

*El presupuesto objetivo en el concurso de la masa indivisa insolvente**

Por Germán E. Gerbaudo

1. Introducción

La apertura de cualquier proceso concursal –sea de reestructuración o de liquidación– requiere la presencia de dos presupuestos, uno subjetivo y otro objetivo.

El presupuesto subjetivo alude al sujeto concursable. Se refiere a quienes son los sujetos que ante la insolvencia pueden acceder a alguno de los procesos concursales. Para la apertura concursal debe existir un sujeto concursable. Éste “necesariamente debe tener capacidad jurídica para poseer patrimonio”¹. Se expresa que “la existencia de un sujeto pasivo constituye uno de los presupuestos de cualquier concurso, esto es, no podrá declararse la quiebra ni otro concurso si no es respecto de una persona susceptible de ser sujeto pasivo de ese concurso. No existe quiebra sin sujeto”². Asimismo, se indica que “sin deudor, no hay acreedor y por ende no existe obligación ni impotencia patrimonial de cumplimiento regular”³. En síntesis, se sostiene que el presupuesto subjetivo se refiere a “la existencia de un sujeto pasivo legalmente legitimado para solicitar la apertura de un proceso concursal”⁴.

El presupuesto subjetivo está delimitado en el art. 2° de la ley de concursos y quiebras (en adelante, LC) que establece quienes son los sujetos concursables y a quienes se les veda el acceso a los procesos concursales.

En relación al tema que nos ocupa en esta colaboración cabe mencionar que el inc. 1° del art. 2° menciona como concursable al patrimonio del fallecido siempre que se mantenga separado del patrimonio de los herederos. A su vez, en concordancia con dicho precepto, el art. 8° de la LC bajo el acápite de “Personas fallecidas” estatuye los pasos que los herederos deben seguir para materializar la presentación concursal⁵.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Graziabile, Darío J. (dir.), *Régimen concursal. Ley 24.522*, comentario al art. 1° de la LC, Bs. As., Abeledo Perrot, t. I, 2014, p. 181.

² Noodt Taquela, María B., *Derecho concursal. Sujetos del concurso*, Bs. As., Belgrano, 1981, p. 11.

³ Graziabile, *Régimen concursal*, comentario al art. 2° de la LC, t. I, p. 181.

⁴ Di Lella, Nicolás J., *Presupuestos objetivo, subjetivo y procesal para la presentación en concurso preventivo*, LLNOA, 2017-7.

⁵ Los preceptos mencionados aluden al patrimonio del fallecido, pero en realidad como bien aclara la doctrina sólo es concursable la herencia transmisible a los herederos que no siempre coincide con el patrimonio. Véase, Goyena Copello, Héctor R., *Procedimiento sucesorio*, 6ª ed., Bs. As., Astrea, 1993, p. 280; Chomer, Héctor O., *Sujetos concursales*, RDCO, 2004-A-823; Graziabile, Darío J., *Historia y tendencias de los presupuestos concursales. El estado de cesación de pagos y los sujetos concursables*, RDCO, 2004-B-879; Gerbaudo, Germán E., *Aproximaciones entre el derecho concursal y el derecho sucesorio*, “Errepar Digital”, n° 285, agosto 2011; Córdoba, Lucila I., en Garrido Cordobera, Lidia - Borda, Alejandro - Alferillo, Pascual (dirs.) - Krieger, Walter F. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, comentario al art. 2360, Bs. As., Astrea, t. 3, 2015, p. 490.

El presupuesto objetivo apunta a la situación económica financiera en la que se encuentra el patrimonio del sujeto concursable. En otros términos, como señala Rouillon refiere “a las condiciones del patrimonio”⁶.

Nuestra legislación concursal en el art. 1º, párr. 2º, adopta al estado de cesación de pagos o de insolvencia como presupuesto objetivo de los procesos concursales reglados en la LC, y como sistema de comprobación judicial de ese estado, en el art. 79 recepta el denominado sistema de los hechos reveladores, que es propio del derecho francés posterior a la reforma de 1838.

Rivera dice que la insolvencia se puede caracterizar como “el estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles”⁷. Por su parte, Cámara expresa que es “la impotencia del patrimonio frente a las deudas ciertas, líquidas y exigibles que lo gravan”⁸. Asimismo, Gebhardt indica que “es un estado en virtud del cual el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones líquidas y exigibles”⁹.

En este trabajo centramos nuestro análisis en el presupuesto objetivo del concurso de la masa indivisa insolvente. El art. 2360 del Cód. Civil y Comercial al regular a la masa indivisa insolvente no refiere en su texto a insolvencia o cesación de pagos, sino que alude a “desequilibrio patrimonial o insuficiencia de activo hereditario”. Los términos empleados por dicho artículo generan duda respecto a si el “desequilibrio patrimonial o insuficiencia de activo hereditario” constituye un nuevo presupuesto objetivo diferente y más amplio que el de la cesación de pagos.

