

EL CONCEPTO DE “ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS” EN EL DERECHO CONCURSAL ARGENTINO

HÉCTOR JOSÉ MIGUENS

*Profesor Asociado de Derecho Concursal
Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.*

Recepción: 15 de junio de 2012

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo fundamental el análisis de los procesos de circulación de ideas, trasplante de instituciones y seguimiento de modelos jurídicos europeos que gravitaron sobre las concepciones iberoamericanas, y en particular las argentinas, durante la primera mitad del siglo XX (años 1901-1945) en el ámbito del derecho comercial y específicamente el concursal.

La tesis fundamental de este trabajo consiste en afirmar la pertinencia y legitimidad científica de la *tesis amplia* respecto del “Estado de Cesación de Pagos” y sus consecuencias. A lo largo de este estudio se han puesto de resalto otras consecuencias derivadas de esta *teoría amplia*, que forman parte de los principios aplicables a esta doctrina del “estado de cesación de pagos” en orden a una correcta interpretación de los textos legales *de lege lata* y *de lege ferenda* en la Argentina e incluso en otros cuerpos normativos del sistema de derecho continental europeo.

ABSTRACT: The main objective of this work is the analysis of the processes of circulation of ideas, institutions and legal transplants of European legal models into the Latin American conceptions, and in particular Argentina, on the legal concept of the “State of Insolvency” during the first half of the twentieth century (years 1901-1945) in the field of commercial law and specifically bankruptcy law. The fundamental thesis of this paper is to affirm the relevance and scientific legitimacy of the “broad thesis” about the “state of default” and its general and specific consequences. This “broad thesis” is important in order to a correct interpretation of Insolvency Statutes *de lege lata* and *de lege ferenda* in Argentina and also in other jurisdictions of the European Civil Law System.

PALABRAS CLAVE: Derecho de insolvencia. Derecho argentino. Concepto de “estado de cesación de pagos”. Derecho comercial de la primera mitad del siglo XX

KEYWORDS: Insolvency Law. Bankruptcy Law. Argentine Insolvency Law. History of Insolvency Law. Insolvency Law of the first Twentieth Century.

PRIMERA PARTE

I. Aspectos generales. Introducción

Este trabajo tiene como objetivo fundamental el análisis de los procesos de circulación de ideas, trasplante de instituciones y seguimiento de modelos jurídicos europeos que gravitaron sobre las concepciones iberoamericanas, y en particular las argentinas, durante la primera mitad del siglo XX (años 1901-1945) en el ámbito del derecho comercial y específicamente el concursal¹.

En este período –y también en los subsiguientes hasta nuestros días– es destacable la influencia preponderante del derecho concursal italiano y francés en los textos legislativos sancionados, en la doctrina y en la jurisprudencia, especialmente en el Fuero Comercial de la ciudad de Buenos Aires, único fuero especializado en lo comercial en la Argentina.

En la primera parte de este trabajo se estudia la importancia o trascendencia del estudio del concepto de "estado de cesación de pagos"² y el marco jurídico-histórico concursal en general, en la Argentina, en el período considerado. En la segunda parte se estudia la evolución histórica del concepto en las fuentes jurídicas argentinas de los procesos concursales, especialmente respecto de las reformas legislativas ocurridas en 1902 y 1933, como así también las teorías elaboradas por la doctrina argentina sobre el tema, principalmente por Raymundo L. Fernández y Mauricio Yadarola, entre otros. También se hará referencia a las ideas jurídicas dominantes de raigambre europea que le sirvieron de fundamento y las que se desarrollaron antes y después de cada reforma legislativa, durante el período considerado. En la tercera parte se hace una exégesis y hermenéutica de los textos legislativos que estuvieron en vigor desde 1862 hasta 1945, junto con su valoración por la jurisprudencia y por la doctrina imperantes en la época, incluyendo, en su caso, consideraciones sobre el derecho actual. Finalmente, en la cuarta parte se hacen consideraciones reflexivas para el derecho futuro, se analizan las cuestiones éticas de las distintas teorías aplicables, se destaca la trascendencia del período estudiado sobre el tema, se destacan los problemas económicos subyacentes del ECP, se propone un texto legal *de lege ferenda* y se detallan las conclusiones esenciales de la investigación.

El objeto central del trabajo es el estudio del concepto del ECP del deudor, analizándose su definición como "*el estado patrimonial del deudor de incapacidad de pagar sus deudas, con carácter permanente y generalizado, evidenciada por hechos reveladores no taxativos, que es conceptualmente diverso del mero desequilibrio aritmético entre activo y pasivo y que debe ser apreciado en cada caso prudencialmente por el juez, previa citación del deudor*".

Este estudio no sólo abarca lo histórico, sino que también se refiere a lo conceptual,

1 Este investigador está en deuda con las bibliotecas de las siguientes entidades localizadas en Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Biblioteca Nacional, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, Biblioteca del Congreso Nacional, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y Universidad Austral, con cuyas fuentes trabajó.

2 En adelante se designará al "estado de cesación de pagos" por sus siglas ECP.

lo sistemático, las teorías aplicables, las cuestiones éticas y económicas que se plantean, las consecuencias prácticas y su vinculación con el derecho vigente en la actualidad. De este modo se intenta seguir las líneas directrices de las modernas tendencias europeas sobre el perfil práctico del historiador del derecho, en este caso, desde el derecho dogmático, al que pertenece el autor³.

La tesis fundamental de este trabajo consiste en afirmar la pertinencia y legitimidad científica de la *tesis amplia* respecto del ECP y sus consecuencias. A lo largo de este estudio se han puesto de resalto otras consecuencias derivadas de esta *teoría amplia*, que forman parte de los principios aplicables a esta doctrina del ECP en orden a una correcta interpretación de los textos legales *de lege lata* y *de lege ferenda* en la Argentina. Esta teoría ensambla bien las cuestiones jurídicas, éticas y económicas inherentes a la insolvencia, con apoyo en el derecho comparado europeo y americano y también en el derecho histórico sobre el ECP. Estos análisis pueden ser útiles para la doctrina de otros países, especialmente dentro de la órbita del derecho continental europeo.

1. Importancia del tema estudiado

La importancia del tema estudiado radica nada más y nada menos en que es el concepto basilar o fundante de todo el sistema jurídico concursal –no sólo del nacional sino también de los extranjeros–, en virtud del cual, una vez verificada su existencia, desencadena todas las consecuencias de derecho sustancial y procesal que exorbitan todo el derecho privado regulador de las situaciones “*in bonis*” del deudor, esto es, respecto de las obligaciones, contratos, derechos reales, privilegios, nulidades, inoponibilidades, actos

3 Cfr. Paolo Grossi, El punto y la línea (Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo), lección magistral con ocasión de la recepción del Doctorado *honoris causa* de la Universidad de Sevilla (1998) en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México DF, nº 6, 2000, ps. 149-164, cuya opinión sobre la necesaria consideración metodológica interdisciplinaria entre el historiador del derecho y el dogmático o especialista en derecho positivo son plenamente compartidas. Pueden verse otras consideraciones metodológicas en Paolo Grossi, La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamiento metodológico, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè Editore, Milano, Vol. 32, 2003, 25-53; *idem*, Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi, *Rivista di storia del diritto italiano*, LXX (1997). Sobre la “primacía y creatividad de la praxis” en contraposición a la “primacía de la ley”, puede verse *idem*, Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè Editore, Milano, Vol. 30, Tomo I, 2001, 493-507; y también, del mismo autor, *Mitología jurídica de la modernidad*, Ed. Trotta, Madrid, 2003: a mi modo de ver, en los autores argentinos adscriptos a la denominada “tesis amplia” sobre el ECP, puede verse una coincidencia con esta postura, que va más allá de la exégesis de los textos legales históricamente en vigor. También sobre la necesidad del diálogo interdisciplinario entre el historiador del derecho y el jurista dogmático puede verse Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, Vol. XVIII, 2006, ps. 463-485, especialmente ps. 467, 471, 473 y 480. Me han sido muy útiles las consideraciones metodológicas expuestas por José María Díaz Couselo, Las ideas de Ricardo Zorraquín Becú sobre la historia del derecho, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº 28, 2000, ps. 39-75.

Debe destacarse que el autor de este trabajo no es historiador del derecho sino especialista en derecho comercial, pero que está atento a las bondades de la historia del derecho y sus consideraciones metodológicas. Este diálogo entre historiadores y especialistas puede ser de gran utilidad. Como se verá respecto del ECP, las realidades actuales hunden sus raíces en el derecho histórico y comparado y las perspectivas futuras están vivificadas por las preexistentes soluciones en lo que se refiere a ese concepto.

revocables, responsabilidad civil o patrimonial y la responsabilidad penal, etc., como asimismo la general situación patrimonial y personal del deudor. Especialmente importante es la relación entre el concepto del ECP y las consecuencias del estado de quiebra sobre los actos realizados por el deudor durante el *período de sospecha* concursal, esto es su nulidad, anulabilidad, inoponibilidad o revocación respecto de terceros.

Más detalladamente los principios del concepto de ECP, correctamente enfocados, impactan notoriamente en los siguientes temas o tópicos del derecho concursal, a saber: la unificación de los procesos concursales comerciales para comerciantes y no comerciantes; la crisis en la concepción de los actos de comercio como determinante de la materia comercial; las distintas formas adoptadas por el principio de la protección del crédito; las distintas funciones del juez del concurso, sus características y sus límites, especialmente en los momentos trascendentes, tales como la homologación de la propuesta aceptada por los acreedores, la resolución de la verificación de los créditos, la continuación de la explotación empresarial y la extensión de la quiebra; la permanente dicotomía entre lo público y lo privado respecto de los intereses jurídico-económicos del deudor y sus acreedores y sus respectivas manifestaciones en los textos legislativos y fuera de ellos, especialmente en la doctrina; el contraste entre el concepto de ECP y otros conceptos análogos -pero no idénticos- como el de "*crisis*" y "*dificultad temporaria*"; las consecuencias o efectos sustanciales y procesales de la apertura concursal, tanto la preventiva como la liquidativa; la justificación y régimen de acuerdos preventivos extrajudiciales; los presupuestos objetivos y subjetivos de la declaración de la quiebra directa e indirecta; el régimen de calificación de la conducta concursal del deudor; el régimen de las obligaciones contractuales y extracontractuales y de los privilegios; el régimen del llamado "*período de sospecha*" anterior al decreto de quiebra y sus consecuencias respecto de la nulidad, anulabilidad, revocación o inoponibilidad de actos realizados por el deudor en ese lapso; la determinación de la fecha inicial del *período de sospecha*; la posibilidad de aplicar sanciones penales derivadas de delitos relacionados con la "insolvencia" del deudor; y, finalmente, la determinación de las causas del ECP y sus múltiples consecuencias jurídicas concursales.

Pero este enfoque no se limitará al estudio de la evolución del derecho positivo legislado en la época sobre el ECP, sino también al estudio de la evolución de la jurisprudencia, de la doctrina y de la valoración de esta cuestión de acuerdo a los criterios de justicia imperantes en la época. De especial importancia será también el estudio de la vinculación entre el derecho positivo histórico y los principios éticos propios de la material concursal, en cada caso, en un afán superador de las limitaciones de los enfoques jurídicos meramente positivos.

Finalmente es pertinente, trascendente y provechoso el estudio del ECP durante el período 1901-1945 por cuanto en él se consolidó su doctrina y su acabada sistematización en la formulación de las respectivas teorías, lo que se vio receptado en mayor o menor medida primero en los textos legislativos de 1862 y 1889 y luego en los textos legislativos de 1902 y 1933 y en la jurisprudencia de épocas subsiguientes. Más aún, esa creciente consolidación doctrinaria y jurisprudencial se perpetúa hasta nuestros días, pues los principios a los que se arribó en el período mencionado gozan actualmente de plena vigencia y han sido adoptados

también en los textos legislativos argentinos de 1972, 1983, 1994 y posteriores, que en nada alteraron dichos principios. Sobre la cuestión del ECP todo se consiguió en la primera mitad del siglo XX en la Argentina.

2. Normativa aplicable anterior a 1902.

En una breve referencia histórica mencionaremos los antecedentes positivos de la legislación concursal argentina para el período estudiado⁴.

Durante la existencia del Virreinato del Río de la Plata se aplicaron en la materia concursal las *Ordenanzas de Bilbao*, publicadas y mandadas ejecutar por cédula del 2 de diciembre de 1737, en lo que hoy constituye el territorio de la República Argentina⁵. Su aplicación estaba a cargo del *Tribunal del Consulado*, creado en 1793 e instalado el 2 de junio de 1794 como tribunal especializado en derecho comercial. Esta normativa tenía un carácter preponderantemente penal más que civil o comercial.

Las *Ordenanzas de Bilbao* fueron las primeras normas comerciales que rigieron en la Argentina, con una interrupción legislativa desde 1836 hasta 1858⁶. Las Ordenanzas de Bilbao dejaron de aplicarse totalmente al ser promulgada la ley del 10 de septiembre de 1862, que declaró en vigencia en todo el territorio nacional el Código de Comercio de 1859, elaborado por los juristas Dalmacio Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo para la Provincia de Buenos Aires⁷. En este código se mantuvo la estrecha relación entre la quiebra y el delito de quiebra y la correspondiente orden de inmediata detención del deudor por causa de quiebra y la presunción de fraude que todo juicio de quiebra llevaba consigo⁸. El 26 de junio de 1872 nuestro país dictó la ley 514 suprimiendo la prisión por deudas, excepto en los casos en que se declarase en quiebra al deudor.

4 Cfr., para todo este tema, entre otros, García Martínez, Roberto / Fernández Madrid, Juan Carlos, *Concursos y Quiebras*, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1976, Tomo I, ps. 121 y ss. Estos autores realizan un interesante estudio de cada institución concursal, conforme los textos de las leyes de 1902, 1933 y 1972, al comentar exegéticamente los respectivos textos. Para la historia del derecho concursal universal y argentino es muy útil la obra de Osvaldo J. Maffia / María Ofelia B. de Maffia, *Legislación concursal, Introducción histórico-crítica*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1979, ps. 71-99.

5 Las *Ordenanzas de Bilbao* -que regulaban el tema de la quiebra en los 56 artículos del capítulo XVII bajo el título "*De los atrasos, fallidos, quebrados o alzados, sus clases y modo de proceder en sus quiebras*"- rigieron en el actual territorio argentino hasta 1862, con la entrada en vigor del Código de Comercio.

6 Rosas dictó el 29 de marzo de 1836 un decreto aboliendo todo juicio universal o concursal, que estuvo vigente hasta el 24 de marzo de 1858, fecha de otro decreto del gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Valentín Alsina, que lo revocó. Puede verse su texto en Fernández, Raymundo L. *Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra*. Buenos Aires, 1937, n° 178, n. 75, obra que será citada en adelante como Fernández, *Tratado ...*, cit. Puede verse asimismo un comentario a esta norma de Abelardo Levaggi, El supremo decreto de Rosas del 29 de marzo de 1836 sobre Esperas y Quita, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, 1980, ps. 57 y ss.

