

“El Préstamo bancario hipotecario frente al concurso del deudor. Contingencias de su reclamo y cobro” por Raisberg Claudia

I.Introducción. II. Tres posibles casos. III.El Contrato de préstamo hipotecario bancario: Normas y características. IV. La reflexión que antecede a las respuestas. V. Situaciones conflictivas sin una única solución. VI Síntesis de las respuestas. VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que hoy nos ocupa es el contrato de préstamo bancario con garantía hipotecaria frente al concurso del deudor. La idea es analizar los efectos de este contrato cuando el deudor empresario se concursa preventivamente o quiebra. Abordaré el tema desde tres hipotéticas situaciones de conflicto.

Para eso la propuesta es revisar sucintamente las normas que regulan los contratos bancarios en general (art. 1378/1383 del CCyCN) y el contrato de préstamo bancario en particular (art. 1408 del CCyCN), para luego analizar cómo opera ese crédito frente al concurso preventivo o quiebra del deudor.

Las consecuencias provocadas por el juicio universal en relación al tema que hoy nos ocupa abarcan dos aspectos, uno de tipo “formal” -vinculado con la competencia, el fuero de atracción y la vía procesal idónea para que la entidad bancaria pueda reclamar judicialmente la devolución del préstamo del deudor concursado o fallido (art. 21 de la L.C.); y otro de “fondo”, relativo a la oportunidad y el orden de cobro, así como a la extensión del privilegio especial del crédito hipotecario en el concurso preventivo o quiebra (art. 16, 32, 125, 126, 209, 241y 242 de la ley concursal).

II. TRES HIPOTÉTICOS CASOS.

PRIMER CASO: Una sociedad se presenta en concurso preventivo y denuncia la existencia de un mutuo bancario hipotecario que grava el inmueble donde funciona el establecimiento. Dicho mutuo aun no se halla en mora a la fecha de presentación en concurso, habiéndose abonado la primera cuota en



DECONOMI

tiempo y forma con anterioridad, en tanto las subsiguientes vencen luego de la presentación en concurso. Por tal motivo, tampoco existe juicio de ejecución hipotecaria previo al concurso.

En ese caso, se presentan los siguientes interrogantes: 1) puede el banco considerar vencidos los plazos e iniciar la ejecución hipotecaria de saldo del mutuo luego de abierto el concurso?, 2) si el juicio individual hubiera sido promovido antes de la presentación en concurso del deudor, puede el banco continuar dicha ejecución hasta el dictado de la sentencia, ejecutar la misma y cobrar todo el crédito extraconcurzalmente, es decir sin pasar por el tamiz del proceso verificadorio? y 3) puede respetar los plazos acordados y seguir cobrando *normalmente* las cuotas a la fecha de su vencimiento post concursal?

SEGUNDO CASO: Una empresa se presenta en concurso preventivo estando en mora en el pago de una de las cuotas del préstamo, habiendo caducado los plazos allí acordados y como consecuencia de ello, ya se había promovido el juicio de ejecución hipotecaria con anterioridad a la apertura del concurso.

En este caso: 1) puede continuar la ejecución hipotecaria en coexistencia con el proceso verificadorio concursal?, 2) puede ejecutar la sentencia ejecutiva que se dicte con posterioridad a la presentación del concurso preventivo de la deudora rematando el inmueble?, 3) puede cobrar el crédito bancario -ya sea en el marco del proceso ejecutivo o extrajudicialmente, pero sin obtener sentencia verificadoria firme?

TERCER CASO: Una empresa es declarada en quiebra encontrándose incumplido un mutuo bancario hipotecario y ya en trámite el juicio de ejecución hipotecaria, pero sin haber obtenido sentencia firme a la fecha de la declaración de falencia.

Los interrogantes que se plantean cambian radicalmente. 1) Puede continuar dicho proceso ejecutivo?, 2) Puede cobrar el banco esa acreencia extraconcurzalmente ya sea ejecutando la sentencia ejecutiva o extrajudicialmente?, 3) Puede cobrar su crédito en el proceso falencial antes que el resto de los acreedores?, 4) En qué orden y extensión cobra?



