es patente que la ley no establece parámetros -ni porcentuales ni topes- sobre los cuales se realizará la reserva por lo cual el arbitrio judicial y particularmente la prudente evaluación de la circunstancia de cada caso, para cuya ilustración la sindicatura debe realizar todos los aportes, será en definitiva el común denominador que dé respuesta en cada caso al crítico problema.

Si la subasta del bien asiento del privilegio especial es realizada dentro del concurso general también corresponderá la determinación de la reserva de gastos pertinente correspondiente exclusivamente a las actividades realizadas de dichos bienes, asiento del privilegio especial.

La ley anterior tampoco establecía que los gastos de conservación y justicia del artículo 240 -ex 264- correspondiente a los antes llamado "acreedores del concurso" debían ser realizados en forma inmediata, sin embargo, así siempre fue considerado por la doctrina en la forma en que hoy en el nuevo texto está expresamente determinado: al momento en que se hicieron exigibles y sin necesidad de verificación.

Los gastos de conservación y justicia del art. 240 (deudas de la masa o acreedores del concurso) son al igual que los conceptos definidos con dudosa

¹⁹ **CÁRDENAS, HÉCTOR C.:** "Los acreedores hipotecarios y prendarios frente a la reserva del art. 244 LCQ" - II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal - Córdoba - octubre/2000 - T. II - pág. 45.

²⁰ CCiv. y Com. Mar del Plata - Sala 2ª - 26/8/1997 - ED - 7/8/1997 - pág. 11

y cuestionable elección semántica "reserva de gastos" del artículo 244, gastos prededucibles.

VI – *CONDITIO IURIS* DE LA PREDEDUCCION: LA UTILIDAD DEL GASTO

El tema abordado ha sido tratado con interesantes fundamentaciones por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos por vía de recurso de inaplicabilidad de ley ⁽²¹⁾. El Alto Tribunal paranaense confirmó, por sentencia del 28 de octubre de 2002 el fallo de la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, del 26 de setiembre de 2001 *"in re" "Majul Jorge Juan/concurso preventivo s/quiebra"*. Decide que cuando la subasta del bien asiento del privilegio especial es realizada en el concurso general el acreedor con privilegio especial tiene preferencia a los créditos por gastos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado (art. 240, primer párrafo, L. 24522), pero soporta también la reserva de gastos que debe detrarse del producto de la subasta del bien asiento del privilegio tanto por los gastos correspondientes a la conservación, custodia, administración y liquidación del bien asiento del privilegio especial efectuados en el concurso general como por los honorarios del funcionario del concurso (síndico) por diligencias profesionales realizadas respecto de tales bienes y establece que el honorario del síndico por tales diligencias (repito: realizadas exclusivamente sobre los bienes asiento del privilegio especial en el concurso general) debe calcularse en base a la incidencia porcentual del producto del inmueble asiento del privilegio respecto del total del activo realizado.

²¹ Publicado con nuestro comentario - La Ley Litoral - febrero/2003.

Ver sobre el mismo tema **MEDICI RUBÉN A.**: "La reserva de gastos del art. 244, ley 24522 y el acreedor con hipoteca sobre el único bien de la masa" - Doctrina Jud. Civ. y Com. N° 2" - Ed. Juris. - Fallos C Apel. de Rosario citados en la aludida publicación: "Banco Bisel SA c/Primer Centro de Distribución de Comestibles SRL, Cassineiro Inmobiliaria SRL y Protein SA s/Concurso especial" - CCiv. y Com. - Sala 2ª - Rosario - 5/2/2001; "Damper SRL (ex Massaccesi y Bonardo SRL) s/Quiebra" - CCiv. y Com. Sala 1ª - (con voto de Ruillón) 25/6/1998; "Sánchez Osvaldo s/Quiebra" - CCiv. y Com. Rosario - Sala 4ª - 7/2/2001

La forma de cálculo de los gastos y de los honorarios del síndico tiene el caso la virtud de aparecer con un valor nominal definitivo, susceptible de pago inmediato. Ello así porque la circunstancia de que la ley hable de reservas de gastos no significa de ninguna manera que según la circunstancia del caso y teniendo esta certeza sea menester esperar a la distribución final.