7 En el año 1856, encontrándose separada la Provincia de Buenos Aires de la Confederación Argentina, el gobernador de aquélla, doctor Valentín Alsina había encomendado a los juristas Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo la elaboración de un proyecto de Código de Comercio, que fue presentado al gobierno con fecha 18 de abril de 1857 y aprobado en 1859.

8 Cfr. García Martínez / Fernández Madrid, *op. cit.* en la n. 4, Tomo I, p. 125.

Durante la década 1890-1900 se presentaron varios proyectos de reformas. Respecto de la situación anterior a 1902 cabe decir que después de la caída del Presidente Juárez Celman (1886-1890) hubo que revisar la legislación comercial, especialmente en materia concursal. Se empezó por el régimen de moratorias, modificándose el art. 1592 del Código de Comercio, que no permitía la prórroga de aquéllas. Luego de esa modificación se estableció la posibilidad de prórroga por dos veces consecutivas, mediante la ley 2.889. La moratoria –como en otros países– terminó fracasando en la Argentina.

3. Aspectos generales de la ley concursal nº 4.156 de 1902

La ley de 1902 fue fruto principalmente de una comisión de legisladores integrada por Carlos Pellegrini, Manuel F. Mantilla y Dámaso E. Palacio, que elaboró un proyecto de ley de quieras que con algunas modificaciones fue sancionado y registrado con el número 4.156 el 30 de diciembre de 1902. Esta ley introdujo el concordato preventivo y la adjudicación de bienes como soluciones preventivas de la falencia, soluciones que dejaron de ser resolutorias de ésta, como lo habían sido en el Código de Comercio de 1889. El concordato preventivo fue estructurado siguiendo los proyectos de Leone Bolaffio y de la Comisión General italiana y las inspiraciones de la ley de quiebras inglesa de 1869, que hacía casi veinte años que había sido derogada, por deficiencias técnicas, al sancionarse la *Bankruptcy Act* de 1883⁹.

Las moratorias, que tan malos resultados habían dado, quedaron suprimidas. Se suprimió también el carácter oficial y de control judicial del juicio de quiebra y se implantó el –aparentemente fracasado sistema inglés de 1869– régimen de la autonomía o del voluntarismo de los acreedores al deferir al voto de la mayoría de éstos las soluciones más importantes de aquél¹⁰. Las otras dos características principales de la ley de 1902 fueron la incorporación del concordato preventivo y la adjudicación de bienes como soluciones preliminares de la falencia¹¹.

4. Problemas creados por la ley de 1902.

La principal crítica a esta ley fue la clandestinidad en las relaciones del deudor con sus acreedores, lo que provocaba abusos patrimoniales y fraudes. Sin embargo, a pesar de los fraudes que se cometían al amparo del sistema de la ley 4.156 ésta estuvo en vigencia durante 30 años. En verdad a los comerciantes no les importaba su fracaso comercial, porque cuando éstos caían en estado de insolvencia no se veían expuestos a sufrir el tratamiento vejatorio de que eran objeto con las leyes de 1862 y 1889: arresto y proceso criminal

9 Cfr. *idem*, p. 133.

10 *Ibidem*. Ese fracaso –según estos autores– se basa en la indiferencia de la mayoría de los acreedores en preocuparse de la suerte del deudor, los abusos de los síndicos nombrados por aquéllos, la unificación del voto de los acreedores en pocas personas o en una única, la connivencia de los empresarios de quiebra –usualmente uno de los acreedores– con el deudor en perjuicio del resto de los acreedores, el autonombamiento del síndico concursal por uno de los acreedores y del nombramiento del comité de vigilancia y la fijación de sus propios honorarios en su carácter de síndico.

11 Cfr. sobre esto la opinión, entre otros, de Héctor Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1982, Vol. I, p. 7, nota 7.

inmediato, desapoderamiento, interdicciones automáticas, etc. El concordato preventivo y la adjudicación de bienes no sólo evitaban la declaración de quiebra del insolvente sino que éste podía salvar, en muchos casos, algo del desastre, mediante las maniobras que llevaba a cabo el "empresario de quiebras" de que se valía cuando se encontraba en esa situación. Los empresarios de quiebras proliferaban en los tribunales de comercio y enseñaban, impunemente, a los comerciantes deshonestos, el arte de saber organizar su insolvencia para defraudar a sus acreedores y burlar la justicia. Como señalaba Castillo los comerciantes pensaban que lo saludable de la ley estaba en la benignidad con que consideraba a los deudores de buena fe y lo malo de ella, en la facultad que confería a los acreedores para juzgar a los deudores de mala fe y para resolver las contiendas sobre la legitimidad de los créditos y los privilegios¹².

Otros autores mencionan las siguientes características negativas de esta ley, a saber: a) las juntas de acreedores eran constituidas en el escritorio de los intermediarios, en consideración a las soluciones discutidas y aceptadas privadamente y se iba a los tribunales tan sólo para revestir el acto de las formas legales; b) los acreedores con mayores intereses comprometidos tomaban, por lo general, la iniciativa en estos procedimientos, lo que era aprovechado por los que se proponían obtener ventajas que mejoraran su situación, bajo la amenaza de quiebra, trabándose de esta forma una lucha de intereses encontrados que no podía tener solución aceptable en la junta reglamentada por la ley¹³. Como crítica general y en una palabra podemos resumir la característica de la *clandestinidad* en el proceso concursal de la ley de 1902¹⁴.

5. Proyectos de reformas posteriores a 1902.

A partir de 1908 y hasta 1932 se presentaron a la consideración del Poder Legislativo nueve proyectos de reforma. Merece especial comentario el proyecto de ley nacional de bancarrotas de los doctores Juan Carlos Cruz y Félix Martín y Herrera, del año 1916, el cual, aunque de origen extraparlamentario, tuvo favorable acogida¹⁵.

También son dignas de mención las propuestas de la *Comisión Especial Reformadora* de 1924¹⁶. El afán moralizador de los concursos está patente en estos proyectos.

12 Cfr. García Martínez, / Fernández Madrid, *op. cit.* en la n. 4, Tomo I, p. 134.

13 Cfr. Ramón S. Castillo, *La quiebra en el derecho argentino*, Buenos Aires, 1940, Tomo I, p. 32; Enrique Ruiz Guiñazú, *La quiebra en el derecho comercial argentino*, Ed. América Unida, Buenos Aires, 4º ed., 1926, p. 29; Héctor Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1982, Vol. I, p. 8.

14 García Martínez y Fernández Madrid, en *idem*, p. 134, traen a colación el fracaso de la *Bankruptcy Act* inglesa de 1869, que fue, al parecer, la que inspiró el marcado carácter privatístico de la ley de 1902, especialmente respecto de las malas consecuencias derivadas de la clandestinidad de las negociaciones entre los acreedores, el deudor y los "empresarios de quiebras" que ya hemos mencionado.

15 Cfr. García Martínez, / Fernández Madrid, *op. cit.* en la n. 4, Tomo I, p. 136-137. Puede verse un texto del proyecto en Félix Martín y Herrera, *Estudios sobre la legislación de quiebra*, Buenos Aires, 1917, ps. 123 y ss. y en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1916.

16 Cfr. García Martínez, / Fernández Madrid, *op. cit.* en la n. 4, Tomo I, ps. 135-136. La principal falla de la ley de 1902 está sintetizada por el texto de la *Comisión Especial Reformadora* de 1924, formada por José Antonio Amuchástegui, Ezequiel S. de Olano, Rodolfo Moreno (h), Miguel J. Culaciati y José Hipólito Lencinas en el siguiente texto: "El mal

Esta referencia a la ley concursal inglesa de 1869 fue también traída a colación por el diputado Carlos G. Colombres en ocasión de presentar y fundar un proyecto de resolución legislativa el 12 de agosto de 1932 en la Cámara de Diputados, propugnando la reforma de la ley concursal de 1902. En su discurso el diputado puso de resalto la derogación de que había sido objeto la *Bankruptcy Act* inglesa de 1869 por la ley concursal de 1883, a fin de superar tal clandestinidad, que heredó la ley concursal argentina de 1902 y que constituyó a esta ley en prematuramente anticuada, al trasplantar una ley ya obsoleta en el propio país de origen, Inglaterra¹⁷.

El diputado Carlos G. Colombres en ese discurso mencionó también otras iniciativas necesarias para mejorar el sistema concursal hasta entonces vigente, que había consagrado el principio del voluntarismo de los acreedores sin distinguir los intereses legítimos de los ilegítimos¹⁸.

El 24 de septiembre de 1932 el Senado aprobó el despacho y fueron designados los senadores Castillo, Sánchez Sorondo y Laurecena para integrar la comisión parlamentaria. A su vez la Cámara de Diputados designó a los miembros Carlos G. Colombres, Bernardo Sierra, Juan P. Pressacco, Adolfo A. Vicchi y Luis A. Ahumada. Castillo fue designado presidente de la Comisión bicameral y Sierra su secretario. Castillo presentó su proyecto y se lo dio a publicidad, y luego de 23 reuniones formuló su proyecto definitivo, lo que originó el texto legal de la ley 11.719 de 1933.

6. Aspectos generales de la ley concursal n° 11.719 de 1933

Del principio del voluntarismo o autonomía absoluta de los acreedores y del deudor establecido por la ley de 1902 se imprimió un giro copernicano, retornándose hacia una protección tutelar del Estado conforme los Códigos de Comercio de 1862 y 1889 y oficializándose el proceso concursal, con lo que lo publicístico predominó sobre lo privatístico. Esto fue un intento de poner orden, regularidad y sometimiento a la autoridad judicial, lo que se logró en gran medida¹⁹.

está en haber retirado a los jueces y en haber dado a los acreedores el poder de verificar créditos sin el necesario control judicial. La Comisión ha dado a este punto la mayor trascendencia, considerándolo el eje principal en que se mueve todo el engranaje del juicio y a solucionarlo acertadamente tiende la mayor parte de las disposiciones del proyecto”, citado en idem, p. 135.

17 Cfr. García Martínez, / Fernández Madrid, *op. cit.* en n. 4, Tomo I, ps. 137-138. Esta política comparatista del legislador argentino fue contraproducente y enseña no sólo que no todo trasplante es bueno sino que previamente debe ser evaluado el texto a trasplantar; y, por otra parte, que puede ser peor trasplantar una ley ya devenida obsoleta en el país de origen que no hacerlo. De ahí la necesidad de contar con fuentes de información completas y acabadas en lo que se refiere al derecho comparado, especialmente en los países con bibliotecas menos dotadas y también la necesidad de un concienzudo estudio de cada caso en particular. Asimismo este ejemplo es un exponente claro de la necesidad del método histórico para hacer derecho comparado, conforme lo sostenido, entre otros, por ejemplo, por Helmut Coing en *Las tareas del historiador del derecho, (reflexiones metodológicas)*, traducción de Antonio Merchán Álvarez, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, ps. 90-94.

18 Cfr. discurso del 12 de agosto de 1932, transcripto en García Martínez, / Fernández Madrid, *op. cit.* en n. 4, Tomo I, p. 138.

19 Sobre el éxito de la reforma de 1933 puede verse la exposición de motivos del proyecto del Poder Ejecutivo de 1936, en *Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 1936-II*, p. 37. Este sistema estuvo en vigor casi 40 años,

7. Valoración de la ley concursal de 1933

Algunos autores sostuvieron críticas para mejorar el sistema de 1933, tales como por ejemplo Yadarola²⁰, quien destacó la intrascendencia de la ampliación del ámbito legal a los no comerciantes inscritos, el confuso concepto de la cesación de pagos y tolerancia de concordatos irrisorios. Otros autores, como por ejemplo Cámara, criticaron las excesivas demoras en la liquidación; el fenecimiento del trámite inconcluso; la ausencia de equilibrio entre el interés de los acreedores y el de la economía en general y la ineficacia de los liquidadores que sólo aceptan el cargo²¹. Otras críticas fueron recogidas en una resolución de la VIII Convención Nacional de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas del año 1965 y algunos autores llegaron a redactar anteproyectos de reformas en 1967²².

8. Los Congresos de Derecho Comercial

Es importante mencionar el Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial, reunido en 1940 en la ciudad de Buenos Aires, que impulsó la revisión de la ley de quiebras al tratar el octavo tema cuyos debates y conclusiones fueron muy importantes por la jerarquía de los participantes y trascendencia en los proyectos posteriores²³. Una de las principales conclusiones de este evento fue la propuesta de unificación de los procesos concursales para todo tipo de deudores comerciales y civiles. El congreso formuló 25 declaraciones como propuestas de reforma del derecho concursal. En lo que se refiere específicamente al ECP sugirió que "debe mantenerse el principio de que la cesación de pagos es el presupuesto al cual se condiciona la procedencia de la quiebra"²⁴.

Asimismo dicho Congreso declaró como base fundamental para una reforma concursal que: "1º. Debe eliminarse del art. 1º de la ley, el concepto doctrinario de 'estado de quiebra', a

hasta la sanción de la ley concursal argentina nº 19.551 de 1972, y tuvo escasas reformas por el decreto 1793/56, la ley 16.587, la ley 18.832 y la ley 19.290. sobre los cambios fundamentales puede verse, entre otros, García Martínez, / Fernández Madrid, *op. cit.* en la n. 4, Tomo I, ps. 142-144. Castillo resume las reformas fundamentales del nuevo régimen en *op. cit.*, Vol. I, p. 45.

20 Cfr. Mauricio L. Yadarola, Algunos aspectos fundamentales de la nueva ley de quiebras, *Revista Crítica de Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1934, T. III, 433 y ss., reproducido en *AAVV. Libro homenaje a Mauricio L. Yadarola*, Córdoba, 1963, Vol. II, p. 115 y ss. Ver también, del mismo autor el artículo titulado "El concepto técnico-científico de cesación de pagos", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 68, sección doctrina, p. 89 y también en *AAVV. Libro homenaje a Mauricio L. Yadarola*, Córdoba, 1963, Vol. II, p. 211 y ss.

21 Cfr. Héctor Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1982, Vol. I, p. 10, nota 14.

22 Cfr. G. Ball Lima, *Anteproyecto de reformas a la ley 11.719*, Buenos Aires, 1967.

23 Los trabajos sobre derecho concursal de Héctor M. Enz, Luis Juárez Echegaray, Jorge S. Castro, Eduardo Cordeiro Alvarez, Agustín N. Matienzo, Francisco Orione, Eduardo F. Maglione, Marcos Satanowsky, Antonio F. Villar y Emiro A. Seghizzi, Mauricio L. Yadarola, Juan J. Britos, Aníbal Pereira Torres y Carlos Juan Varangot están publicados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, *Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1943, Vol. I, ps. 517 a 606. Un ejemplar se encuentra en el *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, de cuya biblioteca se han obtenido las fuentes.