DECONOMI

Veremos las distintas reflexiones que nos despiertan estos casos. Comenzaremos por un examen resumido de los elementos esenciales del funcionamiento del contrato y luego su operatividad frente al concurso.

III. PRÉSTAMO BANCARIO: NORMAS QUE LO RIGEN Y CARACTERÍSTICAS.

La normativa prevista en el CCyCN para este tipo de contratos (arts. 1378 y sig.) define su ámbito de aplicación en función de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. Desde la óptica subjetiva las mismas se aplican si uno de los sujetos es una entidad comprendida en la ley de entidades financieras (art. 1 de la LEF) o una entidad pública o privada no comprendida expresamente cuando la legislación o el BCRA disponga que dicha normativa le es aplicable (art. 3 de la LEF). A modo de ejemplo podemos mencionar a las tarjetas de crédito (Comunicación “A” 5388 del BCRA).

En cuanto al elemento objetivo, el sujeto debe desarrollar una actividad que consista en la intermediación (o interposición) entre la oferta y la demanda de recursos financieros, de manera profesional, constante, uniforme y habitual. Debe tratarse de un sujeto que realice operaciones de banca tanto activa como pasiva.

Recordemos que operación de banca “activa” es aquella en la cual la entidad presta dinero al público a través de diversos contratos (préstamo común o con garantía real, etc). Operación de banca “pasiva” es aquella en la cual la entidad toma dinero del público, mediante un contrato de depósito irregular a plazo fijo, a la vista o caja de ahorro. Ambas operaciones están reguladas por el BCRA, en la Circular OPASI 2 (27/5/88) y OPAC 2 (24/7/81).

Se encuentran excluidos: 1) los sujetos que realizan una de las dos operaciones, la de banca activa o la de banca pasiva o 2) los que realizan alguna de esas operaciones como acto aislado.

Este contrato cuyo funcionamiento vamos a analizar frente al concurso del deudor se encuentra regulado expresamente en un solo artículo (art.1408 de CCyCN), siéndole aplicables en subsidio las reglas del contrato de



DECONOMI

mutuo común (art. 1525 y sig. del CCyCN). Es la operación de banca activa más importante y usual y se define como tal cuando una entidad regida por la LEF (ley 21.526) se obliga a entregar a una persona en propiedad, una suma de dinero, quien a su vez se obliga a restituir, en el lugar y plazo pactado, la misma moneda y especie con más los intereses acordados. Lo caracterizan y distinguen tanto el elemento subjetivo, ya que solo pueden ser co contratantes las entidades comprendidas en la LEF, como el objetivo, ya que solo el dinero puede ser objeto de este contrato.

Es consensual, ya que a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ya no se requiere la entrega del dinero para su perfeccionamiento, al suprimirse la clase de contratos reales, tornando aplicable directamente el art. 971 del CCyCN, bilateral, formal, conmutativo, de ejecución diferida y oneroso

IV. LA REFLEXIÓN QUE ANTECEDE A LAS POSIBLES RESPUESTAS

IV. I INTRODUCCIÓN

La presentación en concurso preventivo del deudor de un préstamo bancario hipotecario genera consecuencias formales y de fondo respecto de la ejecución del contrato, que fueron mencionadas a modo de interrogantes en el punto II del presente trabajo.

La respuesta a los mismos se encuentra vinculada con en el instituto del Fuero de Atracción, la prohibición de promover nuevas acciones, el orden de cobro y los principios concursales de universalidad, igualdad y concurrencia.

IV. II. 1.EL FUERO DE ATRACCIÓN

Esta figura siempre tuvo por finalidad evitar agresiones individuales contra el patrimonio del concursado, que es la prenda común de todos sus acreedores, por medio de procesos **ya iniciados** antes de la presentación en concurso.



DECONOMI

Este instituto materializa dos principios concursales. El principio de universalidad y el de igualdad de los acreedores.

El principio de universalidad se vincula con la necesidad de que un solo juez intervenga en la administración del patrimonio del concursado (desde lo objetivo), en su faz activa, y que entienda en los reclamos de todos los acreedores del deudor, (desde lo subjetivo), en su faz pasiva.

Es por eso que históricamente se buscó unificar ese conocimiento a partir del principio de unicidad, es decir que solo puede tramitar un proceso concursal por persona en el territorio, y el de concentración, según el cual todo acreedor de causa o título anterior debe verificar su crédito ante el juez concursal como condición de ejercicio del derecho a su cobro.