Analizamos en la presente colaboración las controversias que se presentan ante los términos empleados por el Código Civil y Comercial de la Nación.

2. El artículo 2360 del Código Civil y Comercial

Este artículo bajo el acápite de “Masa indivisa insolvente” dispone que “En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden peticionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal. Igual derecho, y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores”.

El precepto no introduce ninguna novedad sino que ratifica la posibilidad de concursamiento del patrimonio del fallecido. Concuera la disposición con los arts. 2º y 8º

Asimismo, cabe indicar “se concursan los bienes que constituyen la herencia; no el deudor que terminó su existencia por muerte, sino sus bienes. El concurso no se dirige contra la persona, sino contra su patrimonio” (Medina, Graciela - Rolleri, Gabriel, *Derecho de las sucesiones*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2017, p. 273). En sentido similar se dice que “el concursado, por consiguiente, es el ente sucesión” (Córdoba, Marcos M. - Ferrer, Francisco A. M., *Práctica del derecho sucesorio*, Bs. As., Astrea, 2016, p. 411).

⁶ Rouillon, Adolfo, *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 17ª ed., Bs. As., Astrea, 2017, p. 18.

⁷ Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. I, 1996, p. 113.

⁸ Cámara, Héctor C., *El concurso preventivo y la quiebra*, Bs. As., Depalma, t. I, 1978, p. 236.

⁹ Gebhardt, Marcelo, *Ley de concursos y quiebras*, Bs. As., Astrea, t. 1, 2008, p. 3.

de la LC. En tal sentido, se indica que se incorpora la solución de la ley especial –es decir de la LC–¹⁰.

No obstante la adopción de la misma solución, se exhiben algunas diferencias en los términos empleados por el art. 2360 del Cód. Civil y Comercial que traen aparejados diferentes problemas interpretativos.

En tal sentido, se alude a “copropietarios” cuando en realidad debería haberse referido a “coherederos”¹¹. Se utiliza la expresión “desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario” cuando debería mencionarse al estado de cesación de pagos o insolvencia. En este último supuesto, con todas las controversias que genera, es el que analizamos en este trabajo.

Por otra parte, el precepto al referirse a acreedores puede dar lugar a la equívoca interpretación de pensar que éstos también tienen legitimación para instar la apertura del concurso preventivo de la herencia. Sin embargo, de acuerdo a la LC solo el deudor tiene legitimación para solicitar la formación del concurso preventivo. En base a ello acertadamente la doctrina sostiene que los acreedores pueden pedir la quiebra, pero no la apertura del concurso preventivo¹².

3. ¿Hay un nuevo presupuesto objetivo para el concurso de la masa indivisa insolvente?

Se presentan dudas respecto a si el art. 2360 del Cód. Civil y Comercial introduce un nuevo presupuesto objetivo dado que no utiliza la expresión “cesación de pagos” o “insolvencia” sino que alude a “desequilibrio patrimonial” o “insuficiencia del activo hereditario”.

El propio art. 2360 presenta una flagrante contradicción. Por un lado, la designación del precepto refiere a “masa indivisa insolvente”; en tanto que en su redacción alude a “desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario”.

El desequilibrio económico o desequilibrio patrimonial es un concepto que no estaba presente en el Código Civil derogado. El término es una novedad que trae el

¹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos*, LL, 2012-F-1309.

¹¹ Ferrer, Francisco A. M., *La indivisión hereditaria en el Anteproyecto de Código Civil*, JA, 2012-III-1310.

¹² En este sentido, véase: Ferrer, Francisco A. M., *El derecho de sucesiones en el Código Civil y Comercial*, “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época”, n° 10, Universidad Nacional del Litoral, 2016, p. 27; Di Lella, Nicolás J., *Código Civil y Comercial unificado: impacto en materia concursal*, DJ, 5/11/14, p. 1; Gerbaudo, Germán E., *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal*, Bs. As., Astrea, 2011, p. 52.

En una posición contraria parece ubicarse Haydee Podréz Yaniz que indica que “se incorpora a los acreedores como legitimados para solicitar el concurso de la sucesión” [en Clusellas, Eduardo G. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, comentario al art. 2360, Bs. As., Astrea, t. 8, 2015, p. 62]. No aclara la autora si utiliza la voz “concurso” como sinónimo de concurso preventivo o en un sentido amplio comprensivo tanto de la quiebra como del concurso preventivo.