24 Cfr. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, *Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1943, Vol. I, Bases para la reforma de la ley de quiebras, ponencia de Mauricio L. Yadarola, sugerencia 4º, p. 589. Esta no fue una sugerencia de reforma sino la reafirmación del criterio ya vigente, como observa Carlos Malagarriga, *Tratado elemental de derecho comercial*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, vol. IV, p. 35.

fin de descartar la posibilidad de que se entienda legislada en nuestra ley la quiebra virtual. (...) 2º. El incumplimiento como exteriorización de la cesación de pagos para la procedencia de la declaración en quiebra, no debe limitar el criterio judicial en la fijación oportuna de la efectiva cesación de pagos. (...) 14º. La declaración de quiebra debe proceder, sin excepción alguna, en todos los casos en que el deudor recurrió a los tribunales pidiendo la convocatoria de sus acreedores en procura de un concordado preventivo y no obtuvo éxito en esta gestión, sea que no se haga lugar a su pedido, o se le dé por desistido o que por cualquier otra causa no llegue al concordato"²⁵. Como puede verse, los congresistas se enrolaron en una concepción amplia sobre el ECP y concibieron al derecho vigente en 1940 como adscripto a esa concepción, pues propusieron su mantenimiento.

9. Proyectos y normas posteriores a 1933.

A fin de incorporar nuevas propuestas en el sistema concursal argentino posterior a la ley de 1933 se emitieron diversos proyectos de reformas y nuevos textos legislativos: el Proyecto de Ley Nacional de Bancarrotas de 1950, el Proyecto de Ley Nacional de Bancarrotas de 1953 y el anteproyecto de 1969.

Respecto de los textos legislativos sancionados luego de 1933 cabe mencionar los arts. 1, 77, 78 y 79 de la ley concursal n° 19.551 de 1972, la reforma de la ley n° 22.917 de 1983, la ley concursal n° 24.522 de 1995 y las reformas parciales de las leyes n° 25.563 y n° 25.589 de 2002, la ley n° 25.972 de 2004 y la ley n° 26.684 del 1º de junio de 2011. Estas normas continuaron la mejor tradición sobre el concepto amplio del ECP, como habremos de ver *infra*.

SEGUNDA PARTE

Evolución histórica del concepto del “estado de cesación de pagos”.

En este trabajo intentamos alcanzar, –a fin de superar el mero análisis lingüístico o lógico-gramatical de textos legislativos sucesivamente en vigor–, de la mano de los más destacados autores de la materia concursal argentina de la primera mitad del siglo XX, el estudio acabado de la evolución histórica del concepto del ECP y su proyección posterior. Sin duda habrá de ponerse también de relieve la importancia que tuvo la posición de una parte importante –aunque no muy numerosa ni mayoritaria– de esa doctrina en el subsiguiente desarrollo jurídico del concepto y, sin duda, de los efectos que tuvo esa posición respecto de la concepción de las consecuencias jurídicas del mencionado estado.

25 Cfr. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, *Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1943, Vol. II, ps. 83 y 84. Ver también la p. 258. El congresista Castillo votó en disidencia sobre la necesidad de reforma, salvo en dos puntos. Malagarriga, en la obra citada en la nota precedente, en ps. 35-36, hace una serie de reflexiones y consideraciones interesantes sobre el diálogo en este Congreso sobre el punto.

10. El concepto económico y jurídico del ECP

A. El concepto económico

El crédito es un elemento esencial en la economía moderna, sobre todo en la actividad empresarial comercial porque permite, mediante el uso de capitales ajenos en un intervalo de tiempo –usualmente considerado de un año²⁶–, la realización de operaciones en mayor escala que las que puedan realizarse al contado, lo que trae un aumento en el volumen de los negocios, con el consiguiente beneficio individual y del bien común. En su esencia, en lo *personal* el crédito es la confianza que inspira una persona de que cumplirá estrictamente sus compromisos en el modo, lugar y tiempo convenidos. En el crédito llamado *real* el acreedor busca la seguridad en la afectación especial de bienes determinados (hipoteca, prenda, e incluso respecto de bienes embargados en primer lugar por un acreedor). En el crédito *personal* no existe tal afectación, pero el acreedor tiene en cuenta dos factores: a) la capacidad *objetiva* del patrimonio, o sea la disponibilidad de bienes suficientes que realizados en condiciones normales permitirán al deudor el pago oportuno, con independencia de la existencia o no del desequilibrio aritmético entre el activo y el pasivo del deudor; y b) la capacidad *subjetiva* del deudor, sus condiciones personales de honorabilidad, competencia y actividad empresarial, que aseguren la conservación y empleo útil de su patrimonio y la realización de ganancias futuras²⁷. El crédito constituye, pues, un bien indispensable ya que permite al deudor conseguir los bienes determinados para las necesidades de su negocio.

Mientras se mantiene el equilibrio entre los recursos (valores realizables, generalmente en un plazo de un año) del deudor y los compromisos a cumplir, éste se encuentra en estado de solvencia o *in bonis*. Cuando tal equilibrio se rompe, sea por falta de bienes realizables en cantidad suficiente, sea por la pérdida del crédito por parte de los terceros, el deudor cae en *estado de cesación de pagos*, insolvencia²⁸ o estado de quiebra²⁹. Los economistas hablan en este caso de disminución o pérdida del *capital de trabajo*³⁰.

26 Cfr. los conceptos sobre *activo corriente* y *pasivo corriente* y su vinculación con los conceptos de insolvencia, *estado de cesación de pagos* y crisis empresarial de que da cuenta por parte de la ciencia contable, por ejemplo, Pablo van Nieuwenhove, *Insolvencia, cesación de pagos y crisis de la empresa. Soluciones judiciales y extrajudiciales*, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1983, (año 16, nos. 91 a 96), ps. 563-573.

27 Cfr., entre otros, Raymundo L. Fernández, *La cesación de pagos en el derecho argentino y universal*, Buenos Aires, 1939, n.º 7, ps. 25-26. En adelante será citado como Fernández, *La cesación...*, cit.

28 Utilizamos aquí y en este lugar la palabra *insolvencia* como sinónimo de *estado de cesación de pagos*, pero hay que destacar que numerosos autores y legislaciones –especialmente anglosajonas– cuando hablan de insolvencia se refieren al desequilibrio meramente aritmético en virtud del cual el pasivo del deudor es superior al activo. Preferimos usar –como lo hace calificada doctrina argentina– la denominación *estado de cesación de pagos* para referirnos al desequilibrio económico –es decir, el estado en virtud del cual el deudor es impotente para cumplir sus obligaciones de modo estable y generalizado– y usar el término *insolvencia* específicamente para referirnos al desequilibrio meramente aritmético. Así lo hacemos en este trabajo, a menos que digamos otra cosa.

29 Cfr., entre otros, G. Bonelli, *Del fallimento*, 2º ed., Milán, 1923, Vol. I, nos. 2 a 5 y Mauricio Yadarola, *Revista Crítica de Jurisprudencia*, 1934, p. 436.

30 Cfr. Pablo van Nieuwenhove, *op. cit.*, ps. 564-565.

B. El concepto jurídico

Como hemos visto precedentemente, la falencia, económicamente considerada, consiste en la impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones. Esta es la quiebra económica también llamada, impropia, *quiebra de hecho*. Para que tal estado patrimonial produzca efectos jurídicos y legales debe mediar una declaración judicial de quiebra, que transforma la quiebra económica en quiebra de derecho. Si bien esta resolución judicial no crea el estado de quiebra, -que, desde el punto de vista económico es anterior a la misma e incluso su fundamento fáctico-, es indispensable que ella se dicte para que exista la quiebra desde el punto de vista jurídico y legal pues se limita a reconocer y declarar su existencia previa³¹. La mayor parte de los autores rechaza la llamada *quiebra virtual* y los pocos que la admiten lo suelen hacer para referirse a las consecuencias penales de la quiebra económica³².

Cuando un deudor deja de cumplir sus obligaciones el acreedor tiene acción para obtener una sentencia que declare su derecho y para hacerla efectiva sobre los bienes del deudor (mediante principalmente el embargo y la subasta de bienes), acciones que se conocen como *acciones individuales* porque cada uno de los acreedores actúa separada e independientemente de los otros. La acción individual, como medio de ejecución, tiene en mira el incumplimiento y su objeto es compeler al deudor a ejecutar aquello a que se ha obligado: dar, hacer o no hacer.

Cuando la impotencia patrimonial del deudor se revela con carácter *permanente* o estable y *general*, denotando la imposibilidad en que se encuentra el cumplir sus obligaciones, los acreedores pueden limitarse a las acciones individuales o pueden provocar -lo mismo que el deudor- el procedimiento colectivo de quiebra. Ello a fin de que se liquide la totalidad de los bienes del deudor y con su producido se paguen todas las deudas íntegramente si el dinero obtenido alcanza para ello, o, en caso contrario, parcialmente y a prorrata, según las categorías y privilegios, respetando el principio básico de la falencia, es decir, la igualdad entre todos los acreedores o *par conditio creditorum*. Este procedimiento que, aún cuando se inicie a instancia de un acreedor importa una acción colectiva, tiene como presupuesto no el *incumplimiento* de una obligación sino el ECP o estado de insolvencia del deudor³³.

31 Fernández critica a algunos tratadistas franceses de mediados del siglo XIX como Renouard, pues ellos sostienen la posibilidad de la denominada *quiebra virtual*, es decir, aquella quiebra que no necesita de declaración judicial por parte del juez civil o comercial competente. Fernández no la admite, lo que compartimos, porque no puede seguirse ningún efecto de una no declaración judicial del estado de quiebra económica: Fernández, *Tratado...*, cit., nos. 364 y ss.

32 Sobre la *quiebra virtual* o quiebra de hecho o quiebra no declarada puede verse Fernández, *Tratado...*, cit., números 364-431.

33 Fernández explica esta diferencia de concepto entre acciones individuales y acción colectiva como básica para entender todo el proceso concursal y reafirma la distinción entre incumplimiento e insolvencia, lo que fue precisamente el objetivo del proceso concursal que surgió primero en el derecho romano y más detalladamente en el derecho estatutario de las ciudades italianas, trayendo a colación la opinión de Alfredo Rocco, *Il Fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Turín, 1917, n° 2: cfr. Fernández, *La cesación...*, cit., p. 28, nota 7. Luego veremos que esto constituye el núcleo de la llamada tesis materialista.

11. Importancia del concepto del *estado de cesación de pagos*.

Sobre esto algo se ha anunciado en el número 2 de este trabajo, respecto de los tópicos concursales involucrados en el concepto del ECP. La impotencia patrimonial del deudor es la razón de ser del instituto y del procedimiento de quiebra. Sin ella no se concebiría la acción colectiva de concurso, instituida como defensa no contra el incumplimiento de las obligaciones sino contra la insolvencia. Su finalidad es la de liquidar una hacienda o patrimonio endeudado e incapaz de una evolución empresarial normal y beneficiosa para el deudor, los acreedores y le economía general y, al mismo tiempo, asegurar a los acreedores un tratamiento igualitario: *ius parís conditionis creditorum*. Esta aseveración no sólo es basilar de todo el sistema concursal argentino o extranjero comparado, sino fundamental para refutar los errores acerca del concepto de ECP, como ha puesto de relieve la doctrina argentina más calificada de los años treinta del siglo XX, que se hizo eco de numerosas fuentes europeas de mediados y fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, principalmente las italianas, francesas y belgas, además de las alemanas, inglesas y norteamericanas.

Esta doctrina argentina se aparta así de algunos autores italianos y franceses de la época, que se enrolaron en la postura de la identificación del ECP con el incumplimiento de una obligación, como hacen las así llamada *teoría materialista*, y de la *teoría intermedia*, como habremos de ver *infra*.

Asimismo este concepto de cesación de pagos -identificado con el estado patrimonial de impotencia para satisfacer los compromisos de modo estable y generalizado- es fundamental para distinguir ese estado y el desequilibrio meramente aritmético consistente en ser el pasivo del deudor superior al activo³⁴. Ello porque no sólo numerosos autores identifican el ECP con la insolvencia (es decir, con el desequilibrio aritmético), sino porque también existen diversas legislaciones que requieren como presupuesto para la apertura concursal la comprobación del apuntado desequilibrio meramente aritmético, tales como por ejemplo para deudores civiles, personas morales o sucesiones y también para la quiebra comercial³⁵. Así, en muchas ocasiones las legislaciones comparadas adoptaban y aún hoy a veces adoptan el criterio aritmético para los concursos civiles y el criterio económico para los concursos comerciales, como veremos.

Por otra parte este concepto no sólo tiene implicancias respecto de la fundamentación económica de la sentencia de quiebra -como hemos visto- sino también respecto de los presupuestos éticos de posibles abusos que pueden verificarse no sólo por parte del deudor sino también por parte de los acreedores e incluso de terceros, como veremos más adelante.

34 El período de tiempo generalmente considerado para definir el *estado de cesación de pagos* es de un año, si se considera el concepto de activos y pasivos "corrientes". Cfr. al respecto Pablo van Nieuwenhove, *op. cit.*, ps. 564-565. Sin embargo, es menester una mayor profundización sobre la consideración económica de este plazo y de su relación con el ECP.

35 Sobre este temperamento y política legislativa Fernández traía a colación en 1939 los casos de la ley de Hungría, arts. 84; la ley croata, arts. 73 y 219; la ley de enjuiciamientos española respecto del concurso civil, art. 1158; la ley de Chile de 1929 y de Perú de 1932; el art. 692 del Código de Comercio de Portugal de 1888; los arts. 207 a 209 y 215 de la *Konkursordnung* de 1870 y la sección 3^o de la *Bankruptcy Act* de Estados Unidos de 1898: cfr. Fernández, *La cesación...*, *cit.*, p. 32 notas 13 a 15.

Finalmente este concepto es trascendental para la regulación de todos los efectos jurídicos del ECP, principalmente en lo que se refiere a todas las consecuencias de derecho sustancial y procesal que exorbitan todo el derecho privado regulador de las situaciones "in bonis" del deudor, respecto de las obligaciones, contratos, derechos reales, privilegios, nulidades, inoponibilidades, responsabilidad civil o patrimonial y la general situación patrimonial y personal del deudor, etc.

De particular importancia es la concepción que se tenga del ECP respecto de la determinación de la fecha inicial del *período de sospecha* concursal, y del régimen de actos válidos o revocables realizados en ese período. Si se identifica el ECP con los incumplimientos obligacionales no podrá retrotraerse el inicio del período más allá del primer vencimiento de una obligación en mora y no podrá revocarse ningún acto anterior a él. Esto plantea problemas de justicia, por cuanto, por una parte, puede implicar la declaración de quiebra de un sujeto que no se encuentra en situación concursal desde el punto de vista económico –lo que ocurre, por ejemplo, con la llamada *extensión de quiebra*–; y, por otra parte, al no permitir retrotraer la fecha de la cesación de pagos (comienzo del *período de sospecha*) a una época anterior a la del primer vencimiento de una obligación en mora, dificulta y hasta imposibilita la revocación de actos de favor o ficticios, ruinosos o fraudulentos del deudor, altamente perjudiciales para los acreedores, lo que estimula su comisión.

Por el contrario, si se concibe la ECP como un estado de impotencia patrimonial que puede manifestarse no sólo por incumplimientos sino también por otro tipo de actos característicos de ese estado, podrán revocarse actos realizados por el fallido con anterioridad a ese primer incumplimiento por la sola constatación de la fecha en que comenzó el estado económico de la impotencia patrimonial, con mayor flexibilidad y con la evidente mayor moralización del ambiente concursal, muchas veces desacreditado³⁶.