El fuero de atracción también se vincula con el principio de igualdad de los acreedores, según el cual al deudor le está prohibido abonar extraconcurzalmente créditos de causa o título anterior a la presentación en concurso (art. 16 de la L.C.).

Para lograr tal fin, es que se estableció como regla la radicación (traslación material del expediente) ante al juez del concurso de todos los procesos en trámite contra el deudor de contenido patrimonial y luego su suspensión o a la inversa, primero la suspensión y luego la radicación. Sin embargo, la regla de la suspensión-atracción tuvo varias críticas y generó diversos inconvenientes, que no vamos a desarrollar hoy acá, pero que derivaron en sucesivas modificaciones del instituto hasta su concepción actual.

Según la última reforma, solo los procesos de ejecución en trámite (arts. 499 y siguientes del C.Pr.) están alcanzados por esos principios de suspensión y radicación, pues el resto de los juicios en trámite puede continuar ante los jueces naturales hasta el dictado de la sentencia definitiva. Una vez dictada la sentencia en forma firme ese pronunciamiento vale como título verificadorio, lo que significa que el actor tendrá que presentarse a verificar el crédito en el proceso concursal a fin de que le sea asignado el tratamiento concursal del crédito.

Esta es la regla. Pero, como sabemos, existen excepciones.



IV. II. 2. LA PROHIBICIÓN DE INICIAR NUEVAS ACCIONES.

Veamos cómo se aplica esta norma en relación a los créditos del deudor que, estando en mora, no habían sido aun reclamados por medio de acciones individuales.

La regla es que no se pueden promover nuevos juicios de contenido patrimonial contra el concursado reclamando el pago de créditos de causa o título anterior a la presentación en concurso, sean de conocimiento o ejecutivos, con sustento en los mismos principios concursales consignados en el punto que antecede -igualdad y concurrencia-. Esta es también la regla. Veremos más abajo las excepciones.

IV. II. 3. PUNTO DE PARTIDA y CONCLUSIÓN DE AMBAS PROHIBICIONES.

La suspensión de los procesos en trámite se produce a partir de la publicación de edictos del auto de apertura del concurso preventivo, y la prosecución posterior torna inoponibles o nulos los actos procesales realizados en el juicio en trámite no suspendido.

En cuanto a las nuevas acciones, las mismas están prohibidas desde la presentación en concurso, pero la prohibición opera retroactivamente a partir de la apertura del concurso.

Ambas cesan con la declaración de cumplimiento del concurso (art. 59 ante último párrafo de la L.C.)

IV. II. 4. LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES EN EL CONCURSO PREVENTIVO DEL DEUDOR.

Entre los procesos en trámite contra el deudor excluidos del fuero de atracción y la prohibición de promover nuevas acciones, se encuentra la ejecución del contrato que hoy nos ocupa, es decir: las ejecuciones de préstamos hipotecarios bancarios.



DECONOMI

Antes de la redacción actual de la norma, la respuesta era dudosa, pero varios precedentes jurisprudenciales se inclinaron por la exclusión del fuero de atracción de este tipo de procesos. Así la CSJN in re “Casasa S.A.” del 2/4/1996 (Ed 196-471); confirmó esa doctrina in re “Tacita del Plata S.R.L.” (6/5/1997) y en “Hércules S.A.” (1/7/1997). En el ámbito de la Justicia Nacional, La Cámara Nacional en lo Comercial dictó un fallo Plenario in re “Avan” el 9/4/2021 en idéntico sentido y en la jurisdicción de La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, se dictó el fallo Plenario “Alexis” el 3/9/1996. Todos esos precedentes inspiraron la redacción actual de la norma positiva.

Según la normativa vigente, las ejecuciones hipotecarias en trámite al presentarse en concurso preventivo el deudor NO SE SUSPENDEN. Pueden continuar luego de la presentación en concurso preventivo del deudor, pero no podrán realizar actos de ejecución forzada del bien hasta que se haya PRESENTADO el pedido de verificación

-tempestivo o tardío- ante el juez del concurso.