El Alto Tribunal entrerriano decide que "debe establecerse como interpretación de los artículos 240 y 244 de la ley de concursos y quiebras que deben ser pagados con preferencia a los acreedores del deudor fijándose el porcentaje a prorrata por parte del juez del concurso" y exhibe algunos contenidos sumamente interesantes que ponen de relieve las dificultades del tema, en tanto cuanto se advierte una oportuna referencia en la búsqueda de fundamentos jurisprudenciales su apoyatura en doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ocasión de dirimir el clásico conflicto entre acreedores del concurso, hoy gastos de conservación y justicia del artículo 240 (ex 264) y el mal llamado privilegio absoluto del Banco Central de la República Argentina del artículo 54 de la ley de entidades financieras (hoy reenumerado art. 53).

En ocasión de la contienda de los derechos del acreedor del fallido (BCRA) respecto de los gastos y honorarios del síndico ad hoc (acreedor del concurso, o gasto de conservación y justicia) la doctrina nacional tuvo oportunidad de una larga confrontación hoy definida, que ilustra los aspectos más relevantes de la oposición entre las dos categorías de erogaciones que pesan sobre el patrimonio del fallido (masa activa).

Inicialmente y en la buena senda, los Tribunales del país y en particular la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en todas sus salas, estableció que dichos gastos significados por la intervención del síndico ad hoc constituían un gasto, y consecuentemente un crédito prededucible, que debía ser sometido al régimen de pago inmediato correspondiente a los acreedores del concurso (o deudas de la masa), exceptuados de la regla de la verificación y de reparto final.

Sin embargo en el año 1987 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el denominado caso "*Banco de los Andes -incidente Llaver*" determinó que los gastos del procedimiento focalizados en los honorarios generados por la

intervención del Banco Central de la República Argentina como síndico legal en la liquidación de la entidad financiera, consistentes en costas impuestas a la quiebra en el trámite de recupero de la cartera de la entidad liquidada (art. 268, LCQ), eran postergados por el crédito con privilegio absoluto del Banco Central de la República Argentina (acreedor del fallido).

El fallo del Superior Tribunal de la Nación (y esto constituye por cierto una interesantísimo antecedente en torno a la obligatoriedad de la doctrina en el más Alto Tribunal de la Nación), no fue acatado por los Tribunales de grado quienes con nuevos argumentos, sostuvieron la tesis contraria postulando el orden de pago preferente de los acreedores del concurso (gastos y honorarios profesionales devengados en los juicios de recupero rechazados con costas) al crédito del propio Banco Central de la República Argentina -como acreedor del fallido-

Veintinueve causas análogas llegaron a la consideración del más Alto Tribunal de la Nación quien en el año 1993 en el bastamente conocido caso "*Manquillán*" rectificó su doctrina anterior ⁽²²⁾ y estableció que el tratamiento orgánico correspondiente a los acreedores del concurso (gastos) determina que estos deben ser pagados en rango preferente a los acreedores del fallido –fueren privilegiados o comunes-.

Advierte con acierto que la obligatoriedad de someterse al proceso verificatorio que prescribe la ley 22529 artículo 50, apartado 4, inciso c), confirma la tesitura pues el trámite verificatorio es propio de los créditos contra el fallido y ajeno a los de los "acreedores del concurso", en razón de sus fechas (art. 33, L. 19551, hoy 32, L. 22529).

A partir de ese principio clásico: verificación inexorable tratándose de créditos del fallido (acreedores del fallido), y no necesidad de verificación de los créditos de los acreedores del concurso ⁽²³⁾ sigue el razonamiento ulterior que lleva a la Corte Suprema a armonizar la aplicación del artículo 54 de la ley

²² **DASSO, ARIEL A.:** "*La Corte Suprema y el cambio de doctrina*", LL - 1993-D - pág. 316

²³ Deudas de la masa o acreedores del concurso o gastos de conservación y justicia del art. 240, ex 264 y reserva de gastos del art. 244, ex 268.

21526 modificada por la ley 22529, "evitando su comprensión aislada y la construcción de compartimentos estancos ajenos a la unidad del ordenamiento".