12. Definición del estado de cesación de pagos.

A. Política legislativa comparada

Una de las cuestiones más arduas para el legislador es la de determinar cuándo el deudor se encuentra en estado de quiebra. Al respecto entre las legislaciones de la primera mitad del siglo XX hay grandes diferencias: algunas leyes se refieren a la imposibilidad de pagar, otras a la insolvencia y las más a la *cesación de pagos*. Algunas de ellas exigen para los deudores civiles la insuficiencia del activo con relación al pasivo. En algunos países la quiebra es un instituto común para civiles y comerciantes; en otros, la mayoría, sólo para los comerciantes. Finalmente no faltan los que, sin equipararlos, legislan la quiebra para

36 Esto ocurre particularmente cuando el fallido constituye nuevas garantías reales a favor de nuevos acreedores o de acreedores anteriores que no las tenían –exigidas en muchas ocasiones por las entidades bancarias–, que consiguientemente tornan ilusorio el derecho de los acreedores quirografarios, en perjuicio de la igualdad de los restantes acreedores. En tales casos es difícil, prácticamente, que prospere la acción revocatoria del código civil (*acción pauliana*), única factible en tales supuestos, por lo que el síndico y los acreedores se ven obligados a aceptar tal estado de cosas, con lo que el dividendo que obtienen resulta irrisorio y el descrédito rodea a la ley de quiebras. Cfr. la opinión de, por ejemplo, Fernández, *La cesación ...*, cit. n.º. 5, p. 23, n. 3.

los comerciantes y el concurso civil para el resto, semejante a ésta, pero con importantes diferencias para los no comerciantes. Se han sistematizado las normas comparadas vigentes hasta 1937 de acuerdo al siguiente esquema, a saber³⁷:

- a) Países que sólo reconocen la quiebra comercial y generalmente designan al estado de falencia como *cesación de pagos*: Código de Comercio de Francia (art. 437), Código de Comercio de Bélgica (art. 437), Código de Comercio de Italia (art. 683). En Portugal se denomina *imposibilidad de pagar*.
- b) Países que legislan el procedimiento concursal para los comerciantes en el Código de Comercio y otro proceso concursal para los sujetos civiles en los Códigos Procesales, como por ejemplo España (allí se legislaba el concurso civil y las cuestiones de procedimiento incluso para comerciantes en la ley de enjuiciamiento civil, arts. 1130 a 1317), Argentina (se regulaba el concurso civil en los Códigos Procesales de la Capital Federal y de cada Provincia, con las salvedades de la ley concursal de 1933, que intentó extender el instituto de la quiebra a los no comerciantes como un primer paso hacia la adopción de la quiebra común para comerciantes y civiles, aspiración de la doctrina nacional) y otros países hispanoamericanos. En algunos casos, cuando las normas regulan el concurso civil, exigen no ya un ECP sino la insolvencia, en el sentido de desequilibrio aritmético en virtud del cual el pasivo del deudor supera al activo.
- c) Países que han adoptado la quiebra común para civiles y comerciantes, legislándola en conjunto. Este criterio tiene tres alternativas:
 1. Para los sujetos civiles se exige el desequilibrio entre el activo y el pasivo exteriorizado por los hechos que la ley determina. Para los sujetos comerciantes se exige el ECP³⁸.
 2. Fórmula general y doctrinaria única sobre lo que debe entenderse por imposibilidad de pagar (a veces designada con la voz "insolvencia") y cesación de pagos, dejando librada al criterio judicial la determinación de cuándo debe considerarse en tal estado al deudor, para lo cual el juez tendrá necesariamente en cuenta su calidad de civil o de comerciante³⁹. Sin embargo, tratándose de personas morales y sucesiones se atienden al desequilibrio aritmético⁴⁰.

37 Cfr. el panorama que describe Fernández, *La cesación ... cit.*, nº 22, ps. 35-36 respecto de las legislaciones anteriores a 1937 de Francia, Bélgica, Italia, España, Argentina, Alemania, Austria, México, Suecia, Inglaterra, Estados Unidos, Portugal y la antigua Yugoslavia.

38 Cfr., por ejemplo, Suecia, ley de 13 de mayo de 1921; Noruega, ley de 6 de mayo de 1899; Dinamarca, ley de 29 de marzo de 1872, Chile, ley de quiebras nº 4558 del 4 de febrero de 1929, modificado por decreto del 23 de junio de 1931.

39 Cfr. Alemania, *Konkursordnung* de 1877 reformada en 1898, art. 102, que reprodujo el art. 94 de la *Konkursordnung* de 1877; Austria, ley de 1914, art. 68; ley de Yugoslavia de 1929, art. 67, inc. 1; Holanda, ley de quiebra del 30 de septiembre de 1893, art. 1.

40 Cfr. Alemania, *Konkursordnung* de 1898, arts. 207 a 209 y 215; Austria, ley de 1914, art. 69; ley de Yugoslavia de 1929, art. 68.

3. Enumeración de los diversos actos que hacen procedente la quiebra y que generalmente son iguales para civiles y comerciantes, usualmente denominados en el derecho anglosajón "*acts of bankruptcy*", los que en realidad pueden considerarse comprendidos en el concepto amplio de cesación de pagos, como en el caso paradigmático de Inglaterra⁴¹ y Estados Unidos (art. 3 de la *Bankruptcy Act* de 1898)⁴², el código de comercio portugués de 1888 (art. 692) y el código de comercio mexicano de 1890 (arts. 945 a 1037 (normas sustanciales) y arts. 1415 a 1500 (normas procesales)) que adoptan el desequilibrio aritmético.

B. Conveniente política legislativa.

Para autores como, por ejemplo, Fernández, el mejor sistema es el de establecer como fórmula general de la quiebra común a civiles y comerciantes, la imposibilidad de pagar o insolvencia o cesación de pagos, dejando librada a los jueces la apreciación en cada caso de los hechos reveladores de tal estado de impotencia patrimonial⁴³.

Este sistema no importa equiparar en absoluto a los comerciantes y a los no comerciantes, sino que es compatible con tal discriminación y aún más, ya que el juez debe considerar el distinto *modus operandi* que tienen los comerciantes respecto de los no comerciantes –especialmente en lo que se refiere a la adquisición de crédito para evolución comercial ordinaria– y proceder a la constatación del estado de insolvencia para cada uno de ellos. La tendencia legislativa de principios y mediados del siglo XX era la de establecer la quiebra común para civiles y comerciantes sin distingos expresos o bien estableciendo expresamente algunas diferencias en cuanto a la revelación del estado de insolvencia, revocabilidad de los actos del fallido, etc.⁴⁴. Para esta opinión el requisito del desequilibrio meramente aritmético –activo menor que el pasivo del deudor– para declarar la quiebra del deudor es innecesario, inadecuado e inconveniente⁴⁵.

41 Cfr. la *Bankruptcy Act* 1883, reemplazada por la ley concursal de 1914 y modificada por la ley de 1926. El art. 4 de la primera no fue mayormente alterado, figurando en la última compilación como art. 1°.

42 Sobre las características generales del sistema de Estados Unidos de 1898 véase Fernández, *La cesación...*, cit. p. 32-33, nota 15.

43 Cfr. Fernández, *La cesación...*, cit., p. 43. Este es el sistema de, por ejemplo, la antigua ley alemana (arts. 207 a 209 y 215 de la *Konkursordnung* de 1877 con las reformas de 1898), la austríaca (art. 68 de la ley de 1914) y (de la antigua) Yugoslavia (art. 67 inc. 1 de la ley de 1929).

44 Cfr. Fernández, *La cesación ... cit.*, n° 26, p. 43. Concuerda con este autor U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1934, Vol. I, n° 39, nota 2.

45 Cfr. para Argentina la argumentación que desarrolla Raymundo L. Fernández, *La cesación...*, cit., nos. 33 a 35, ps. 49 a 53. También cfr. entre muchos otros, L. Segovia, *Explicación y crítica de la ley de quiebras*, Buenos Aires, 1928, vol. III, n° 4434; M. Obarrio, *Estudio sobre las quiebras*, ed. Anotada por Carlos Malagarriga, Buenos Aires, 1926, vol. I, n° 1; E. Ruiz Guñazú, *La quiebra en el derecho comercial argentino*, 4° ed., Buenos Aires, 1926, p. 202; J. E. Mayorga, *Breve contribución al estudio de las quiebras*, Tesis, Córdoba, 1909, p. 24; M. F. Armengol, *Fundamentos y crítica de la ley de quiebras*, 2° ed., Buenos Aires, 1914, p. 247; Félix Martín y Herrera (h), *La convocación de acreedores y la quiebra en el derecho argentino*, Buenos Aires, 2° parte, 1° ed., Buenos Aires, 1923, II, n° 187; Francisco García Martínez, *La convocación de acreedores y la quiebra*, Buenos Aires, 1934, n° 2 (y su obra posterior de 1953); A. S. Carranza, *La nueva ley argentina de quiebras*, 2° ed., Buenos Aires, 1937, I, p. 23; F. Orione, *Exposición y crítica de la ley de quiebras. La convocación de acreedores*, Buenos Aires, 1934, n° 1; Salvat, *Tratado de derecho civil argentino, Parte General*, Buenos Aires, 1914, n° 1517; Mauricio Yadarola, *Revista Crítica*

Comparto esta opinión por cuanto: a) El ECP desde el punto de económico – sus causas, sus manifestaciones y su definición– permanece idéntico para todo tipo de deudores, sean civiles o comerciantes, individuos o sociedades. b) Nada obsta a considerar las peculiaridades económico-financieras distintas para los comerciantes y para los no comerciantes y realizar las discriminaciones que correspondan a los efectos de comprobar judicialmente la existencia o no del ECP⁴⁶. c) Es más conveniente no exigir como presupuesto necesario y suficiente el desequilibrio meramente aritmético para el caso de los deudores civiles, porque, aun en el caso de que pudiera existir ese desequilibrio exclusivamente aritmético, tales deudores pueden no encontrarse en *ECP*, concepto económico-financiero independiente del anterior.

Sobre la primacía del concepto *económico* del ECP por sobre el mero desequilibrio *aritmético* existe nutrida doctrina en la primera mitad del siglo XX sobre la cuestión⁴⁷.

C. Evolución histórica del concepto del ECP.

Desde el derecho romano, pasando por el derecho estatutario medieval hasta el derecho moderno, se ha pasado de un enfoque basado en el incumplimiento de una obligación hasta el moderno concepto de *ECP*⁴⁸.

En la primera codificación del derecho comercial, el código francés de 1807 dispuso en el art. 441 que la época de la apertura de la quiebra "*es fijada sea por el retiro del deudor, sea por la clausura de sus almacenes, sea por la fecha de cualquier acto que constate la negativa de cumplir o de pagar los compromisos comerciales*", enumeración cuya aparente precisión quedaba destruida por la parte final: "*todos los actos premencionados no acreditarán sin embargo la apertura de la quiebra sino cuando haya cesación de pagos o declaración del fallido*". La jurisprudencia, después de muchas vacilaciones, terminó por considerarla no taxativa o, lo que es igual, que el estado de quiebra podía revelarse por otros hechos⁴⁹. En cuanto a la ley francesa de 1838, (art. 437) que modificó el código de 1807 y que ha inspirado casi la totalidad de la legislación posterior sobre la materia, suprimió toda enumeración

de Jurisprudencia, 1934, 436. En cuanto a la jurisprudencia argentina de acuerdo con esta posición puede verse, entre otros fallos: Cam. Nac. Com. 8 marzo 1917 en Gaceta del Foro 43, 331; 11 de agosto de 1922, Gaceta del Foro 40, 143 y *Jurisprudencia Argentina* 9, 309; 19 de agosto de 1925, JA 17, 253; 28 de abril de 1926, JA 19, 1016; Cam. Nac. Civ. 2º, 20 de julio 1932, JA 38, 1139; S.C. Tucumán, 17 de julio de 1933, JA 42, 1246.

46 Esta es una cuestión que habrá que estudiar en el futuro, ya que, al parecer reviste características distintas para comerciantes y no comerciantes. No hemos encontrado fuentes sobre este tema en la Argentina, salvo una referencia *obiter dicta* en Fernández, *La cesación ...*, cit. n° 8, p. 26.

47 Cfr., entre otros, Yadarola, *Revista Crítica de Jurisprudencia*, 1934, 436; G. Bonelli, *Del fallimento*, 2º ed. Milán, 1923, vol. I, nos. 2, 4, 5 y 36 (los autores argentinos atribuyen la paternidad de la tesis amplia a Bonelli: cfr., por ejemplo Adolfo A. N. Rouillón, *Régimen de concursos y quiebras*, Astrea, Buenos Aires, 13º ed., 2004, ps 42-52 para el tema del ECP y la p. 45 para esta afirmación); F. Martín y Herrera, *La convocación de acreedores y la quiebra en el derecho argentino*, Buenos Aires, 2º parte, 1923, vol. II, n° 187.

48 Cfr. la evolución en Fernández, en *La cesación ... cit*, ps. 57-62. En el *Costituto* de Siena de 1262 aparece por primera vez la palabra "*cesante*" para designar al comerciante en estado de quiebra, término que después fue usado por otros estatutos como el de Florencia de 1415 y que dio origen a la fórmula moderna: "*cesación de pagos*". Pueden consultarse ambos textos en Fernández, *Tratado...*, cit., n° 106, n. 21 y 22. La Ordenanza francesa de 1673, título XI, art. 1º ya hablaba de dicho *estado de cesación de pagos*

49 Cfr. la jurisprudencia francesa en Fernández, *Tratado... cit.*, n° 108, n. 30.

y adoptó la fórmula doctrinaria general "*cesación de pagos*", para determinar el estado de quiebra, dejando librada a los jueces, en forma amplia, la apreciación de los hechos reveladores del mismo⁵⁰.

D. El estado de cesación de pagos y los "actos de quiebra"

Estrechamente relacionado con el concepto del ECP son sus manifestaciones. Por ende la posición que se adopte sobre ese concepto influirá decisivamente sobre el régimen de las manifestaciones de ese estado económico-jurídico. En este acápite se estudia las distintas posturas sobre el tema de la doctrina y la legislación comparada.

En la primera mitad del siglo XX y prescindiendo del concurso civil, las leyes concursales de esa época pueden clasificarse en dos grandes grupos:

1. Las que enumeran los actos que hacen procedente la declaración de quiebra, denominados "*actos de quiebra*" (por ejemplo Inglaterra, Estados Unidos, Suecia, Brasil, México, etc.⁵¹).
2. Las que han adoptado una fórmula doctrinaria y general, comprensiva de todos los actos y circunstancias demostrativas de la impotencia del deudor para hacer frente a sus compromisos, dejando librada al criterio judicial la apreciación de los mismos en cada caso, denominándola *cesación de pagos* (así, Francia, Bélgica, Italia, España, Argentina y la casi totalidad de los países iberoamericanos⁵²) o bien llamándola *imposibilidad de pagar* o *insolvencia* no en el sentido aritmético sino económico⁵³.