También pueden promoverse nuevas ejecuciones hipotecarias con posterioridad a la presentación en concurso, configurando una excepción a la prohibición de iniciar nuevas acciones, empero siempre deberán solicitar también la verificación de su crédito.

Es decir, que el acreedor de un préstamo bancario hipotecario debe presentar su pedido verificadorio mas no debe esperar la resolución del mismo para proceder al inicio, la continuación o la ejecución de la sentencia por medio del remate del bien hipotecado. No obstante ello, la prudencia indica que es aconsejable aguardar el dictado de la sentencia verificatoria firme, pues de lo contrario podría requerírsele al banco una garantía de acreedor de mejor derecho.

IV.II. 5 LAS EJECUCIONES DE GARANTÍAS REALES FRENTE A LA “QUIEBRA” DEL DEUDOR.

En este caso, los procesos de contenido patrimonial contra el concursado se atraen y suspenden si se trata de procesos de ejecución, sin



DECONOMI

excepciones, por lo que el juicio hipotecario iniciado antes de la quiebra no puede continuar tramitando en el juzgado de origen.

Las exclusiones previstas en el art. 21 inc. 1 a 3 de la L.C. se mantienen **salvo las ejecuciones de garantías reales**, las que en el caso de falencia se suspenden y atraen al juzgado de la quiebra, desde que la sentencia de quiebra se encuentra firme. En el ínterin solo se suspenden los actos de ejecución forzada.

No obstante ello, la ley falencial, prevé un proceso especial dentro del juicio universal, por el cual estos acreedores hipotecarios pueden instar la ejecución de su garantía real de manera similar a la ejecución hipotecaria, denominado **concurso especial** cuya sentencia produce efectos de cosa juzgada formal. Este trámite puede promoverse como incidente dentro del concurso y reviste la misma rapidez y formalidad que el juicio ejecutivo en cuanto a la comprobación del título en el que se sustenta.

Sin perjuicio de ello el acreedor aun mantiene la carga de presentarse a pedir la verificación tempestiva o tardía de su crédito mediante un proceso paralelo al del concurso especial, por lo cual si es rematado el bien antes de obtenida sentencia verificatoria firme, deberá el acreedor hipotecario prestar fianza de acreedor de mejor derecho (art. 209 de la L.C.).

En este caso, como la quiebra es un proceso liquidativo, la promoción del concurso especial y la subasta del inmueble en el marco de ese proceso, no generará ningún perjuicio a los acreedores falenciales, por cuanto de todos modos el bien deberá ser rematado en el proceso principal.

V. SITUACIONES CONFLICTIVAS EN EL CONCURSO PREVENTIVO Y EN LA QUIEBRA SIN UNA UNICA SOLUCION.

V. a) SENTENCIA EJECUTIVA VS. SENTENCIA VERIFICATORIA.

Hemos desarrollado precedentemente lo establecido por la normativa concursal vigente que responde en general a los interrogantes planteados al



DECONOMI

inicio (ver punto II), empero de todas formas pueden constatarse hipótesis conflictivas que no tienen una sola solución.

Veamos. En primer término, debemos tener presente que el proceso verificadorio en el concurso preventivo cualquier sea la vía en la que se plantee, es de naturaleza causal -no abstracto como el juicio ejecutivo- y por ende reviste calidad de juicio de conocimiento, siendo que la sentencia o resolución que en él se dicte, una vez firme, produce efectos de cosa juzgada *material*.

Es por ello que al admitirse la continuación de la ejecución hipotecaria mientras se sustancia y tramita el proceso verificadorio, estamos aceptando que coexistirán *dos juicios en paralelo*, el ejecutivo -que deriva en una sentencia que produce cosa juzgada formal- y el verificadorio que, en mi opinión, opera como el juicio ordinario posterior previsto en los códigos de rito (art. 553 del C.Pr.) y concluye con una sentencia definitiva que produce cosa juzgada material.

Podría entonces existir una situación conflictiva que no tiene una única solución al dictarse dos sentencias contradictorias, la ejecutiva hipotecaria continuada y la verificadoria.