Esta interpretación del Supremo, que recoge la orientación jurisprudencial de los Tribunales inferiores, "resguarda los derechos de quienes con su actuación han contribuido a la marcha del proceso liquidatorio. Sería arbitrario que esos acreedores denominados acreedores del concurso por la normativa correspondiente (art. 264, L. 19551) vieran aplazado indefinidamente el cobro de sus acreencias. Esta postergación desalentaría sin duda a cualquier persona razonable que estuviera en condiciones de prestar los diversos servicios que el proceso concursal requiere con las consecuencias perjudiciales que ello comportaría para su dinámica". (24)(25)

Los gastos de conservación y justicia de los artículos 240 y 244 ya fueren realizados en concurso especial ya en el curso general, son prededucibles, se pagan fuera del reparto (distribución) inmediatamente, en tanto esto resultare posible por la previa determinación de sus importes, y sólo en caso de insuficiencia de fondos deben ser postergados a la espera de la regla del prorrateo, pero en tal caso el síndico debe evitar contraer nuevas obligaciones (deudas de la masa), pues solo la expectativa fundada de ulteriores ingresos por vía de liquidación o recomposición puede justificar la continuación del procedimiento liquidativo. Si no fuere así debe aconsejar la clausura del procedimiento por falta de activo: artículo 232, (LCQ) (ex 233).

Si no fuera posible su pago inmediato -por insuficiencia ocasional de fondos líquidos o por falta de determinación definitiva de su monto- el síndico debe reservarlos, procediendo a deducir los importes previstos de los primeros ingresos y a su depósito fructuoso para proceder al pago ulterior por capital,

²⁴ CSJN - 6/4/1993 - "Manquillán SA Cía. Financiera s/quiebra inc. de verificación de créditos promovido por Liporace", ED - T. 154 - pág. 581. **DASSO ARIEL A.:** "Esplendor y ocaso del privilegio absoluto del BCRA" - LL- 1993-D, pág. 317 a 334.

²⁵ Los gastos de justicia son preferidos a todos los créditos en el interés de los cuales se ha causado y apelando a la doctrina de interpretación integradora de la ley, el más Alto Tribunal de Entre Ríos establece que el juego de los arts. 240 y 244 LCQ, define en ambos casos "gastos de conservación y justicia, prededucibles", apareciendo como criterio dirimente que en el primero de los artículos están realizados en utilidad de todos los acreedores y en el del segundo sólo de los acreedores con privilegio especial, pero toda vez que tales gastos hayan sido útiles para bienes determinados (rectius: para los acreedores garantizados con tales bienes) que sean asiento del privilegio especial pasan a la primera jerarquía y superan inclusive a la del privilegio especial del crédito en cuya utilidad se originaron.

actualizaciones e intereses hasta su efectivo pago con preferencia absoluta a toda otra erogación. Si hubiere realizado en cualquier concepto, inclusive a cuenta cualquier tipo de pago de su crédito a algún acreedor del fallido, éste será repetible sin perjuicio de la responsabilidad del síndico que lo hubiere autorizado.

Ello así porque los gastos del procedimiento y las deudas generadas en concepto de gastos de administración de la quiebra y, la continuación provisoria están colocados en el mismo plano jurídico y gozan de la misma posición de precedencia absoluta respecto a todos los acreedores concurrentes.⁽²⁶⁾

VII.

A MODO DE COLOFON: LA PREDEDUCCION DEL “GASTO UTIL”

La mejor doctrina *in totum* susceptible de convicción considera a partir de nociones básicas relativas a los gastos aludidos en el art. 240 LCQ y su inmanente identificación con las disposiciones con que el Código de Vélez regula el art. 3878 como “*créditos con privilegio general*”, materia que en este aspecto guarda congruencia con la regulación establecida en el Código Civil y Comercial de la Nación referidas a las Disposiciones Generales sobre privilegios con privilegio general (arts. 2573) tiene como fundamento la interdicción de enriquecimiento sin causa a costa de otro. Basado en el beneficio que obtienen los acreedores que deben soportarlo en la necesidad de efectuarlo el mismo en tanto no hubiera sido realizado por otro. En tal caso, aprovecharían del mismo configurando un típico enriquecimiento ilícito.