En la Argentina el empleo de la fórmula *cesación de pagos* constituye una tradición legislativa puesto que fue adoptada por los códigos de comercio de 1862 y de 1889, la ley de 1902 y el art. 1º de la ley 11719 de 1933, tradición que se continuó en la ley concursal 19.551 de 1972 y las posteriores.

La enumeración taxativa de los "*actos de quiebra*" ha sido reputada como inconveniente por cuanto: a) el estado de quiebra es un estado económico complejo, que puede revelarse de muy distintas maneras; b) muchos actos del deudor, por su ambigüedad pueden prestarse a distintas interpretaciones: los que para unos son demostrativos de impotencia patrimonial, para otros pueden no serlo; c) no puede encerrarse en una enumeración de hechos simples algo tan complejo y que puede presentar tan diversos matices, como el ECP o quiebra⁵⁴. Coincido con este autor.

50 Este dice: "*Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite*".

51 Cfr. art. 1 de la *Bankruptcy Act* inglesa de 1883, modificada parcialmente por la *Bankruptcy Act* de 1914; el art. 3 de la *Bankruptcy Act* de los Estados Unidos de 1898; art. 2 de la ley del 13 de abril de 1883 de Suecia; art. 1º de la ley de quiebras de 1929 de Brasil; art. 945 y 952 del Código de Comercio de 1889 de México.

52 Cfr. art. 437 de la ley francesa de 1838; art. 437 de la ley de Bélgica de 1851; el art. 683 del Código de Comercio de Italia de 1883; art. 874 del Código de Comercio de 1885 de España; art. 1º de la ley concursal 11.719 de 1933 de Argentina.

53 Así, por ejemplo, el art. 102 de la *Konkursordnung* de 1877, modificada por la ley de 1898 de Alemania; el art. 69 de la ley de 1914 de Austria; y el art. 68 de la ley de 1929 de la antigua Yugoslavia. Cfr. asimismo el actual art. 2 de la ley concursal española 22/2003 de 9 de julio (BOE 10 julio 2003, núm. 164, pág. 26905).

54 Cfr. Fernández, *La cesación de pagos*, cit., n.º. 50, p. 65, n. 8.

El sistema de la *cesación de pagos* fue adoptado en forma ecléctica por el código de comercio francés de 1807, que estableció algunos casos de quiebra, pero con técnica deficiente en base a la crítica de los autores franceses. La ley francesa de 1838, como hemos visto en el punto anterior, adoptó la fórmula general de la *cesación de pagos*, fórmula reproducida luego por la casi totalidad de las legislaciones⁵⁵.

En realidad la condición de fondo que se exige para la falencia es la misma: el estado de imposibilidad de pagar. Lo disvalioso de la enumeración casuística es que suprime casi por completo el poder de apreciación del juez, quien debe limitarse a declarar la quiebra cuando han ocurrido los hechos taxativamente determinados y en caso contrario la quiebra no procede. En cambio, las leyes que emplean una fórmula general dejan librada a la apreciación judicial la determinación del alcance de los hechos reveladores de tal estado. De este modo numerosos autores entienden que *en el fondo* el alcance de la ley es el mismo –sea que adopte el sistema general o el de los “*actos de quiebra*”– porque el ECP comprende *todos los actos* que otras leyes enumeran.

13. Teorías aplicables y su crítica

Acercas del concepto del ECP la doctrina europea comparada ha formulado distintas teorías o doctrinas acerca del concepto del ECP. La doctrina argentina ha seguido, en líneas generales, los conceptos de los autores italianos, franceses e incluso belgas, pero no de todos ni totalmente, ni tampoco ha seguido a pies juntillas la terminología que usaban esos autores ni los respectivos textos legales sancionados. Por el contrario, en muchos casos sólo ha recogido los fundamentos esgrimidos, los ha reconducido y redefinido y ha elaborado una sistemática distinta, incluso bautizando las doctrinas por sus respectivos nombres. Esto ha ocurrido especialmente en el caso de Raymundo L. Fernández, quien es el principal autor que ha tratado con profundidad inigualable la cuestión del *ECP* en la doctrina argentina⁵⁶. Los autores han sistematizado en tres las doctrinas aplicables al tema, que se analizan a continuación: son la *materialista*, la *intermedia* y la *amplia*, conforme la terminología creada por Fernández.

Existe una cuarta teoría, propugnada especialmente por algunos autores italianos de la primera mitad del siglo XX, denominada “*de los equivalentes*”, pero en realidad es una teoría que tiene las características de la “*intermedia*” e incluso algunos elementos de la “*amplia*”⁵⁷.

55 Entre los países que han adoptado en su legislación de la época que estamos considerando la fórmula clásica *cesación de pagos* podemos citar: Bélgica, Código de Comercio, art. 437; Italia, Código de Comercio de 1883, art. 683; Portugal, art. 692 del Código de Comercio de 1888; art. 1º de la ley de quiebras de 1893 de Holanda; Argentina, códigos de comercio de 1862 y 1889, la ley de 1902 y la de 1933; el art. 102 de la *Konkursordnung* de Alemania de 1877; Austria, ley de 1914, art. 68 y el art. 67 de la ley de 1929 de la antigua Yugoslavia.

56 Cfr. Raymundo L. Fernández, *Tratado...*, cit.. Esta obra tiene una extensión de más de 1.190 páginas. Otros autores como Yadarola coincidían en 1935 con las opiniones de Fernández, como veremos.

57 Cfr. Fernández, la *cesación de pagos...*, cit. ps. 72-74 y nota 12. Esta tesis de los equivalentes consiste en afirmar que la *cesación de pagos* es la interrupción material y efectiva de los mismos, es decir: sin incumplimientos no puede haber cesación, pero la quiebra procede asimismo cuando otros hechos *equivalentes* a la cesación, también de fácil constatación y de preciso significado, demuestren en forma inequívoca el estado de impotencia patrimonial del

A. Teoría materialista

Esta tesis define al ECP como un incumplimiento obligacional –interrupción material de los pagos- y sólo puede acreditarse ese estado mediante incumplimientos. Basta con un solo incumplimiento para declarar la quiebra, cualquiera sea su cuantía económica. Si ellos no existen no podrá declararse la quiebra aunque se verifiquen otros hechos reveladores –más o menos inequívocos- tales como, por ejemplo, la confesión expresa o implícita, el pedido de moratorias o quitas a los acreedores, la fuga u ocultación, la clausura del negocio, el suicidio del deudor, etc. Esta tesis se basa en la relevancia que tiene en el comercio el estricto cumplimiento de las obligaciones –incluso del mínimo-, en que el no pago es el hecho revelador más elocuente y categórico del ECP y la prohibición del examen de la situación patrimonial del deudor previo a la quiebra. De esta manera, todo incumplimiento –incluso único- determina necesariamente la quiebra del deudor⁵⁸.

La crítica que se hace a esta teoría es la siguiente: a) Desconoce el origen histórico del instituto. b) Reniega del fundamento económico-jurídico del procedimiento colectivo, cuyo objeto es defender al deudor, a los acreedores y a la economía en general, no de los incumplimientos sino de la insolvencia o ECP. c) Contradice e impide la finalidad de los procesos concursales preventivos, cual es la de superar el ECP. d) Priva al proceso concursal del carácter reparativo al impedir retrotraer la época de la cesación de pagos más allá del primer incumplimiento y de ese modo neutraliza la revocabilidad de los actos perjudiciales realizados por el deudor en el *período de sospecha*, lo que perjudica a los acreedores y a la moralidad del comercio. e) identifica erróneamente un hecho, como lo es el incumplimiento, con un estado patrimonial, que es un estado económico de impotencia generalizada para el cumplimiento de las obligaciones. f) incurre en el error de no distinguir incumplimiento y cesación de pagos, ya que son conceptual y prácticamente independientes: el incumplimiento no constituye el ECP sino que es una consecuencia del mismo, por eso puede haber ECP sin incumplimientos e incumplimientos que no importen un ECP. g) Esta concepción conduce a consecuencias injustas porque: 1) implica declarar en quiebra a un sujeto que económicamente puede no estarlo; 2) pueden existir motivos plausibles, legales y legítimos para incurrir en un incumplimiento a su vencimiento, vg. cuando el crédito es litigioso o debido a actos involuntarios del deudor como un olvido, etc.; 3) la ejecución individual es más rápida, más económica y más sencilla que el proceso universal; 4) es menester discriminar entre incumplimientos pequeños y grandes o únicos y múltiples; 5) el resultado práctico para el acreedor en la mayoría de los casos será perjudicial en caso de cobro de un dividendo concursal en vez de una ejecución individual, no sólo por los costos, el menor valor de los bienes concursales liquidados sino también por el menor dividendo que se cobrará y por la demora. h) El objetivo del proceso concursal es lograr una defensa contra la insolvencia y en pro de la igualdad de trato de los acreedores, no una vía individual para la satisfacción de una deuda. i) De lo contrario se desnaturalizaría el concurso y su finalidad. j) La cesación de

deudor. Ella se funda en los arts. 683, 686, 855 y 705 del Código de Comercio italiano de 1883.

58 Cfr. Fernández, *La cesación ...*, cit. ps. 74-81.

pagos puede existir sin incumplimientos y *a fortiori* con uno sólo, así como pueden no bastar para constituir una serie de negativas de pago. k) *A fortiori*, y análogamente, son aplicables las críticas que se le efectúan a la teoría intermedia que estudiaremos a continuación en este trabajo. l) Establece poco menos que una presunción *iuris et de jure* de la incapacidad del deudor de satisfacer sus deudas, cuando ello no puede deducirse necesariamente de un incumplimiento. m) Es una visión excesivamente rígida y automática del ECP. n) Quita margen de discrecionalidad al juez, quien puede y debe evaluar a qué causa es atribuible el incumplimiento y en su caso verificar si existe o no estado de insolvencia.

Obviamente un incumplimiento podrá ser tenido en cuenta a la hora de evaluar la eventual situación de insolvencia o no del deudor, como un hecho revelador entre otros, con mayor o menor importancia. Un solo incumplimiento podrá bastar para declarar la quiebra, pero sólo previa verificación de la situación económica del deudor.

No obstante la sólida refutación de esta tesis, numerosos autores europeos y americanos⁵⁹, y la mayoría de los autores argentinos⁶⁰ de la primera mitad del siglo XX la sostenían. Pocos textos legales la han afirmado expresamente⁶¹.

B. Teoría intermedia

Esta tesis define al ECP como un estado patrimonial de impotencia del deudor para satisfacer sus obligaciones pero que sólo puede exteriorizarse por esos incumplimientos. El ECP no es una mera interrupción material de los pagos sino un estado patrimonial, de por sí permanente y general pero sólo se puede manifestar por incumplimientos. No existe ECP si no hay incumplimientos. Para sus sostenedores no es admisible la consideración de otros hechos que puedan exteriorizar el ECP –sino sólo los incumplimientos–, como por ejemplo la confesión expresa o implícita del deudor, su fuga, el cierre de sus escritorios o almacenes o fábricas, los expedientes ficticios, ruinosos o fraudulentos a que recurre el deudor para continuar materialmente los pagos, disfrazando su verdadera incapacidad económica: todos estos hechos carecen de valor como reveladores del estado de quiebra, salvo que medie la interrupción material de los pagos⁶².

59 Cfr., por ejemplo, Bolaffio, *op. cit.*, vol. I, nos. 6 a 8.

60 Cfr., por ejemplo: J. M. Moreno, *Estudio sobre las quiebras*, tomo II de sus *Obras Jurídicas*, Buenos Aires, 1883, nos. 1 y 3; E. Quesada, *Estudios sobre quiebras*, Buenos Aires, 1882, nos. 233 y 258; L. Segovia, *Explicación y crítica del código de comercio*, Buenos Aires, 1892, vol. III, nos. 4433 y 4434; M. Obarrio, *Estudio sobre las quiebras*, ed. Anotada por Carlos Malagarriga, Buenos Aires, 1926, vol. I, n° 6; M. F. Armengol, *Fundamentos y crítica de la ley de quiebras*, 2° ed., Buenos Aires, 1914, p. 238; Carlos C. Malagarriga, *Código de comercio comentado*, 3° ed., Buenos Aires, 1927-1929, vol. IX, n° 12 (aunque al parecer cambió de opinión en obras posteriores); H. Bunge Guerrico, *Interpretación de la ley de quiebras*, 2° ed., Buenos Aires, s/f., ps. 7, 8 y 116; J. P. Pressacco, *El nuevo régimen legal de las quiebras*, Buenos Aires, 1933, nos. 3 y 4; A. S. Carranza, *La nueva ley argentina de quiebras*, Buenos Aires, 1933, 1° y 2° eds., comentario a los arts. 1, 2, 11, 41, 52, 57 y 58 de la ley concursal de 1933; F. Orione, *La convocación de acreedores*, n° 1 y *La quiebra*, I, n° 13; J. D. Pozzo, *Manual de la ley de quiebras n° 11.719*, Buenos Aires, 1937, nos. 29 y ss. y 48.

61 Especialmente en los países iberoamericanos ha seguido el legislador esta tesis: cfr., Brasil, art. 1 de su ley de quiebras de 1929; Uruguay, arts. 1572 y 1578 del Código de Comercio de 1865, la ley de quiebras n° 4558 de 1929 de Chile.

62 Cfr. Fernández, *La cesación ...*, cit. ps. 81-87.

Los fundamentos de esta posición son los mismos que la teoría materialista, sólo que se añade que, como el incumplimiento puede obedecer a otras causas que no importen un malestar económico de carácter permanente y general, el juez debe apreciar, en cada caso, si el deudor se encuentra realmente en ECP y, finalmente, que es menester interpretar literalmente las normas en la materia.

La crítica que se hace a esta doctrina utiliza casi todos los argumentos enunciados contra la anterior, adonde me remito. La principal es que, admitiendo que el ECP es un estado permanente y general, el mismo puede exteriorizarse no sólo mediante incumplimientos (indicio indirecto) sino también mediante indicios directos, tales como, por ejemplo, la confesión del deudor expresa (al presentarse en quiebra o en concurso preventivo) o tácita (al darse a la fuga, ocultarse o cerrar sus oficinas o fábricas). Todo hecho revelador, si es relevante, es idóneo para acreditar el ECP, no sólo un incumplimiento. El deudor puede estar en ECP pero seguir pagando recurriendo a medios ficticios, ruinosos o fraudulentos a los que recurre para continuar materialmente los pagos, disfrazando su verdadera incapacidad económica, hasta que finalmente interrumpe materialmente los pagos.

D. Teoría amplia

Esta tesis concibe al ECP como un estado patrimonial de impotencia para afrontar las obligaciones que lo gravan, con carácter general y permanente, que puede revelarse por numerosos hechos no enumerables taxativamente, sean directos o indirectos, prudencialmente apreciados por el juez⁶³.