De manera similar Mariana B. Iglesias sostiene que “se incorpora expresamente la posibilidad de peticionar la quiebra o el concurso preventivo tanto por parte de los herederos como de los acreedores” (*Pago de deudas y legados en el Anteproyecto de Código Civil*, JA, 2012-III-1357).

Código Civil y Comercial que lo emplea en diversas normas, aunque no conceptualiza que debe entenderse por tal¹³.

La voz insuficiencia de bienes u otras similares también es utilizada por el Código Civil y Comercial en distintas normas¹⁴.

Existe doctrina que considera que no es necesario el estado de cesación de pagos para el concurso de la masa indivisa insolvente. En tal sentido, Medina y Rolleri al comentar el precepto expresan que “como puede observarse, no se exige la existencia de estado de cesación de pagos a la fecha de la muerte del causante; basta comprobar la insuficiencia de los bienes transmitidos para afrontar las obligaciones que gravan ese patrimonio”¹⁵. Asimismo, Ferrer indica que “no es preciso acreditar la cesación de pagos al momento de apertura de la sucesión”¹⁶.

Nosotros no compartimos estas opiniones. A nuestro criterio no resulta afín a la terminología concursal la expresión “desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo”. No obstante, entendemos que esas expresiones deben considerarse como que aluden al estado de cesación de pagos o de insolvencia que constituyen el presupuesto objetivo de los procesos concursales que menciona el texto –quiebra o concurso preventivo–. Creemos que es un error del art. 2360 no haber utilizado la expresión de insolvencia o de cesación de pagos¹⁷.

La cesación de pagos es un estado patrimonial que nada tiene que ver con las diferencias del activo y del pasivo. Por el contrario, la expresión desequilibrio patrimonial nos acerca a la idea de las diferencias entre el activo y el pasivo. En otra oportunidad hemos expresado que debe negarse toda identificación entre este estado patrimonial con el desequilibrio entre el activo y el pasivo, ya que esto último es una noción netamente contable que puede resultar ajena a la verdadera situación patrimonial¹⁸.

A la hora de determinar la insolvencia no se debe confrontar el activo con el pasivo, sino la realizabilidad del activo con la exigibilidad del pasivo. En definitiva, como señala Heredia la cesación de pagos “no es una cuestión de balances”¹⁹.

Yadarola se refirió a ello diciendo que “lo que caracteriza, pues, la insolvencia no es la inferioridad numérica del activo con relación al pasivo, sino la impotencia del patrimonio para cubrir las deudas exigibles: no es la cantidad de bienes sino su

¹³ Molina de Juan, Mariel F., *Compresión y extensión del concepto de desequilibrio en las compensaciones económicas*, LLonline, AR/DOC/1018/2016.

La expresión “desequilibrio económico” es empleada al regular las compensaciones económicas, en el art. 1045, inc. c, que se ocupa de la responsabilidad por evicción y en el art. 1119 referido a las cláusulas abusivas.

¹⁴ Prono, Ricardo S., *Algunas reformas en la insuficiencia patrimonial del fideicomiso*, LL, 2016-A-662.

En el art. 191 del Cód. Civil y Comercial al regularse a las simples asociaciones se utiliza la expresión “insuficiencia de los bienes de la asociación simple”. Asimismo, en el art. 1687 refiere a la “insuficiencia de los bienes fideicomitidos”.

¹⁵ Medina - Rolleri, *Derecho de las sucesiones*, p. 273.

¹⁶ Ferrer, Francisco A. M., en Alterini, Jorge H. (dir.) - Alterini, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, comentario al art. 2360, Bs. As., La Ley, t. XI, 2015.

¹⁷ Gerbaudo, *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal*, p. 51, y *Presupuesto subjetivo de los procesos concursales. La incidencia del Código Civil y Comercial*, “Diario Comercial, Económico y Empresarial. Derecho para Innovar”, n° 85, 17/8/16.

¹⁸ Gerbaudo, Germán, *Cesación de pagos*, Rosario, Nova Tesis, 2011, p. 35.

¹⁹ Heredia, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, Bs. As., Ábaco, t. 1, 2000, p. 211.

realizabilidad lo que se tiene en cuenta, ni es la suma de las obligaciones sino el momento de su exigibilidad”²⁰.

Gebhardt expresa que “se ha sostenido que el desequilibrio o déficit no determina por sí solo el estado de insolvencia, o bien que dicho estado puede subsistir aun sin el desequilibrio”²¹. Agregando que “de ello se sigue que el equilibrio relevante a ponderar será el que surja del pasivo exigible y el valor del activo realizado o realizable al momento del vencimiento de las deudas”²².

En la misma tesitura, Graziabile indica que la cesación de pagos “se trata de un concepto que escapa del estatismo del desequilibrio de valores entre activo y pasivo, sino un supuesto dinámico de flujos de fondos insuficientes para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones exigibles”²³.