Siguiendo a **Kemelmajer de Carlucci**, las notas características de las acreencias prededucibles, están constituidas por:

- a) La necesidad insoslayable de una finalidad determinada esto es aquellos que constituyen el abastecimiento de los fines destinados al cuidado, conservación y finalmente liquidación y en su caso

²⁶ **ALESSI GIUSEPPE**, “*L’Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese insolventi*”, Giuffrè Editore - 2000 - pág. 217 y ss., art. 230, in fine.

distribución de los bienes que constituyen la garantía de los acreedores.

- b) En segundo termino el beneficio de la prededucibilidad en todo caso pago preferente extraconcursal constituyen gastos que reproduciendo la nota del art. 3879 del Código Civil de Vélez “*no habrían podido dispensarse de pagar si otro no hubiese hecho la anticipación o los trabajos indispensables a aquella determinada finalidad*” dirigida, como dijimos supra a la concreta función de garantía de los acreedores.
- c) Por último, y como concepto general y sustancial los atributos asignados al gasto deben surgir de la ley o en todo caso si fuere extrajudicial en concordancia con la ley.

El requisito sustancial -aún olvidado por una jurisprudencia minoritaria- coincide en un verdadero apotegma toda erogación, gasto, genéricamente denominado de conservación, administración y justicia no puede, de ninguna manera, evadir su esencia focalizada en su utilidad a la masa lo que lleva a concluir una respuesta de crítica adversa a aquellos fallos, por cierto excepcionales que, en la etapa de pagos de los gastos de la quiebra consideran beneficiarios a los titulares de deudas de la masa generadas en honorarios profesionales devengados en calidad de costas a cargo de la quiebra impuestas en los juicios promovidos en representación de la misma por el órgano sindical.

27

Aquellos trabajos profesionales exitosos son titulares de honorarios a cargo de la masa, más no son, ostensible y claramente útiles sino perjudiciales a la misma porque la condena de pago de honorarios a quienes no son acreedores del fallido, tiene por asiento los fondos de la masa por tratarse de costas impuestas al órgano que tiene a su cargo la administración de los mismos, y en cuya función provocó los trabajos de terceros retribuidos con los bienes de la masa que constituyen la garantía de los acreedores.

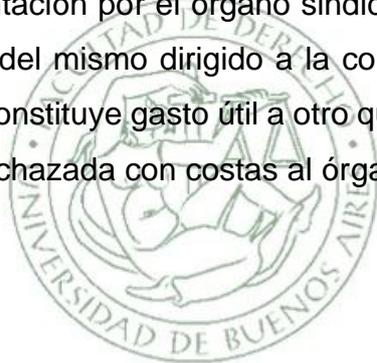
²⁷ **KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA**, “*Modificación al régimen de prioridades concursales*”, Rev. De Derecho Privado y Comunitario, n° 11 pág. 180 y “*Comentario al art. 3879*” en “*El Código Civil Comentado: Privilegios. Prescripción*”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

DECONOMI

AÑO VI – NÚMERO 18

Una aguda observación de Kemelmajer de Carlucci corona el impecable desarrollo con la inevitable referencia legal que se advierte en el art. 182 LCQ el cual establece prioridad en el cobro de las demandas contra terceros, en cuyo texto establece en forma expresa que la sindicatura liquidara sin pagar tasa de justicia, en tanto que omite toda referencia a los honorarios confirmando así que el pago prededucible se debe ineludiblemente aquellos requisitos sustanciales del privilegio general subordinando a los quirografarios.

Esta claro que como conclusión, esa subordinación que deben soportar los acreedores respecto de las costas de la actividad profesional solo puede existir en tanto esa actividad hubiere determinado un beneficio real, no lo es en el caso de los honorarios regulados con costas a la quiebra en los juicios promovidos en su representación por el órgano sindical apareciendo evidente que el propósito originario del mismo dirigido a la conservación o recupero de bienes para la quiebra no constituye gasto útil a otro que no fuera el mandante o patrocinado en la acción rechazada con costas al órgano sindical.



DECONOMI