Los fundamentos de esta posición son, esquemáticamente, los siguientes:

- a) El ECP es un estado patrimonial y no un hecho o un conjunto de hechos ni un incumplimiento de una obligación o una serie de incumplimientos. Este estado tiene su fundamento en una situación económico-financiera⁶⁴.
- b) Usualmente el ECP preexiste al incumplimiento, pues si el deudor no cumple es precisamente porque su estado económico no se lo permite. Este estado se revela por hechos exteriores, entre los cuales figura, en primer término, el incumplimiento de las obligaciones y, a la par de éste, todos los actos del deudor que pongan de manifiesto su impotencia para pagar las deudas o insolvencia, como por ejemplo su confesión expresa judicial o extrajudicial, pidiendo quitas o esperas, presentándose en quiebra o en concurso preventivo; su confesión implícita como por ejemplo en el caso de fuga, ocultación, cierre de oficinas o fábricas, etc.; el recurrir a expedientes ficticios, ruinosos o fraudulentos para obtener recursos con el fin de continuar materialmente los pagos, tales como por ejemplo circulación de documentos de complacencia, venta de mercaderías a precio menor que el de mercado o inferior al costo, préstamos con elevado interés; constitución de nuevas garantías o refinanciación de las anteriores, pagos en especie, traspaso de bienes a familiares o terceros que conocen su estado de impotencia patrimonial, etc. etc.

63 Cfr. la definición y estos argumentos en Fernández, *La cesación ...*, cit. p. 87-94.

64 Cfr., específicamente, Bonelli, *Del fallimento*, 2º ed. Milano, 1923, vol. I, nº 43.

- c) Esta doctrina es más científica y práctica que las anteriores porque tiene en cuenta el fundamento económico-jurídico de la quiebra como defensa contra la insolvencia, su carácter preventivo y reparativo más que represivo, permitiendo la apertura de procesos concursales preventivos de la quiebra antes que la situación sea irremediamente desequilibrada.
- d) Facilita la aplicación de un régimen revocatorio estatuido precisamente para evitar que las maniobras fraudulentas del deudor y algunos acreedores en connivencia con él perjudiquen a los demás acreedores, disminuyendo el activo o destruyendo el principio de la igualdad de los acreedores en el proceso concursal.
- e) Es una doctrina más sistemática que las otras pues evita las autocontradicciones de ellas y porque establecido el concepto básico del ECP, con sus caracteres de permanencia y generalidad, no destruye la unidad del mismo: sólo hay un ECP y no varios simultáneamente. Y al conservarse la unidad de criterio no es necesario hacer disquisiciones artificiosas, vg. para determinar la fecha inicial del ECP para revocar actos del deudor perjudiciales a los acreedores o para determinar la pertinencia de otros hechos reveladores, como hace la teoría italiana de los *equivalentes*.
- f) Evita tener que recurrir a un elenco taxativo de supuestos de "*actos de quiebra*" que siempre es incompleta e insuficiente, porque el ECP puede manifestarse por una constelación infinita de diversos hechos, imposibles de prever por anticipado.
- g) Evita recurrir a complicaciones de interpretación normativa como hace la tesis de los *equivalentes*, que intenta superar las estrecheces legales reconociendo otros hechos reveladores no legislados expresamente aparte de los incumplimientos.
- h) Es aplicable la afirmación de los sostenedores de las dos teorías anteriores, cuando, excepcionalmente, afirman que, para la determinación de la fecha inicial del estado de cesación de pagos, el criterio judicial debe ser "más amplio", pudiendo tomar como base del mismo "otros hechos o actos" que, sin ser incumplimientos, denoten la impotencia patrimonial del deudor, su ruina económica, la extinción de su vida comercial y que no son otros que los que la *teoría amplia* considera hechos reveladores del *ECP*⁶⁵.
- i) Sin duda un incumplimiento es un hecho revelador del ECP pero no es el único ni quizá el principal, ya que pueden existir en la práctica otros hechos reveladores, como lo demuestra el estudio de la evolución histórica de ellos y su recepción por el derecho positivo romano, estatutario y liberal modernos en el derecho comparado.
- j) Todos los argumentos en contra de las teorías materialista e intermedia son aplicables *a contrario sensu* a favor de la *teoría amplia*, los que cabe dar aquí por expresados en ese sentido, para evitar repeticiones innecesarias.

Esta teoría ha sido seguida por numerosos autores desde finales del siglo XIX y principios y mediados del siglo XX en diversos países, como por ejemplo, Italia⁶⁶ y Francia⁶⁷.

65 Cfr. Fernández, *La cesación ...*, cit. p. 86.

66 Cfr., por ejemplo, Bonelli, *op. cit.* I, nos. 36, 38, 41, 43, 44, 46, 49 y 50 a 56.

67 Cfr., entre otros, Percerou, citado por Fernández, *La cesación ...*, cit. p. 86.

En la Argentina siguen esta tesis Fernández y Yadarola, a quienes luego se han sumado otros autores posteriores al período que estamos considerando.

14. Definición del estado de cesación de pagos

Como consecuencia de la argumentación precedente sobre las distintas teorías sobre el estado de cesación de pagos y dando por válida y verdadera la tesis amplia, cabe formular el concepto o definición de la misma en los siguientes términos:

"El estado de cesación de pagos es el estado patrimonial del deudor de impotencia para satisfacer una o algunas deudas exigibles de carácter generalizado y permanente, manifestado por hechos reveladores no taxativos. Este estado no se identifica con el desequilibrio meramente aritmético entre activo y pasivo, constituye el antecedente necesario y suficiente del decreto de quiebra o de concurso preventivo del deudor y debe ser apreciado por el juez, previa citación del deudor.

15. Caracteres del "estado de cesación de pagos": generalidad y permanencia

Siendo la cesación de pagos no un hecho ni un conjunto de hechos, sino un estado patrimonial, necesariamente presenta un carácter de *generalidad*, pues se refiere a la entera situación económica del deudor, cuyo patrimonio se torna impotente para afrontar las deudas consideradas también de forma general y potencial, es decir, no sólo las ya vencidas sino las a vencer⁶⁸.

El carácter de *permanencia* también se deriva de la *tesis amplia* del ECP e indica que la imposibilidad de pagar debe perpetuarse en un período de tiempo considerable o relevante⁶⁹. Respecto de ese período de tiempo, algunos economistas hablan del pasivo y activos "corrientes" –esto es, a un año de plazo desde su vencimiento o para su realización– como período temporal de la actividad económica de la empresa informada por su contabilidad, en la que se mueve propiamente el ECP⁷⁰. Se opone a la impotencia transitoria, pasajera, momentánea, temporal o episódica⁷¹, que puede darse en numerosas oportunidades hasta quizá de modo intermitente o crónico. Como es lógico, este carácter no es aceptado por los argumentos de las llamadas tesis *materialista* e *intermedia*.

68 Cfr. Fernández, *La cesación ...*, cit. ps. 104-109.

69 Cfr., entre otros, Yadarola, *Revista Crítica de Jurisprudencia*, 1934, 436; Percerou, *op. cit.* I, n° 190.

70 Cfr. Pablo van Nieuwenhove, *op. cit.*, ps. 564-565, quien distingue entre *crisis*, *estado de cesación de pagos* e *insolvencia*. Según este autor el ECP es la impotencia para pagar los compromisos exigibles y equivale a la deficiencia cuantitativa o cualitativa de *capital de trabajo*, reduciéndose su superficie a límites peligrosos. *Crisis* será la disminución global de la superficie del activo, más el pasivo, más el capital de trabajo más el capital fijo, sin perjuicio de que el capital de trabajo sea cualitativa y cuantitativamente acorde con la nueva realidad de la empresa que continúa con sus actividades en una escala inferior. Finalmente, *insolvencia* significará la paralización total de las actividades productiva de la empresa y el activo (corriente y no corriente) será inferior al pasivo (corriente y no corriente). Es menester una mayor profundización sobre estos conceptos, su formulación en términos económicos y su expresión en términos contables, puesto que en la doctrina argentina todavía no ha sido ello analizado.

71 Cfr. Bonelli, *op. cit.* I, n° 44.

16. Hechos reveladores

De acuerdo a la tesis amplia, el ECP se exterioriza en hechos reveladores, deducibles de la conducta del deudor y del acreedor. Su enumeración completa es imposible pues varían hacia el infinito, conforme se deduce de la concepción amplia del ECP que hemos descripto *supra*. Por ende su apreciación debe ser realizada por el juez en cada caso, con plena libertad de juicio, teniendo en cuenta no sólo los incumplimientos obligacionales sino cualquier otro hecho revelador del ECP relevante.

En cuanto a la clasificación de los hechos reveladores, gran parte de la doctrina argentina de la primera mitad del siglo XX⁷² coincide en adoptar la sistemática de Bonelli⁷³ por considerarla más ajustada a la realidad económico-jurídico-histórica, cuya teoría huye de toda taxatividad.

De acuerdo a ella, los hechos reveladores del ECP son los siguientes, a saber:

1º *hechos de manifestación directa* que importan un reconocimiento explícito o implícito por el deudor de su impotencia para realizar los pagos:

Confesión expresa:

- a) Judicial: por ejemplo, presentación en quiebra o solicitando el concurso preventivo.
- b) Extrajudicial: circulares, cartas, actos públicos, publicación de balances, convocatoria privada de acreedores, celebración de acuerdos preventivos extrajudiciales, etc.

Confesión implícita:

- a) Fuga, ocultación o alejamiento.
- b) Clausura del negocio, oficinas, fábricas o almacenes.
- c) Hurto u ocultación de mercaderías o muebles.
- d) Distracción, dispersión o donación de todos los bienes.

2º. *Hechos de manifestación indirecta*: ocurren cuando el deudor evita mostrarse insolvente y deja que los acontecimientos sigan su curso, o bien simula una insolvencia artificiosa. Estos son:

- a) Incumplimientos
- b) Todos los expedientes a que puede recurrir el deudor para evitar precisamente los incumplimientos y no incurrir en quiebra, usualmente denominados expedientes ficticios, ruinosos o fraudulentos.

TERCERA PARTE

La cesación de pagos en los textos legales argentinos de la primera mitad del siglo XX. Exégesis y hermenéutica

Debemos referirnos previamente a los Códigos de Comercio de 1862 y de 1889 a fin de conocer la situación posterior, en la época de las leyes de 1902 y 1933 en la Argentina.

72 Para el estudio en mayor profundidad de cada uno de estos hechos reveladores puede verse, Fernández, *La cesación...*, cit. ps. 137-231.

73 Cfr. Bonelli, I, *op. cit.* n° 46.

17. Código de comercio de 1862 y su doctrina

El código de comercio de 1862 regulaba la cesación de pagos en sus arts. 1511, 1512, 1522, 1527 y 1532. De este plexo normativo puede decirse que el código se adscribe sustancialmente a la tesis materialista, pero reúne algunos caracteres de la *tesis amplia*, pues impone la obligación de confesar el ECP, prevé la quiebra de oficio a instancia del Ministerio Público en caso de fuga y establece el *período de sospecha* sin mención de los incumplimientos.

Moreno comentó estas normas en 1883 enrolándose en la teoría materialista, con fundamento en los textos legales⁷⁴ y Quesada al parecer se enrola en la tesis materialista⁷⁵.

18. Código de comercio de 1889 y su doctrina

El código de comercio de 1889 contenía sobre el tema los artículos 1379, 1380, 1389, 1392, 1394, 1396 y 1461. De este conjunto de normas se deduce que se enrola en la tesis materialista, distingue obligaciones comerciales y no comerciales, existe obligación de confesar el ECP, dispone la citación del deudor, dispone medidas conservatorias de oficio a instancias del Ministerio Público o de cualquier acreedor, dispone que el auto de quiebra determine la fecha de la cesación de pagos y establece el *período de sospecha*.

Este código admitía en el art. 1584 las moratorias para los comerciantes que probasen que la imposibilidad de pagar proviniera de "accidentes extraordinarios, imprevistos o de fuerza mayor" y cuyo activo fuera igual o superior a su pasivo.

Segovia destaca la postura materialista del texto legal del art. 1379, dado que identifica la quiebra con un incumplimiento (aún un único incumplimiento aislado) y su contradicción con el art. 1380⁷⁶. Por otra parte Obarrio⁷⁷ también se enrola en la tesis materialista en su exégesis legal.

19. Ley de 1902 n° 4156 y su doctrina

La ley de 1902, emplea diversa terminología para referirse a distintos aspectos del ECP: "*estado de cesación de pagos*" (arts. 2 y 52), "*cesación de pagos*" (arts. 3, 48, 78 y 79), "*efectiva cesación de pagos*" (arts. 6, 43, 46 y 76), "*fecha de la cesación de pagos*" (arts. 8, 44 y 76) e "*imposibilidad de cumplir con las obligaciones comerciales*" (art. 6). Autores como Fernández⁷⁸ interpretan que el texto se enrola en la *tesis amplia* por cuanto en primer lugar –en una correcta exégesis del art. 6 y especialmente del art. 52– el juez tiene la facultad de determinar, al pronunciarse sobre el pedido de quiebra por acreedor por un incumplimiento,

74 Cfr. José María Moreno, *Obras jurídicas*, tomo II, *Estudios sobre las quiebras*, Buenos Aires, 1883, nos. 1, 3 y 247.

75 Cfr. Ernesto Quesada, *Estudios sobre quiebras*, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1882, n° 400, p. 281.

76 Cfr. Lisandro Segovia, *Explicación y crítica del nuevo código de comercio: con el texto íntegro del mismo código*, F. Lajouane, Buenos Aires, 1892, Tomo III, nos. 4433, 4434, 4435 y 4437. Este autor al parecer se enrola en la tesis intermedia.

77 Cfr. Obarrio, *Estudio sobre las quiebras*, Buenos Aires, 1895. Existe una segunda edición en dos tomos, anotada por Malagarriga, de 1926, en Buenos Aires. En el vol I, nos. 1, 2, y 6 se expone sobre el ECP.

78 Cfr. Fernández, *La cesación ...*, cit., p. 263.

si realmente existe o no el ECP. En segundo lugar porque la ley admite la quiebra en los casos de fuga y ocultación del deudor (arts. 52 y 1) y, en tercer lugar, en el art. 44 toma como fecha de la cesación de pagos "el día de la primera presentación del deudor (pidiendo convocatoria) cuando la cesación efectiva hubiera sido posterior".

Por su parte, puede sostenerse que Armengol⁷⁹ se adscribe a la tesis materialista, identificando el ECP con los incumplimientos, aún con uno único. Más tarde, Bunge Guerrico parece adscribirse en algunos aspectos a la *tesis amplia* y en otros a la tesis materialista e interpreta a la ley como que sustenta la tesis materialista⁸⁰.

Malagarriga encasilla a la ley de 1902 dentro de la tesis materialista, comentando su art. 52 y combate la práctica de citar al deudor a dar explicaciones. Encuentra acertada la disposición del art. 44 sobre la fijación de la fecha de la cesación de pagos en la fecha de la presentación en convocatoria, adhiriéndose al parecer a la *tesis amplia*, al menos en este aspecto⁸¹. Hoy en día la práctica de la citación del deudor a dar explicaciones no sólo está arraigada sino que hace a la defensa en juicio.