Para evitar esta situación, lo prudente, para una entidad bancaria acreedora de un préstamo hipotecario, es esperar el dictado de la sentencia verificadoria firma para continuar con la ejecución hipotecaria. No obstante si el acreedor no adoptase ese temperamento, y la sentencia ejecutiva es ejecutada antes de obtener sentencia verificadoria, el juez de la ejecución debería requerir al acreedor la prestación de una fianza o garantía aplicando analógicamente el art. 209 de la L.C. que está previsto para las quiebras.

En segundo término, otra contingencia que puede afectar todo el proceso de cobro del crédito es el hecho de que hasta 20 días antes de concluido el periodo de exclusividad el deudor puede ofrecer propuestas concordatarias para este acreedor y modificarlas hasta cinco días antes de vencido dicho periodo (art. 43 y 44 de la L.C.). Si bien el acreedor hipotecario tiene un crédito con privilegio especial y la propuesta que se le ofrezca debe ser aprobada por unanimidad (art.47 de la L.C.), existe la posibilidad de que el cobro de su crédito se resuelva o acuerde en el marco del proceso concursal, sin necesidad de continuar ni iniciar un proceso de ejecución paralelo ante otro Tribunal.



DECONOMI

En tercer término, otra dificultad que puede presentarse es cómo coordinar los efectos del proceso de ejecución continuado o iniciado luego de la presentación en concurso que tramita de manera concomitante con el proceso verificadorio concursal con lo resuelto en este último. Dado que si la sentencia verficatoria fue dictada antes de la sentencia ejecutiva, las cuestiones allí resueltas no pueden ser reeditadas en el proceso ejecutivo, el que debe adecuarse a aquella en todo lo atinente a la declaración de la existencia, legitimidad y demás condiciones del crédito (intereses, mora, moneda de pago), por lo que toda la etapa procesal del juicio individual transcurrida entre la promoción de la demanda ejecutiva y a sentencia se transforma en un trámite INOCUO.

En cuarto término, algunos autores postulan que, dada la preeminencia de la sentencia verficatoria firme en caso de discordancia entre ésta y la sentencia ejecutiva, existe la posibilidad cierta de ejecutar esa sentencia verficatoria mediante el trámite de ejecución de sentencias previsto en el art. 499 y sig. del C.Pr., tal como se haría con cualquier sentencia dictada en un juicio de conocimiento, con el solo requisito de aguardar la oportunidad prevista en el art. 57 de la L.C., es decir, el dictado de la homologación firme.(conf. Rivera, Julio Cesar citado por Graziabile in re. “Manual de Concursos”, Editorial Abeledo Perrot, pág. 284 y sig.)

V. b) OPORTUNIDAD DE COBRO DEL CRÉDITO EN EL CONCURSO Y EN LA QUIEBRA.

El crédito hipotecario reviste graduación privilegiada especial (art. 241 inc. 4 de la LC.) tanto en el concurso preventivo como en la quiebra. **Existen varias opciones para cobrar el mismo según se trate de un deudor en concurso preventivo o quiebra.**

-En el **concurso preventivo**, si hubiera una propuesta de acuerdo aprobada por unanimidad y homologada para esa categoría de acreedores, cobrará, luego de la homologación de todas la propuestas de acuerdo que se hayan aprobado por las mayorías legales en cada categoría (art. 57 de la L.C.)



DECONOMI

-De no haberse formulado propuesta de acuerdo para este tipo de acreedores, este acreedor podrá cobrar su acreencia en el marco de la ejecución hipotecaria que eventualmente promueva o continúe, al estar excluido del fuero de atracción, si cumple con los recaudos ya analizados anteriormente (haber presentado el pedido de verificación en el concurso preventivo).

- También podrá cobrar extrajudicialmente el crédito, si ya se presentó a verificar el mismo, como vimos, prestando fianza de acreedor de mejor derecho (art. 209 anal. de la L.C.) si aun no obtuvo sentencia verificatoria favorable firme.

- O bien, podrá cobrar en forma definitiva extraconcurzalmente su crédito una vez obtenida sentencia verificatoria firme, siempre respetando los términos fijados en aquella, ya sea extrajudicialmente o ejecutando esa sentencia en los términos del art. 505 del C.Pr.-En la **quiebra**, podrá esperar el resultado de la verificación de créditos, la realización de los bienes de la quiebra y la aprobación de un proyecto de distribución de fondos, en el que tendrá un tratamiento especial y prioritario para cobrar en base a los fondos ingresados por la venta del inmueble hipotecado (art. 241 inc. 4 y 242 de la L.C.)