En sentido similar, Farina y Farina expresan que “un sujeto puede presentar un desequilibrio económico patrimonial y, sin embargo, no estar afectado por la incapacidad que caracteriza al estado de insolvencia, o a la inversa”²⁴.

Igualmente, Argeri señala que no puede asimilarse la cesación de pagos al déficit del balance. Así dice que “el cómputo del desequilibrio aritmético es simple fenómeno de orden contable, derivado de la confrontación entre activo y pasivo. En ese activo pueden incluirse bienes (v.gr., aquellos cuya realización varía de conformidad con valores circunstanciales, coyunturales, créditos incobrables, etcétera)”²⁵.

Asimismo, Alegria sostiene que “algunas legislaciones se refieren al desequilibrio aritmético, o sea, al mayor valor del pasivo sobre el activo”²⁶. No obstante, indica que “se ha visto como inadecuada esta solución, pues puede tratarse de un deudor con pasivos exigibles y con activos de mayor valor pero de difícil realización; y a la inversa, puede el obligado tener un activo menor pero un pasivo de exigibilidad convenientemente escalonada en el tiempo que permite el pago con la propia renta de la actividad”²⁷.

Así, en la jurisprudencia se expresó que “la sola exhibición por el deudor de un título de dominio de un vehículo es insuficiente para demostrar hallarse ‘in bonis’, al no configurar aquél un activo corriente”²⁸.

En concordancia con lo que venimos exponiendo, consideramos que la cesación de pagos no debe ser entendida como una insuficiencia de bienes o un activo menor al pasivo. Una persona con un activo inferior al pasivo puede no estar en cesación de

²⁰ Yadarola, Mauricio, *El concepto técnico-científico de cesación de pagos*, JA, 68-6, secc. doctrina.

²¹ Gebhardt, *Ley de concursos y quiebras*, t. 1, p. 4.

²² Gebhardt, *Ley de concursos y quiebras*, p. 4.

²³ Graziabile, *Historia y tendencias de los presupuestos concursales. El estado de cesación de pagos y los sujetos concursables*, RDCO, 2004-B-879.

²⁴ Farina, Juan M. - Farina, Guillermo V., *Concurso preventivo y quiebra*, Bs. As., Astrea, t. 1, 2008, p. 66.

²⁵ Argeri, Saúl A., *Manual de concursos*, Bs. As., Astrea, 1983, p. 26.

²⁶ Alegria, Héctor, *Concursos*, Bs. As., Astrea, 1988, p. 19.

²⁷ Alegria, *Concursos*, p. 19.

²⁸ CCivCom Rosario, Sala I, 12/3/96, “Guagliano Raúl SRL s/pedido de quiebra”, *LLLitoral*, 1998-1-32.

pagos dado que sus bienes son fácilmente realizables o pueden generar los fondos necesarios para pagar las deudas.

Por lo tanto, creemos que los términos utilizados por el art. 2360 del Cód. Civil y Comercial resultan desacertados y no se corresponden con las expresiones empleadas por la LC.

Consideramos que debe prevalecer la ley especial, la LC que regula el microsistema de los concursos y quiebras y que establece el presupuesto objetivo para acceder a los procesos concursales.

La LC dispone en su art. 1° que la cesación de pagos es el presupuesto para la apertura de los procesos regulados en dicha ley y dispone además los supuestos legales en los que puede abrirse un proceso concursal sin cesación de pagos. Dichos casos son taxativos y de excepción. Entre ellos no se encuentra el concurso de la herencia. Por lo tanto, consideramos que prevalece la LC –ley especial– sobre el art. 2360 del Cód. Civil y Comercial y, en consecuencia, sólo podrá declararse la quiebra o la apertura del concurso preventivo de la masa indivisa insolvente si se acredita el presupuesto objetivo de la cesación de pagos.

4. Conclusiones

Consideramos que la norma del art. 2360 del Cód. Civil y Comercial es sobreabundante e innecesaria. Sobreabundante dado que no agrega nada nuevo a lo que establece la LC en sus arts. 2°, inc. 1°, y 8°. Innecesaria porque su redacción presenta una defectuosa técnica legislativa, con contradicciones con el texto de la LC.

Las expresiones “desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo” deben considerarse como que aluden al estado de cesación de pagos o de insolvencia que constituyen el presupuesto objetivo de los procesos concursales que menciona el texto –quiebra o concurso preventivo–. Consideramos que es un error del art. 2360 del Cód. Civil y Comercial no haber utilizado la locución de insolvencia o la de cesación de pagos.

© Editorial Astrea, 2018. Todos los derechos reservados.