Martín y Herrera no participa de la teoría materialista pues en forma expresa manifiesta que aún en los casos de un solo incumplimiento, ello puede no bastar para la procedencia de la quiebra⁸².

20. Jurisprudencia anterior a 1933

Sobre la jurisprudencia argentina anterior a 1933 la mayoritaria se adscribe a la tesis materialista, estableciendo incluso que un incumplimiento único acarrea necesariamente la quiebra⁸³. Excepcionalmente, otros fallos se inclinan por la teoría intermedia o por la amplia. Los que se inclinan por la teoría intermedia consideran que la cesación de pagos sólo puede revelarse por incumplimientos, no siendo suficiente para ello la fuga, o el abandono del negocio o las renovaciones de documentos de crédito. En numerosos casos se identifica el ECP con desequilibrio aritmético y a veces se identifica insolvencia comercial con insolvencia civil, considerándose que para la quiebra rigen los mismos principios que para el concurso civil. En cambio, en otros casos se distingue entre ECP y el mero desequilibrio aritmético, al que se denomina insolvencia⁸⁴. En algunos casos se enrola a la ley de 1902 en la *teoría amplia*, lo que es destacable porque ésa era más estrecha que la ley de 1933⁸⁵. Un antecedente

79 Cfr. Manuel F. Armengol, *Fundamentos y crítica de la ley de quiebras*, 2º ed., Buenos Aires, 1914, ps. 8, 17, 106, 198, 199, 201, 238, 239, 247, 402.

80 Cfr. Hugo Bunge Guerrico, *Interpretación de la ley de quiebras*, 2º ed., Buenos Aires, s/f, p. 7, 8, 39, 106, 107, 117.

81 Cfr. Carlos C. Malagarriga, *Código de Comercio Comentado*, Vol. IX, 3º ed., Buenos Aires, 1929, nº 12 y 200. En la obra citada en la nota 107 de este trabajo al parecer sostiene la tesis amplia.

82 Cfr. Félix Martín y Herrera, *La convocación de acreedores y la quiebra en el derecho argentino*, Buenos Aires, 1923, II, nos. 119, 186 y 187, ps. 280-283, y nota 30.

83 Cfr., por ejemplo, un caso en que la Cámara de Apelaciones en lo Comercial rechazó la fuga u ocultación del deudor para declarar la quiebra por falta de incumplimientos acreditados mediante protestos cambiarios. En este caso el Fiscal de Cámara opinó a favor de la tesis amplia: CNCom, 12 abril de 1933, Gaceta del Foro 104, 30.

84 Cfr., por ejemplo, CNCom, 27 de febrero de 1919, en Gaceta del Foro, 19, 45.

85 Cfr., por ejemplo, CNCom, 22 de agosto de 1911, autos "Arnalfitani y Carnevale", en *Revista de Legislación y*

categorico de la ley de 1933 es el fallo que acepta la *tesis amplia* dictado por la CNCom del 22 de agosto de 1911⁸⁶, entre otros.

Como puede verse, la jurisprudencia es variopinta y contradictoria⁸⁷.

21. Crítica de la doctrina y la jurisprudencia anteriores a 1933

Los autores más autorizados critican los errores de las tesis materialista –sin incumplimiento no hay ECP y todo incumplimiento acarrea necesariamente la quiebra del deudor– e intermedia, como ya hemos mencionado *supra* en este trabajo y describen las malas consecuencias de ellas en el comercio en general, tanto para los deudores como para los acreedores y la economía en general, con notorio perjuicio –por otra parte– para la moralidad concursal⁸⁸.

22. La ley 11719 de 1933 y su jurisprudencia posterior

La ley concursal argentina número 11.719 del año 1933 se apartó, sobre el tema del *estado de cesación de pagos*, de la ley de 1902 y volviendo a la técnica de los códigos de 1862 y 1889, regulaba lo siguiente: el ECP como presupuesto de la quiebra (art. 1), origen comercial o civil del ECP (art. 2); quiebra del fallecido (art. 4); quiebra del ex comerciante (art. 5); denuncia obligatoria de las causas de la cesación de pagos y su fecha en la convocatoria de acreedores (art. 10); plazo obligatorio para presentarse en convocatoria y efectos de la presentación como pedido condicional de quiebra (art. 11); quiebra indirecta por rechazo por los acreedores o por no homologación judicial (art. 41); fijación de la fecha (inicial) de la cesación de pagos coincidente con la fecha de la presentación en convocatoria salvo que se haya producido anteriormente y plazo máximo de retroacción de la fecha hasta un año desde la presentación (art. 53); obligatoriedad de manifestar la cesación de pagos en un plazo de 3 o 4 días según el caso desde la cesación de pagos (art. 55); prueba del ECP por el acreedor peticionante de la quiebra y citación del deudor (art. 56); medidas precaucionales y conservatorias de los intereses de los acreedores frente a la fuga u ocultación del deudor (art. 58); fijación de la fecha de la fecha provisoria de la cesación de pagos (art. 59); opinión del síndico sobre la fecha de la cesación de pagos (art. 60); impugnación de la fecha de la cesación de pagos (art. 64); efectos de la fijación de la fecha de cesación de pagos (art. 65) y nulidad o anulabilidad de los actos del deudor posteriores a la fecha de la cesación de pagos (art. 109).

Jurisprudencia, 2, 1007. Es destacable también el Dictamen del Fiscal de Cámara –que adopta claramente la postura amplia, pero que no fue seguido por el tribunal– en CNCom, 11 octubre de 1929, Gaceta del Foro 82, 334.

86 Publicado en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 2, 1007 y citado en Fernández, *La cesación de pagos...*, cit., p. 193-194, n. 272. También está citado en Carlos Malagarriga, *Código de Comercio Comentado*, Buenos Aires, 3º ed., 1929, vol. IX, ps. 225-226. (en las ps. 224-229 de esta obra de Malagarriga hay más jurisprudencia citada relevante sobre el ECP). En este caso se establece el prudente arbitrio judicial, pudiendo ser legítima la oposición del deudor a la obligación incumplida y pudiendo el juez citar al deudor a dar explicaciones.

87 Cfr. la relación de la jurisprudencia de fines del siglo XIX y hasta 1935 que cita Fernández, *La cesación ...*, cit. ps. 274-279.

88 *Idem*, p. 276.

La redacción de la ley es defectuosa, por la ambigüedad respecto de los tópicos aquí tratados, identificando en muchas ocasiones al ECP con los incumplimientos. Pero se ha destacado que esa mala redacción de la ley no autoriza –como a posteriori de la sanción se ha sostenido por diversos autores– a sostener una interpretación literal y estrecha de la misma, clasificándola entre aquellas que adoptan la teoría materialista. Por el contrario, de una acertada interpretación de estos artículos pueden deducirse también aspectos y principios propios de la *tesis amplia*, como han puesto de relieve autores como Fernández y Yadarola, como se expone a continuación.

Así, diversos autores posteriores a la sanción de la ley de 1933 la han catalogado como enrolada en la tesis materialista⁸⁹, lo que es criticado por Fernández⁹⁰. La gran mayoría de esos autores son partidarios de la tesis materialista, salvo Fernández⁹¹, Yadarola⁹², Satanowsky⁹³, Malagarriga⁹⁴ y Rivarola⁹⁵. Conforme avanzan los años aumentan, al parecer, los sostenedores de la *tesis amplia*, en la segunda parte del siglo XX, como por ejemplo

89 Cfr. la concepción materialista y no como un estado patrimonial generalizado y permanente, de Adolfo S. Carranza, *La nueva ley argentina de quiebras*, 1º ed., Buenos Aires, 1933, mantenida en la segunda edición de 1937. Francisco García Martínez también adopta la misma postura, afirmando que un incumplimiento único determina necesariamente la *cesación de pagos*, con la posibilidad del procedimiento colectivo en el caso de que exista un solo acreedor: cfr. García Martínez, Francisco, *La convocación de acreedores y la quiebra*, Buenos Aires, 1934, nos. 1, 202, 214 y 216. Sin embargo, este autor, en la segunda edición de *El concordato y la quiebra*, de 1953, se adscribe a la tesis amplia: cfr., por ejemplo, en las ps. 69-70 y 75. Francisco Orione va más allá en su postura materialista, al afirmar que no sólo la *cesación de pagos* es sinónimo de incumplimiento sino que llega a expresar también que la falta de pago entraña la quiebra, "aun cuando el deudor oponga excepciones fundadas y serias a las pretensiones del acreedor...": cfr. Francisco Orione, *Exposición y crítica de la ley de quiebras. La convocación de acreedores*, Buenos Aires, 1934, nº 1; y del mismo autor, *La quiebra*, Buenos Aires, 1935: la cita está en la primera obra, nº 1; en la segunda obra mantiene el mismo criterio en el nº 1 y 13, ps. 69 a 71. Juan D. Pozzo en *Manual de la ley de quiebras nº 11719*, Buenos Aires, 1937, nos. 27, 29, 31, 32, 33 y 48, también se adscribe a la tesis materialista con algunos elementos de la teoría intermedia. Este autor, de un modo un tanto confusamente, expone dos criterios extremos para determinar el ECP: el desequilibrio aritmético entre activo y pasivo y el mero incumplimiento de obligaciones. Rodríguez Quesada también se enrola en la tesis materialista en una conferencia publicada en *Jurisprudencia Argentina*, t. 62, sección doctrina p. 31; en el artículo La cesación de pagos en el derecho argentino, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 67, sección doctrina, p. 18 y en el artículo "Más sobre la cesación de pagos", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 69, sección doctrina, p. 88. Este autor distingue la quiebra económica y la quiebra legal y atribuye poder al legislador para crear un estado de quiebra legal ajeno al desequilibrio económico y en segundo término considera a la quiebra como un castigo al deudor. Para la crítica a este último autor que hace Fernández, cfr. *La cesación ..., cit.*, ps. 291-296.

90 Cfr. Fernández, *La cesación ..., cit.*, p. 283-297.

91 Cfr. Fernández, *Tratado..., cit.*, *passim*.

92 Cfr., Mauricio Yadarola, *Revista Crítica de jurisprudencia*, 1934, 433, cap. II. Afirma que asimilar el ECP al mero incumplimiento es un error que debe ser combatido. En el Congreso de Derecho Comercial de 1940 propuso la tesis amplia del ECP. Ver *supra* en este trabajo.

93 Cfr. Marcos Satanowsky, *Estudios de derecho comercial*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, ps. 206-207, quien sigue a Yadarola respecto de la tesis amplia.

94 Cfr. Carlos Malagarriga, *Tratado elemental de derecho comercial*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, vol. IV, ps. 34-39. En su obra de 1929 al parecer estaba enrolado en la tesis materialista.

95 Cfr. Mario A. Rivarola, *Tratado de derecho comercial argentino*, Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires, 1940, Tomo V, ps. 59, 62-69 y 73-78.

Roberto García Martínez y Fernández Madrid⁹⁶, Cámara⁹⁷, Zavala Rodríguez⁹⁸ y otros.

Sin duda el art. 11 de la ley tiene un valor decisivo en pro del sostenimiento de la *tesis amplia* respecto de sus normas, como que da a la presentación en convocatoria el alcance de una presentación en quiebra, o lo que es igual, de una confesión de impotencia patrimonial⁹⁹.

En cuanto a la jurisprudencia posterior a 1933, autores como Fernández expresan que los tribunales se han expedido en muy pocas oportunidades sobre el *ECP* y sus concepciones y, en esos casos, se han enrolado como norma general en la tesis materialista¹⁰⁰. Durante la primera mitad del siglo XX puede sostenerse que no existe una interpretación jurisprudencial constante, completa y precisa sobre el concepto, con la excepción de algunos fallos aislados, entre los que cabe destacar dos fallos trascendentes de la década de 1930¹⁰¹ y otros dos fallos trascendentes de la Cámara en lo Comercial de Buenos Aires que sostienen claramente, en 1946 y en 1951, la *tesis amplia*¹⁰². Otros autores brindan un amplio panorama de la jurisprudencia imperante en la materia, encuadrable en las tres tesis, desde 1862 hasta 1953, algunos de cuyos fallos se enrolaron en la *tesis amplia*¹⁰³.

Para autores como Fernández, la ley 11.719 no está en pugna con el concepto amplio de la cesación de pagos, conforme una interpretación adecuada de las leyes aplicables. En tal sentido se ha sostenido que el texto legal, consagra la *teoría amplia* en sus arts. 1, 11, 53 y 56; que el art. 2, 2º apartado no está en contradicción con el art. 1; y que la deficiente y confusa redacción de los arts. 11, 53, 55, 60, 64, 65 y 109 no obsta a la adopción de la *tesis amplia*¹⁰⁴.

96 Cfr. García Martínez / Fernández Madrid, *op. cit.*, ps. 218-245, especialmente p. 226.

97 Cfr. Héctor Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra, Comentario de la ley 19551*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, Vol. I, p. 239, notas 39 y 40 y ps. 241-247.

98 Cfr. *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, Depalma, Buenos Aires, 1981, Vol. VII, ps. 108-110 y 117.

99 *Idem*, p. 293. La adopción de este criterio propio de la teoría amplia fue en algunas oportunidades aceptado por la jurisprudencia anterior a la ley de 1933, como puede verse por ejemplo en CNCom, 20 de octubre de 1922, en Gaceta del Foro 41, 194.

100 Cfr., por ejemplo, Cámara Nacional en lo Comercial de Buenos Aires, con una disidencia, de fecha 19 de octubre de 1936 (inédito), en el que, a pesar de haberse comprobado diversos hechos reveladores de la insolvencia del deudor (fuga, documentos impagos, confesión expresa de imposibilidad de pago, transferencia del negocio, domicilio desconocido) se denegó –exagerando todavía más la tesis materialista– no ya la declaratoria de quiebra sino también la citación previa del deudor a dar explicaciones, con fundamento en que los documentos impagos no habían sido protestados. Predominó el criterio de que sólo hay ECP cuando median protestos. Para la referencia ver Fernández, *idem*, p. 131, nota 97.

101 Cfr. el fallo del juez Cermesoni del 21 de diciembre de 1938 publicado en La Ley, t. 15, p. 1195 y el fallo Supremo Tribunal de Santa Fe, Sala II, del 20 de diciembre de 1938, anotado por Fernández (no ha podido ser hallada la referencia de la publicación de este segundo fallo, que está citado por Héctor Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra, Comentario de la ley 19551*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, Vol. I, p. 238, n. 35).

102 Cfr. CNCom, 24 de junio de 1946, JA 1946, III, p. 646 y CNCom, 13 de agosto de 1951, JA 1951, IV, 417.

103 Cfr., por ejemplo, García Martínez, *El concordato y la quiebra en el derecho argentino y comparado*, Zavala, Buenos Aires, 2º ed., 1953, ps. 82-89. Este autor, en esta edición de su obra clásica se enrola plenamente en la tesis amplia: cfr., Vol. I, ps. 69, 71, 75, 78 y 86.