- O bien, podrá promover un incidente de concurso especial (art. 126 de la L.C.), a fin de rematar el bien asiento de su privilegio y percibir su crédito *antes de que se elabore un proyecto de distribución general*, prestando fianza de acreedor de mejor derecho si la subasta ocurre antes de que quede firme su sentencia verificatoria. (art. 209 de la L.C.) En ese caso, el juez del concurso autorizará el cobro anticipado, empero respetando el orden descripto en la ley concursal.

VI. SÍNTESIS DE LAS RESPUESTAS

En función a las consideraciones vertidas precedentemente podemos sintetizar las posibles respuestas a las hipótesis conflictivas mencionadas al principio del presente trabajo.

CASO UNO. El acreedor de un préstamo bancario hipotecario puede iniciar ante el juez natural una ejecución hipotecaria luego de abierto el concurso.



DECONOMI

Puede avanzar en ese proceso hasta subastar el inmueble hipotecado, luego de presentado el pedido de verificación de crédito y acreditada esa presentación en la ejecución hipotecaria. También puede el acreedor cobrar extraconcurzalmente en el marco de la ejecución hipotecaria o extrajudicialmente luego de haber pedido la verificación de su crédito, y si es antes de obtenida sentencia verificatoria firme, debe prestar fianza de acreedor de mejor derecho (art. 209 de la L.C.)

En cuanto al cobro de la cuota que vencía después de la presentación, el banco podría haberla percibido en el plazo de vencimiento normal, pero debía haber pedido la verificación de su crédito. Y si no tenía aun sentencia verificatoria firme, para cobrarla, debía prestar fianza de mejor derecho (art. 209 de la L.C.).

CASO DOS. Si el banco ya había iniciado la ejecución hipotecaria ante el juez natural, puede continuarla luego de la presentación en concurso del deudor en coexistencia con el proceso concursal y ejecutar la garantía subastando judicialmente el inmueble, pero debe acreditar haber presentado el pedido de verificación en el concurso preventivo. También en ese caso, el deudor podría pedir la suspensión del remate temporariamente si se dan las condiciones del art. 24 de la L.C. En el marco de dicho proceso ejecutivo, podría cobrar el crédito sin haber obtenido sentencia verificatoria firme, pero debe acreditar haber presentado el pedido de verificación y prestar fianza de acreedor de mejor derecho (art. 209 de la L.C.)

CASO TRES. En el supuesto de que el deudor sea declarado en quiebra, la ejecución hipotecaria iniciada antes de la sentencia de falencia no puede continuar ante el juez natural. Tampoco puede el banco cobrar esa acreencia extraconcurzalmente, pero puede promover un concurso especial ante el juez de la quiebra que es un proceso similar al de la ejecución hipotecaria o esperar la etapa de distribución de fondos en la quiebra. En el primer supuesto, podría cobrar en la quiebra antes que el resto de los acreedores, prestando fianza de acreedor de mejor derecho, en caso de no haber obtenido sentencia



verificatoria firme al momento en que los fondos estuvieran disponibles para su distribución.

VII. CONCLUSIÓN

Luego de las sucesivas reformas legislativas realizadas respecto del instituto del fuero de atracción, así como en relación a la prohibición de promover nuevas acciones, podemos concluir que los casos propuestos presentan diversas dificultades a la hora de interpretar el funcionamiento del contrato de préstamo bancario hipotecario frente al deudor en concurso preventivo o quiebra, particularmente cuando se continúa o promueve una nueva ejecución hipotecaria que tramita en “paralelo” al proceso verificadorio de cuya carga este acreedor no está excluido.

En relación al préstamo hipotecario bancario, advertimos algunas superposiciones en los procesos que la propia ley concursal admite, los que llevan a situaciones contradictorias, a tener en consideración.

La idea de este trabajo es compartir algunas reflexiones, para repensar un tema recurrente que ha sufrido múltiples reformas y esbozar soluciones que coadyuvaran a obtener una mayor seguridad jurídica y respeto a los principios concursales básicos.