104 Cfr. la opinión de Fernández, *La cesación ..., cit.*, ps. 298-311.

Dados los términos amplios del art. 56 y lo dispuesto por los arts. 11, 41, 52, 53 y 55 y la discusión habida en el Senado con ocasión de la sanción de la ley de 1933 no cabe duda que ella admite que pueda declararse la quiebra por otros hechos fuera de los incumplimientos efectivos.

Es digno mencionar, finalmente la adopción de la *tesis amplia* por el Proyecto Nacional de Bancarrotas de 1950, cuyo Mensaje de Elevación y arts. 1 y 2 expresamente legislan sobre los hechos reveladores estudiados y aceptados por esa tesis¹⁰⁵, postura que fue reproducida por los arts. 1, 78 y 79 de la ley concursal argentina n° 19.551 de 1972.

CUARTA PARTE. Reflexiones finales y conclusiones.

23. El ECP y las ideas imperantes en el período 1901-1945

Quizá la preponderancia de la tesis materialista o –en menor medida– de la tesis intermedia respecto de la tesis amplia tanto en la doctrina como en la legislación y la jurisprudencia argentinas se deba a la preponderancia de las ideas iuspositivistas en el período considerado (1901-1945). En efecto: si lo importante es el cumplimiento estricto y formal de las obligaciones, la primacía y el apego a los textos legales puestos en vigor y la no consideración de los elementos económicos y éticos –entre otros posibles– de las instituciones legisladas, refleja con cierto grado de verdad la raíz positivista de esa preponderancia.

De hecho la propia doctrina argentina y europea estudiada pone de resalto la relevancia de la tesis materialista sobre el ECP respecto de las otras. Por ello son destacables y meritorias las opiniones de autores como Fernández y Yadarola, que –como hemos visto– intentan introducir la realidad económica y en cierto modo el elemento ético entre las cuestiones relevantes a estudiar respecto del ECP. Ese intento tuvo favorable acogida en la doctrina y jurisprudencia posteriores e incluso en el texto expreso de la ley concursal argentina n° 19.551 de 1972, que fue mantenido hasta el presente.

Este autor adscribe a una visión del derecho que va más allá de exclusivo análisis de los textos legales en vigor, y que considera a otros elementos como integrantes, inherentes y relevantes de la ciencia jurídica, como por ejemplo las cuestiones éticas y económicas, intrínsecamente relacionadas con el ECP. Desde este punto de vista en mi opinión la consideración de los aspectos económicos y éticos guardan relación con cuestiones de justicia, con lo que ello implica respecto de la seguridad, orden, paz y bien común. Por ello ya se ha hecho referencia a tales cuestiones y se estudiarán a continuación los restantes aspectos de la cuestión en esta parte de este trabajo.

24. El ECP y la ética concursal

Pensamos que el tema del ECP plantea problemas éticos que es menester abordar y resolver. El tema de la ética concursal no suele tratarse en la doctrina comercialista. Al respecto

105 Puede verse un comentario y algunas críticas de este Proyecto en Carlos Malagarriga, *Tratado elemental de derecho comercial*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, vol. IV, p. 37-39.

pienso que el tema del ECP no puede escapar a un análisis sistemático o hermenéutico más allá de los textos legales sancionados. Y ello, no sólo porque le da firmeza a los textos, sino también porque los legitima¹⁰⁶.

El estudio de las cuestiones éticas en el derecho concursal posibilita arribar a soluciones de conflictos que involucran a la justicia, al orden y a la paz social inherentes a la situación de insolvencia, además de facilitar el acceso a soluciones prácticas efectivas frente al fenómeno de la insolvencia.

A lo largo de este trabajo se ha hecho referencia *obiter dicta* a algunos problemas éticos que surgen como consecuencia de la posición que se adopte frente al verdadero concepto del ECP. Es ahora el momento de sistematizar los problemas y las soluciones que consideramos más importantes, sin pretender agotarlos. Concretamente, están en juego, entre otros, los siguientes problemas éticos y sus correspondientes soluciones, a saber:

1. La injusticia de la declaración en quiebra de un sujeto jurídico que no se encuentra económicamente en *ECP*, como ocurre por ejemplo en algunas normas del derecho concursal positivo argentino y en algunos extranjeros como el francés e italiano. En la ley concursal actualmente vigente en la Argentina hay cuatro supuestos de extensión de quiebra sin *ECP* previo: concurso en caso de agrupamiento (art. 67), el acuerdo preventivo extrajudicial (art. 69), la quiebra por extensión (arts. 160 y 161) y la quiebra declarada con apoyo en sentencia concursal extranjera (art. 4, inc. 1). Desde el punto de vista de la tesis amplia puede considerarse a estos supuestos como una sanción injusta, desproporcionada, automática y excesivamente rígida que es menester remplazar –en su caso– por sistemas específicos de responsabilidad civil, que, eventualmente, podrán dar lugar a la quiebra del responsable condenado que se encuentre en *ECP*.
2. La ambigüedad que puede observarse en algunos textos legales comparados actuales sobre el significado de "*crisis*" como concepto distinto de *ECP* pero asimilado a él en sus consecuencias. Esa equiparación puede provocar abusos tanto por parte del deudor como por parte de los acreedores. Una correcta noción del *ECP* puede ser eficaz para evitar esos posibles abusos. Será menester el estudio de esta cuestión en el futuro.
3. La posibilidad del abuso del proceso concursal por parte de los deudores que no se encuentran verdaderamente en *ECP* y por parte de un acreedor que pide la quiebra de un sujeto que no se encuentra en ese estado, plantea la necesidad de reafirmar el concepto del *ECP*.
4. Lo inadecuado de la exigencia del desequilibrio meramente aritmético usualmente denominado "insolvencia" para declarar la quiebra, dado su distinto significado y concepto respecto del *ECP*.
5. La posible arbitrariedad judicial consistente en declarar la quiebra sin haber realizado,

106 El autor de este trabajo adopta una actitud favorable a un análisis sistemático o completo de los textos legales estudiados y por ende complementadora de posturas meramente dogmático-exegéticas según las cuales sólo el texto positivo es el principal y prácticamente el único elemento y prisma de reflexión. Puede verse una crítica a esas posiciones, desde los historiadores del derecho, como por ejemplo, Grossi, citados en la nota 4 de este trabajo. Consideramos que al análisis de los textos legales en vigor debe sumarse el análisis de los problemas éticos, económicos, históricos, sociológicos, políticos, etc. de las normas y conductas.

siquiera *prima facie*, un escrutinio judicial de la situación económico-financiera del deudor. Esto es a veces práctica judicial de la que se quejaban autores como Fernández, ya en la década de 1930. Cabe destacar que en algunas oportunidades los fundamentos del decreto de quiebra pueden ser meramente formularios y excesivamente abstractos y genéricos, como así también el hecho de prestar atención sólo a los incumplimientos como hechos reveladores de la insolvencia.

6. Este tema está relacionado con el denominado "juicio de antequiebra" y al respecto cabe plantearse la justificación, legitimidad y conveniencia o no de dicho proceso contradictorio, y en su caso sus alternativas y su envergadura¹⁰⁷.
7. La posibilidad de aferrarse al primer incumplimiento para la determinación de la fecha inicial del *período de sospecha* concursal, prescindiendo de la trascendencia jurídica de los otros hechos reveladores del ECP, que pueden retrotraer los efectos de la quiebra a fechas previas más adecuadas al fin protectorio de la ley concursal.
8. La posibilidad de fomentar conductas disvaliosas del deudor como los actos ficticios, ruinosos y fraudulentos al no tenerlos en cuenta como hechos reveladores de la insolvencia, conforme la tesis materialista y, por ende, limitar excesivamente su revocabilidad concursal.
9. La inconveniencia teórica y práctica de legislar "*actos de quiebra*" taxativamente, que puede conducir a muchos casos de injusticias por exceso o por defecto. La flexibilidad de la tesis amplia brinda una mayor y mejor protección de las partes interesadas y del bien común, desde el punto de vista de la justicia de la solución y desde el punto de vista práctico.

La solución a estos problemas éticos, en nuestra opinión, se logra mediante el sostenimiento de la *tesis amplia* expresada en las opiniones de autores como, por ejemplo, Fernández y Yadarola, que, si bien de modo "*obiter dicta*", los han tratado más o menos explícitamente.

25. Trascendencia del período estudiado sobre el tema (1901-1945): sistematicidad, perspectiva histórica y derecho comparado

Como hemos visto, el período de la historia jurídica argentina estudiado (1901-1945) es trascendente sobre el tema del *estado de la cesación de pagos* porque significó en primer lugar describir el "*status quaestionis*" de las fuentes jurídicas comparadas (especialmente la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de Italia y Francia, entre otros) sobre la cuestión. Fue gracias al conocimiento del derecho comparado de estos países el hecho de que se haya alcanzado el acceso al concepto de ECP, mediante una investigación orgánica y sistemática de las fuentes extranjeras, principalmente europeas.

En segundo lugar porque fue la doctrina de principios del siglo XX la encargada de sistematizar todos los principios atinentes al ECP creando la triple clasificación, teniendo a la

¹⁰⁷ Sobre el juicio de antequiebra y sus alternativas procesales puede verse Osvaldo J. Maffia, El juicio de antequiebra, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, ps. 361-374.

vista el derecho concursal histórico y europeo comparado del momento, superando la mera glosa exegética de los textos legales vigentes y de la jurisprudencia imperante.

En tercer lugar porque importó tomar partido por la *tesis amplia*, superando las incongruencias de las otras dos teorías. Y, finalmente, porque, luego de ese profundo y meditado estudio sentó las bases para que la legislación, doctrina y jurisprudencia subsiguientes tuvieran el camino expedido hacia nuevos principios y reglas aplicables al tema del ECP, salvando los escollos y dificultades¹⁰⁸.

Ese estudio sistemático fue una acabada escuela sobre los límites del estudio jurídico basado exclusivamente en el análisis lingüístico y meramente lógico de los textos legislativos vigentes y del derecho nacional, desconectado del derecho histórico, del derecho comparado europeo y de otras cuestiones tales como la economía y la ética. Del análisis de los fines de los institutos y principios aplicables en forma sistemática y mediante el método histórico y del derecho comparado, se pudo obtener una adecuada conclusión sobre qué el concepto del *ECP*, su distinción con otros conceptos jurídicos y cuáles son las consecuencias jurídicas que se siguen del concepto.

Esas virtualidades tuvieron un perfil histórico y comparatista que también sirve de ejemplo en el futuro para los tratadistas del derecho privado y especialmente del comercial. Por ello los estudios de derecho concursal argentinos de la década de 1930 sobre el ECP constituyen un ejemplo de derecho comercial sistemático, histórico y de derecho comparado dignos de ser imitados en la actualidad. No debe dejar de mencionarse que la dogmática comercial sobre este tema ha aprendido mucho de la historia del derecho, en este caso.

27. Los problemas económicos del ECP

Únicamente restaría un estudio de los principios económico-financieros que expresen la realidad del ECP que sirvan para fundamentar la doctrina jurídica expuesta por los juristas en los trabajos citados en este estudio. Esta tarea en cierta manera ha comenzado en algún trabajo como el del contador Pablo van Nieuwenhove, durante la década de 1980.

El concepto de "capital de trabajo" está relacionado con el ECP ya que técnicamente ese estado es la ausencia o virtual desaparición de aquél. Será menester en el futuro un estudio pormenorizado de esta cuestión y de su significado y expresión conceptual a los efectos del derecho concursal.

28. Tesis fundamental de este trabajo

La tesis fundamental de este trabajo consiste en afirmar la pertinencia y legitimidad científica de la *tesis amplia* respecto del ECP y sus consecuencias. A lo largo de este estudio se han puesto de resalto otras consecuencias derivadas de esta *teoría amplia*, que forman parte

¹⁰⁸ Sobre el éxito de la prédica de autores como Fernández y Yadarola en los años treinta del siglo XX, respecto de la doctrina, legislación y jurisprudencia posteriores, especialmente en la Argentina, puede verse, entre otros, la opinión de Adolfo A. N. Rouillón, *Régimen de concursos y quiebras*, Astrea, Buenos Aires, 13° ed. 2004, ps. 45 y 49. Para este autor tanto la ley 19.551 de 1972 como la ley 24.522 de 1995 se adscriben a la *tesis amplia*, con la aparente excepción del art. 80 de la ley concursal argentina.

de los principios aplicables a esta doctrina del ECP en orden a una correcta interpretación de los textos legales *de lege lata* y *de lege ferenda* en la Argentina. Esta teoría ensambla bien las cuestiones jurídicas, éticas y económicas inherentes a la insolvencia, con apoyo en el derecho comparado europeo y americano y también en el derecho histórico sobre el ECP. Estos análisis pueden ser útiles para la doctrina de otros países, especialmente dentro de la órbita del derecho continental europeo.

29. Propuesta de texto legal *de lege ferenda*

Como consecuencia de este trabajo de investigación, siguiendo los lineamientos de la *tesis amplia* desarrollada por la doctrina en la primera mitad del siglo XX en la Argentina, hacemos la siguiente propuesta de texto legal *de lege ferenda* para futuros textos legales a poner en vigencia y eventualmente como criterio interpretativo *de lege lata* del derecho actualmente vigente. Este texto resume todo lo tratado en este trabajo y la argumentación de la tesis amplia sobre el ECP.

El texto propuesto es el siguiente:

"El estado de cesación de pagos es el estado patrimonial del deudor de impotencia para satisfacer las deudas exigibles de carácter generalizado y permanente manifestado por hechos reveladores no taxativos. Este estado no se identifica con el desequilibrio meramente aritmético entre activo y pasivo, constituye el antecedente necesario y suficiente del decreto de quiebra o de concurso preventivo del deudor y debe ser apreciado por el juez, previa citación del deudor.

Son hechos reveladores del estado de cesación de pagos del deudor, entre otros, la confesión expresa, judicial o extrajudicial, la fuga, ocultación o alejamiento sin haber dejado representante, la clausura del negocio, oficinas, fábricas o depósitos, el hurto u ocultación de mercaderías o muebles, la distracción, dispersión o donación de los bienes, uno o varios incumplimientos obligacionales en mora, comerciales o no, y los actos ficticios, ruinosos o fraudulentos.

El síndico en su informe aconsejará la fecha inicial del período de sospecha y el juez fijará dicha fecha inicial atendiendo a los hechos reveladores acreditados."

30. Conclusiones esenciales de la investigación

Aunque la mayoría de los autores argentinos de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX –siguiendo la influencia de una parte de la doctrina francesa e italiana– se adscribieron a la tesis materialista, al menos dos autores –Fernandez y Yadarola– sostuvieron con maestría la *tesis amplia*, con fundamento en otra parte de los autores y jurisprudencia europeos de esas épocas. La tesis amplia es más rigurosa que las otras dos teorías.

El tratamiento sistemático, histórico y comparado de estos doctrinarios del ECP puede servir de modelo para futuras investigaciones en otros tópicos en el campo del derecho comercial y específicamente concursal. Estos autores siguieron los modelos propuestos por las fuentes europeas *de lege lata* y *de lege ferenda* en el derecho argentino sobre el ECP.

